Finance islamique

Une illustration de la finance éthique

François Guéranger

Finanziers

Marchés

DUNOD

Finance islamique

Consultez nos parutions sur dunod.com

Finance islamique

Une illustration de la finance éthique

François Guéranger

DUNOD

Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.
Le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.
Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

© Dunod, Paris, 2009
ISBN 978-2-10-054215-4

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).
Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Table des matières

Introduction 1

CHAPITRE 1 ■ **La finance éthique** 7
Morale et économie 8
Quelques définitions 9
L'aspect moral de l'économie 10
L'éthique dans la finance d'aujourd'hui 13
Le vocabulaire 13
Principales approches d'éthique financière 15
La demande du public 20
Finance conventionnelle, éthique et islamique : un rapprochement ? 22
Résumé du chapitre 1 23

CHAPITRE 2 ■ **Le droit islamique des affaires** 25
Le cadre général du droit islamique 27
Éléments de base du droit islamique 27
Les écoles de pensée juridique 30
Les concepts essentiels 34
Éléments de raisonnement juridique 39
Le droit islamique des contrats 47
L'esprit du droit des contrats islamiques 48
Caractéristiques du contrat 49

Clauses optionnelles et clauses adjointes 54
Un exemple de contrat islamique : le contrat de vente 60
Économie et finance islamiques 64
Éléments généraux d'économie islamique 64
Éléments généraux de finance islamique 67
Commentaires généraux 74
Un système moralisant 74
Le système occidental moderne 75
Démarche adoptée pour présenter la finance islamique 80
Résumé du chapitre 2 81

CHAPITRE 3 ■ **La finance islamique dans les banques commerciales** 83
Le cadre général 84
Points essentiels 84
Tableau synthétique des opérations de finance islamique 88
Le partenariat avec les entrepreneurs 90
Financement en capital (*equity financing*) 91
Financement par la dette 100
Les relations avec les déposants 125
Services gratuits 125
Services payants 126
Le partenariat pour l'investissement 128
Autres techniques bancaires 130
Les contrats des États islamiques 130
Les contrats innommés 132
Conclusion 138
Résumé du chapitre 3 139

CHAPITRE 4 ■ **La finance islamique dans les banques d'affaires** 141
Émission de titres 143
Dispositions générales 143
Placement privé 144
Émission publique de titres 145
Brokerage 162
Opérations sur dérivés 163
Futures 164
Options 166

Bai bil-wafa (pension) 170
Al-muragaha (swaps) 170
Financement de projets 171
Le contrat de concession 172
Le contrat de construction 173
Contrat de gestion 174
Quelques difficultés juridiques 175
Résumé du chapitre 4 176

CHAPITRE 5 ■ **Gestion d'actifs** 177
Les fonds islamiques 178
Les fonds de dettes 178
Les fonds d'actions 180
Les hedge funds 181
Les techniques de gestion 181
Les objectifs des investissements 181
Les critères de choix 182
La purification des revenus 185
Produits complexes 186
Résumé du chapitre 5 186

CHAPITRE 6 ■ **L'assurance islamique** 187
L'assurance au regard du droit islamique 187
Les produits d'assurance du droit islamique 189
L'assurance associative 190
L'assurance commerciale 191
Exemples de contrats 194
Résumé du chapitre 6 195

CHAPITRE 7 ■ **Les banques et la finance islamique** 197
Panorama des banques islamiques dans le monde 198
Banques conventionnelles et finance islamique 198
Banques islamiques 199
Particularités des banques islamiques 202
Structure du bilan 203
Gouvernance 210
Objectifs sociaux 212
Résumé du chapitre 7 216

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

CHAPITRE 8 ■ **Les défis de la finance islamique** 217
L'insécurité juridique de la finance islamique 218
Controverses sur le droit islamique 218
Le droit interne des États islamiques 230
Les initiatives européennes 236
Les difficultés structurelles de la finance islamique 239
Un éventail de produits limité 239
Les contraintes d'exploitation 242
Résumé du chapitre 8 248

Conclusion 249

Glossaire des termes utilisés en droit et en finance islamiques 253

Bibliographie 257

Index 261

Introduction

La fin du communisme et du collectivisme a pu donner à penser que la loi du marché allait s'imposer à l'ensemble de l'économie de la planète. Recherche de valeur pour l'actionnaire, exigence de 15 % de retour sur investissement, délocalisations devaient être les axes de l'économie capitaliste.

Pourtant, les méfaits d'un marché régulé de manière insuffisante ou insuffisamment intelligente ont pu être constatés dès 2007 avec la crise financière qui a emporté une bonne partie du secteur bancaire.

On s'est alors souvenu du mouvement pour une finance qui ne soit pas centrée exclusivement sur le profit, la finance éthique. C'est l'objet d'un discours remarqué du président de la République française, Nicolas Sarkozy, prononcé le 25 septembre 2008 et dont on peut reprendre quelques phrases riches de sens :

> « L'économie de marché, c'est un marché régulé, mis au service du développement, au service de la société, au service de tous. […]. Le capitalisme […] ce n'est pas la primauté donnée au spéculateur. C'est la primauté donnée à l'entrepreneur […], la récompense du travail, de l'effort, de l'initiative […], c'est la responsabilité individuelle, l'engagement personnel […]. »

Allant encore plus loin, le président ajoute :

> « C'est une éthique, une morale, ce sont des institutions. […]. La crise financière […] c'est la crise d'un système qui s'est éloigné des valeurs les plus fondamentales du capitalisme. »

Pour le président de la République et, d'ailleurs, pour les penseurs libéraux français depuis le XIX^e^ siècle, le capitalisme, parce qu'il est issu du libéralisme, se doit de respecter des valeurs individuelles (la récompense du travail et de l'effort) et collectives (le bien-être de la population grâce au travail de tous).

L'économie et la finance éthique n'ont pas attendu 2008 pour mettre en évidence ces valeurs. Plusieurs courants de pensée, issus des pays les plus divers et depuis bien longtemps, ont souligné que la recherche du profit ne devait pas négliger le respect de valeurs. Cette vision des choses a pris de l'importance ces dernières décennies au point que l'on a pu parler de finance éthique, d'économie socialement responsable…

C'est dans ce courant que l'on peut placer la finance islamique du fait du caractère fondamentalement moral des principes qu'elle impose au droit, à l'économie et à la finance islamiques. La finance islamique peut, en effet, être considérée comme un compartiment de la finance éthique car elle se caractérise, avant tout, par une dimension morale et *socialement responsable*. Elle peut alors répondre à un besoin qui va au-delà du financement.

Son apparition dans le monde financier moderne date des années 1970 et elle peut connaître une certaine accélération en France lorsque l'on évoque un discours prononcé le 2 juillet 2008 par le ministre français de l'Économie, Madame Christine Lagarde, lors d'un déjeuner organisé par l'association Paris-Europlace. À cette occasion, le ministre a annoncé son intention de faire de Paris une grande place de finance islamique, ne laissant pas à Londres le monopole de cette activité en pleine extension.

La finance islamique connaît ainsi un développement remarquable depuis plus de 30 ans, les chocs pétroliers ayant été des accélérateurs efficaces en raison de la nécessité, pour les pays pétroliers, de placer les excédents qui en ont résulté. Elle est née, symboliquement, en 1975 avec l'avènement de la première banque islamique commerciale à Dubaï.

En l'occurrence, la Banque islamique de développement, inspirée par l'Organisation de la conférence islamique, promeut cette industrie très implantée dans les pays du golfe Persique du fait que les monarchies pétrolières, au moment du premier choc pétrolier, ont reçu d'importantes liquidités qu'elles ont recyclées dans les marchés financiers islamiques, scénario qui s'est reproduit en 2008. Si l'offre est importante, la demande peut croître dans les mêmes pays aux fins d'améliorer les équipements et les infrastructures.

La finance islamique se veut désormais une concurrente de la finance que l'on appellera, dans les pages qui suivent, « finance conventionnelle ». Ainsi, on estime que le taux de croissance annuel de l'activité bancaire islamique se situe entre 10 % et 30 % en fonction des classes d'actifs, dont la plus dynamique est celle des *sukuk*, les obligations islamiques. Elle est donc devenue un ensemble de classes d'actifs à part entière.

En dehors des 200 milliards de dollars investis par des fonds islamiques (fonds communs de créances, fonds de placement et fonds de mutuelles), le total des actifs gérés par les banques et les compagnies d'assurance se serait élevé à 500 milliards de dollars fin 2007, dont environ 350 milliards pour le Proche-Orient et l'Iran, l'épargne disponible dans les pays du golfe Persique et d'Asie du Sud-Est atteignant environ 5 000 milliards de dollars aujourd'hui[1].

On compte plus de trois cents institutions financières islamiques de par le monde. Selon l'agence Moody's, le marché global de la finance islamique représente aujourd'hui de 750 à 1 000 milliards de dollars. Il pourrait atteindre 2 800 milliards d'ici 2015[2].

À part le golfe Persique, la Malaisie est l'autre grande région de la finance islamique, les deux tiers des obligations conformes à la *charia* y sont émis (66 milliards de dollars sur un total de 100 milliards de dollars)[3]. La croissance est très rapide dans les autres pays de la zone

1. Voir le rapport d'information du 14 mai 2008 du Sénat sur la finance islamique présenté par M. Jean Arthuis, Sénateur.
2. Voir *Les Banques islamiques*, ministère des Affaires étrangères et européennes, DCI, sous-direction de l'information et de la documentation, dossier finalisé le 20 mai 2008.
3. Voir le rapport d'information du 14 mai 2008 du Sénat sur la finance islamique présenté par M. Jean Arthuis, Sénateur, p. 23.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

(Philippine, Pakistan, Brunei, Thaïlande et Inde). À côté de Hong-Kong, Singapour est devenu le marché de finance islamique le plus dynamique d'Asie[1].

La finance islamique est encore faible en Afrique, marché potentiel important (235 milliards de dollars de dépôts potentiels, selon l'agence de notation Moody's) car il compte 412 millions de musulmans et bénéficie de la hausse des prix des matières premières.

Si elle se rencontre essentiellement au Proche-Orient et en Malaisie, la finance islamique s'exporte désormais aux États-Unis et en Europe, où la première banque islamique, l'Islamic Bank of Britain, a été ouverte en 2004, notamment à Londres mais aussi en Allemagne. De fait, la Grande-Bretagne a adopté des règles juridiques et fiscales de nature à renforcer l'attractivité de la place financière de Londres grâce à une offre de services adéquate. C'est ainsi que le marché de la finance islamique connaît une forte croissance en Grande-Bretagne et propose une gamme de produits de plus en plus large.

La France n'a pas encore pris d'initiative particulière en la matière bien qu'elle compte la première communauté musulmane d'Europe avec près de 5,5 millions de personnes contre 2,5 millions en Grande-Bretagne. Toutefois, un groupe de travail a été mis en place qui réfléchit aux modifications éventuelles à apporter au droit français afin de permettre à la finance islamique de fonctionner dans le cadre de l'initiative Paris Europlace (Comité de droit financier de la place de Paris : commission *Finance islamique*).

Après ces quelques lignes de présentation, on peut légitimement se poser un certain nombre de questions.

Qu'est donc cette finance islamique dont on parle beaucoup sans vraiment toujours savoir ce dont il s'agit ? Est-ce une finance d'un genre nouveau ou peut-on la rattacher à la finance classique ?

Au-delà de la finance, n'illustre-t-elle pas une éthique particulière bien éloignée de la morale des affaires en vigueur en Occident ?

Comment, enfin, cette éthique islamique dessine-t-elle les techniques spécifiques de la finance islamique ?

1. Voir *Les Banques islamiques*, *op. cit.*

C'est, notamment, à ces questions que se propose de répondre cet ouvrage.

Comme on l'a brièvement esquissé, la finance islamique appartient, en premier lieu, à la famille des finances éthiques qui méritent un développement important, d'abord du fait du mouvement que l'on observe aujourd'hui, ensuite pour décrire un cadre général dans lequel entre, on le verra, la finance islamique (chapitre 1).

Avant de décrire la démarche particulière de la finance islamique dans une série de chapitres, il est essentiel de donner un aperçu du droit islamique des affaires (chapitre 2) car la religion, la morale, le droit, l'économie et la finance constituent, dans le monde musulman, un tout indissociable.

On pourra ensuite décliner les diverses techniques utilisées par la banque commerciale (chapitre 3), la banque d'affaires (chapitre 4), les gestionnaires de fonds (chapitre 5), les assureurs (chapitre 6).

On terminera en présentant les particularités des banques qui travaillent selon les techniques financières islamiques (chapitre 7) avant de décrire un certain nombre de défis auxquels doit faire face la finance islamique (chapitre 8).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Chapitre 1

La finance éthique

La science économique étudie le comportement de l'homme et de la société dans l'affectation des ressources dont ils disposent pour satisfaire leurs besoins.

L'économie a donc un lien avec la philosophie politique du fait de l'enjeu social qu'elle génère en organisant les relations entre les hommes, producteurs ou non.

Originellement, l'économie est un concept grec qui concerne la connaissance des règles visant à optimiser l'utilisation des biens d'une collectivité, que ce soit la famille, le clan ou la cité. Pour Aristote, qui en a traité dans l'*Éthique à Nicomaque*, l'économie doit permettre d'atteindre la richesse. Il entend par richesse l'abondance des biens et leur utilité et non une accumulation stérile et déshonorante, qu'il qualifie d'usure : il approuve l'aisance, voire le luxe, et condamne le gaspillage et la thésaurisation. Cette vision des choses, que l'on rencontre dans l'islam comme chez les franciscains dès le début du XIII^e^ siècle, n'appartient pas à une civilisation particulière mais reflète plutôt une conception intemporelle de l'économie que l'on nomme aujourd'hui éthique.

La finance, quant à elle, peut être considérée comme une branche de l'économie pour deux raisons : substantiellement, car, comme l'économie, elle s'intéresse à la gestion des ressources par l'individu et la société, mais elle concentre sa réflexion spécifiquement sur les ressources monétaires, en étudiant tout particulièrement le couple risque/rendement

dans les échanges entre les agents économiques ; formellement, car elle a emprunté à l'économie dans les années 1960 ses modes de raisonnement et ses mécanismes d'optimisation, ne se contentant plus d'être un simple recueil de pratiques.

La finance se consacre avant tout au transfert et au négoce de ressources et de risques entre les agents économiques que sont, bien sûr, les ménages et les entreprises, mais aussi les banques, les fonds de placement et les sociétés d'assurance[1]. Devenue mondiale, la finance s'est constituée en système international qui alloue les ressources d'un bout à l'autre de la planète selon certaines règles.

Ces règles prennent en compte avant tout des données quantitatives et monétaires facilement exprimées en termes mathématiques. Visant l'efficacité comptable, la finance conventionnelle[2] moderne se concentre sur la quantité de biens et de services sans tellement chercher à les qualifier à l'aide d'étiquettes comme la morale. C'est l'inverse que se propose le mouvement éthique qui, pour autant, n'est pas un mouvement de pensée unitaire comme on va pouvoir le constater dans les pages qui suivent.

L'histoire montre que l'économie et la finance ont longtemps eu partie liée avec la morale avant de s'en dégager. On constate que, depuis quelques décennies, la morale reprend une place importante dans l'économie sous l'appellation d'éthique, tout spécialement dans la finance. Ce mouvement s'exerce aujourd'hui avec une pression de plus en plus forte. La finance islamique y trouve sa place.

Morale et économie

Après avoir fixé, pour la circonstance, un vocabulaire souvent fluctuant, on tentera d'évoquer brièvement l'aspect moral de l'économie.

1. On peut y rattacher le secteur immobilier et surtout les finances publiques.
2. On distinguera la finance *conventionnelle* de la finance *éthique* ou de la finance *islamique*.

Quelques définitions

Les mots « éthique » ou « morale » sont tellement chargés de connotations affectives qu'il convient ici d'en donner l'acception que l'on utilisera par la suite, dans l'espoir d'éviter tout malentendu. En français, ils sont souvent considérés comme interchangeables, le premier étant issu du grec et le second du latin comme traduction de celui-ci.

Toutefois, l'usage veut aujourd'hui qu'on les distingue : la morale est un « discours normatif et impératif qui résulte de l'opposition du bien et du mal considérés comme valeurs absolues ou transcendantes : c'est l'ensemble de nos devoirs. La morale répond à la question : que dois-je faire ?[1] ». À côté, l'éthique désigne « un discours normatif mais non impératif (ou sans autres impératifs qu'hypothétiques), qui résulte de l'opposition du bon et du mauvais, considérés comme valeurs immanentes et relatives : c'est l'ensemble réfléchi des désirs d'un individu ou d'un groupe. […] Une éthique […] répond à la question : Comment vivre ? Elle ne commande pas, elle recommande[2] ».

Dans la suite, on fera pourtant de ces deux mots, *morale* et *éthique*, des synonymes car s'y ajoute, dans le contexte du monde financier, une dimension marketing qui pousse à utiliser le mot éthique là où l'on rencontre la morale. Pour autant, lorsque le distinguo sera pertinent, il sera fait.

Dans un autre ordre d'idée, on opérera, comme on l'a vu dans le prologue, une distinction entre les concepts d'économie et de finance en indiquant que la finance est une technique plus ou moins sophistiquée permettant de mettre en œuvre les décisions à caractère économique dès qu'il s'agit de manipuler des signes monétaires.

L'économie concerne, en effet, les comportements des hommes en face des biens et des services qu'ils produisent et qu'ils échangent. La finance s'occupe plutôt du maniement de l'argent utilisé pour concrétiser lesdits comportements économiques.

De manière technique, on dira que la finance organise la rencontre entre, d'un côté, les offreurs et, de l'autre, les demandeurs de capitaux et/ou de services.

1. Comte-Sponville A., *La Philosophie*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je », 2005, p. 91.
2. *Ibid.*

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

L'aspect moral de l'économie

Si l'économie doit être distinguée de la morale, ses règles n'en sont pourtant pas exemptes d'éléments à caractère moral.

➤ L'économie n'est pas la morale

La culture occidentale s'est caractérisée, au fil des siècles, par l'analyse détaillée du savoir, ce qui a conduit à son découpage en domaines distincts ayant chacun sa propre logique, ses propres règles, son propre fonctionnement. Ainsi en est-il de la philosophie grecque qui a observé la nature et l'a rendue indépendante des dieux. Ainsi a agi la science qui a connu un formidable essor après s'être concentrée sur le *comment* des choses, abandonnant le *pourquoi* à la métaphysique.

De même, Karl Marx a distingué l'*infrastructure*, représentant les organismes de production et les relations qui s'y nouent, de la *superstructure* comprenant les idées et la politique. C'est ainsi que l'on peut encore discerner des strates indépendantes comme la morale et la religion, le droit et la politique, l'économie et la finance, chacune étant reliée aux deux autres mais obéissant à des règles intrinsèques.

L'économie et la finance évoluent donc dans un registre spécifique : elles fonctionnent dans un monde dirigé fondamentalement par la rationalité, les aspects irrationnels que les économistes détectent dans la vie économique étant analysés, disséqués et classés selon une démarche elle aussi rationnelle. On y découvre alors des lois propres, obéissant à cette même logique rationnelle, que l'on nomme lois de l'économie, dont la plus fameuse est, sans aucun doute, la loi de l'offre et de la demande.

En définitive, si l'on s'en tient à l'économie libérale occidentale qui est la plus développée et présente les instruments financiers les plus sophistiqués, on peut affirmer aisément : l'économie et donc la finance ne se préoccupent pas, par nature, de morale. Ce que l'on demande à l'économie est d'assurer la production de biens et services et donc de faire preuve de rationalité.

➤ Des éléments à caractère moral

Pour autant, l'économie n'est pas dépourvue d'éléments moraux, même si leur aspect utilitaire en diminue le caractère désintéressé exigé par la morale.

• *Règles et principes*

Parmi les nombreuses règles en vigueur dans la vie économique, on pourra citer, à titre d'illustration, les points suivants :

– la bonne foi est un élément essentiel du droit occidental. Hérité du stoïcisme puis repris par le droit canon de l'Église catholique, il présume de la sincérité des cocontractants et de leur volonté de respecter les termes de leur accord ;

– les contrats ne doivent pas comporter de clause abusive, notamment lorsqu'ils associent un professionnel et un profane. Il s'agit, en effet, d'éviter au plus fort d'imposer sa volonté au plus faible ;

– les contrats doivent être clairs et explicites ; le vendeur est responsable des manquements à l'information de l'acheteur. Il s'agit, ici, de pallier l'asymétrie d'information entre le vendeur qui connaît toujours mieux le bien ou le service en cause que l'acheteur et donc de les mettre le plus possible sur un pied d'égalité ;

– depuis la fin du siècle dernier, les activités boursières sont insérées dans un cadre juridique définissant des délits pénaux comme le délit d'initié, la manipulation de cours ou la fausse information. La réglementation boursière veut éviter que ceux qui en ont la possibilité profitent de leur situation au détriment du public ;

– ces dernières années, les rémunérations perçues par certains chefs d'entreprises ou certains banquiers de marché indignent le public par leur montant qualifié d'immoral. Henry Ford ne considérait-il pas que l'immoralité commence lorsque les émoluments du dirigeant excédaient quarante fois le salaire moyen du personnel ? On estime ici que la rémunération doit correspondre au travail accompli et que des sommes excédant un certain montant ne constituent pas une juste rémunération du labeur fourni et des compétences mises en œuvre.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

• *Un caractère utilitaire*

Le marché est fondé sur la confiance que les opérateurs s'accordent plus ou moins volontiers. Plus le niveau de confiance est élevé et plus la fluidité du marché est grande car elle n'est pas gênée par les frottements que sont, d'une manière générale, les sûretés destinées à atténuer les conséquences d'une confiance déçue.

Les principes exposés dans le paragraphe précédent (« Règles et principes »), dont le volet moral peut être mis en évidence, ont donc, au surplus, un fort côté utilitaire car ils permettent, en diminuant les coûts, d'optimiser le fonctionnement des marchés. Ainsi peut-on reprendre une à une les règles ci-dessus énoncées et les expliquer facilement par leur caractère utilitaire.

La bonne foi est une règle générale qui permet au juge, en cas de litige, de statuer plus facilement qu'en l'absence de tout point de repère dans la mesure où il s'agit d'une attitude à caractère moral largement partagée dans le monde : elle provient du latin *pacta sunt servanda*, que l'on peut traduite par *les accords doivent être respectés. A contrario* ce principe ne fonctionne pas dans le monde confucéen où prévaut la notion d'équilibre permanent : le pacte n'est valide que si l'équilibre prévalant au moment de sa signature demeure, il devient invalide dans le cas contraire. Cela introduit une incertitude génératrice de coûts pour le financier occidental et donc de hausse des prix qui nuit aux échanges et à la fluidité des marchés.

De même, la présence de clauses abusives, cachées ou léonines dans un contrat nuit à la confiance qui doit régner entre les cocontractants, suscite des demandes de sûretés supplémentaires et donc de coûts gênant le commerce et le marché. Savoir que certains manipulent les données boursières peut conduire le public à se désintéresser des marchés de titres, ce qui serait préjudiciable à l'activité économique et financière. En dernier lieu, ne pas limiter les rémunérations excessives conduirait à donner une mauvaise image de l'entreprise auprès de ses salariés, pourrait induire une démotivation de ceux-ci et donc une moindre performance de la firme.

Tous les éléments à caractère moraux laissent apparaître, dans ce contexte, un aspect utilitaire qui interdit de parler de morale en la matière.

On peut garder pour la fin le concept d'éthique de l'entreprise qu'il n'est pas impossible de trouver hypocrite. En effet, il est rare que les entreprises les plus en pointe en la matière soient exemptes de tout reproche. Au surplus, le concept est difficile à cerner dans la mesure où il mélange morale et économie, deux strates en principe sans rapport, et où, en définitive, le traitement de ce thème par les départements de marketing de la firme en a fait le concept beaucoup plus convaincant de *markéthique*.

On pourra conclure que le mélange de domaines connexes mais bien distincts peut s'opérer à condition que l'on fasse preuve de vigilance et de rigueur sous peine d'être abusé par les mots.

On verra, dans les chapitres qui suivent, que ces considérations morales, éthiques ou utilitaires se retrouvent dans les principes de la finance islamique, montrant par là même une certaine unité des conceptions morales, indépendamment de la géographie et de la culture.

Une fois cette mise en garde réalisée, il est possible de s'aventurer dans le monde de la finance éthique, de l'investissement socialement responsable et du développement durable.

L'éthique dans la finance d'aujourd'hui[1]

Là encore les questions de vocabulaire sont importantes et méritent que l'on s'y arrête quelques instants. On distinguera ensuite les principales approches éthiques financières.

Le vocabulaire

Les deux expressions clés en la matière sont le développement durable et l'investissement socialement responsable.

1. Voir « L'investissement socialement responsable », in *Revue d'économie financière*, n° 85, sept. 2006.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

➤ Développement durable

Le « développement durable », traduction française du *sustainable development* anglais, figure aujourd'hui parmi les grands principes de l'action politique et économique.

Le concept provient de la théorie de la croissance endogène apparue au milieu des années 1980 et qui prétend que l'environnement et le capital humain, tout comme la gouvernance, sont des facteurs endogènes – et non plus exogènes – de la croissance économique des entreprises et, plus généralement, des pays.

L'objectif du développement durable est donc d'assurer une croissance durable à l'aide des facteurs traditionnels (capital, travail) et des facteurs nouveaux (progrès technique, capital humain, environnement, gouvernance) sans compromettre le bien-être des générations à venir.

➤ Investissement socialement responsable

Pour obtenir cette croissance, il est nécessaire d'investir, mais en pratiquant un *investissement socialement responsable* (ISR), c'est-à-dire permettant de trouver un équilibre entre l'éthique, l'environnement et l'économie.

Si l'ISR était une curiosité financière dans les années 1970, c'est aujourd'hui un mouvement mondial, notamment depuis que, voici plusieurs années, l'Organisation des Nations-Unies a commencé à s'en préoccuper par l'intermédiaire de *l'initiative finance* du Programme des Nations-Unies pour l'environnement (UNEP-FI). De nombreux travaux ont porté sur l'intégration de critères environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG) dans l'analyse des investissements. Ils ont conduit à l'établissement de principes de l'investissement responsable (PRI en anglais)[1] adoptés en 2006 sous l'égide des Nations-Unies.

Cette prise en compte globale n'empêche pas des approches différentes dans le concept d'investissement responsable et donc dans la mise en œuvre de l'éthique financière.

1. Six principes pour l'investissement responsable ont été pris. Les signataires s'engagent à : 1) prendre en compte les questions ESG dans l'analyse des investissements ; 2) être un actionnaire actif en veillant aux questions ESG ; 3) faire publier par les entités concernées par les investissements des informations sur les questions ESG ; 4) favoriser la diffusion des principes PRI dans l'industrie financière ; 5) accroître l'application des principes ; 6) rendre compte individuellement de l'application des principes.

Principales approches d'éthique financière

Si les objectifs de l'ISR sont sensiblement communs entre les divers intervenants, leur mise en ouvre reflète des voies différentes.

➤ Des objectifs communs

D'une manière générale, le mouvement qui a conduit à l'ISR trouve ses origines dans des principes moraux mis en avant par des organisations, religieuses ou non : aux États-Unis, les Quakers, notamment, au XVIII[e] siècle, manifestaient déjà leur désaccord avec l'existence de certains secteurs économiques. De même que les méthodistes, ils encadrent aujourd'hui l'activité d'investissement.

On date de 1928 le premier fonds d'investissement éthique, le *Pioneer Fund* créé à Boston et qui refusait d'investir dans les actions du péché, les *sin stocks*, comme le tabac, l'alcool ou l'armement.

C'est aussi la firme John Templeton qui a choisi, depuis toujours, de ne pas investir dans des sociétés liées à l'alcool, au tabac ou au jeu ; en Europe, des mouvements religieux et écologistes néerlandais (*Het Andere Beleggigsfondsh*), suédois (*Ansvar Aktiefond Sverige*), français (Nouvelle Stratégie, sur l'initiative de l'Ordre de Notre-Dame à Paris) ont adopté cette approche.

Le principe en est d'éviter les sociétés qui ont des activités répréhensibles, condamnant ainsi des secteurs entiers de l'économie, c'est-à-dire les industries du péché (alcool, tabac et jeu) mais aussi, pour certains, les armes et le nucléaire. Il s'agit pour certains d'écarter les activités moralement répréhensibles, pour d'autres de dénoncer les externalités négatives que les entreprises concernées imposent à la société tout entière.

L'objectif social s'est progressivement ajouté aux critères ci-dessus. Ainsi, en Grande-Bretagne, le *Friend Provident Stewardship Fund* a réalisé une sélection (*screening*) largement basée sur des critères sociaux dans l'esprit des fonds américains et a qualifié sa démarche d'éthique.

Plus généralement, on observe la volonté de pousser les entreprises et le monde de la finance vers une approche moins tournée vers le profit à court terme et plus concernée par le développement à long terme en tenant compte, à cet effet, des critères sociaux, environnementaux et de gouvernance.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Si les principes sont communs, pour autant, leur mise en œuvre varie.

➤ Des voies différentes

On peut, en effet, distinguer de manière assez nette une vision américaine et une vision européenne de l'éthique financière conduisant à ce que l'on peut appeler, très schématiquement, un modèle américain et un modèle européen.

Ces deux modèles divergent pour des raisons culturelles et historiques et cela se traduit dans la démarche que font les investisseurs.

- *Le modèle américain*

On pourra caractériser le modèle américain par ses valeurs issues de son histoire, la sélection des investissements réalisés, l'activisme manifesté à l'égard des entreprises et enfin l'aspect communautariste des investissements.

Les valeurs individuelles

Le modèle américain met l'accent sur l'économie, le bien-être social en étant une résultante. On ne peut, en la matière, que se reporter à la thèse de Max Weber montrant comment l'éthique protestante a façonné le modèle économique américain : le protestantisme calviniste valorise le travail. Le succès du fidèle dans ses entreprises est l'unique moyen de le rassurer sur sa place dans l'au-delà. Au rebours, les valeurs catholiques (ou orthodoxes), comme la pauvreté et la charité seraient peu favorables au développement du capitalisme.

Sur le plan sociologique, on observe une société constituée de communautés riches de leurs liens spécifiques essentiellement ethniques et religieux.

En définitive, le modèle américain se définit très schématiquement comme une économie libérale de marché structurée par quelques valeurs fondamentales :

– le travail ;
– l'engagement ;
– l'égalité des chances favorisée par la charité individuelle, et le bénévolat, devoirs du citoyen à l'égard des membres de sa communauté, ces valeurs étant exercées, souvent, dans un cadre communautariste. Ces

points-là se retrouvent dans la morale musulmane qui façonne la finance islamique.

La sélection sur des critères moraux

Dans le contexte de l'ISR, l'investisseur choisit un fonds d'investissement ou une entreprise en fonction de ses attentes personnelles, culturelles ou religieuses. L'approche morale et religieuse conduit naturellement à une sélection basée sur la sélection ou l'exclusion des entreprises selon qu'elles satisfont ou non aux critères prédéfinis. C'est une logique binaire qui est utilisée : l'entreprise répond entièrement aux critères fixés et un investissement est possible ; elle ne respecte pas intégralement tous les critères et l'investissement est impossible.

C'est ainsi que la sélection des titres de l'ISR américain est cohérente avec les valeurs du modèle décrit plus haut : d'une manière schématique, l'ISR américain opère une sélection fondée sur la qualité morale de l'entreprise. Elle constitue donc des fonds dits d'exclusion qui peuvent selon les époques viser la lutte contre l'*apartheid*, la guerre du Vietnam et toujours le tabac, le jeu, l'armement, mais encore l'alcool, le contrôle des naissances, l'environnement, l'égalité des chances…

L'activisme pour inciter à aller dans la bonne direction

L'objectif de l'activisme (*engagement* en anglais) est d'inciter les entreprises à progresser dans le sens de l'éthique. Cela se traduit par des discussions avec les dirigeants et le dépôt fréquent de résolutions aux assemblées générales lors desquelles les droits de vote détenus sont utilisés en ce sens. L'objectif est de pousser la société à modifier son comportement dans le sens voulu.

L'action en faveur des communautés

Un certain nombre d'investissements se font en faveur de communautés bien identifiées, qu'il s'agisse de la communauté de l'investisseur ou d'une autre, le phénomène communautariste étant particulièrement vivace aux États-Unis.

Par exemple, un mouvement appelé « un pour cent pour la communauté » encourage les gestionnaires de fonds d'investissement à consacrer au moins 1 % de leur actif dans des actions en faveur de communautés particulières. Cette méthode ressemble trait pour trait à

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

la pratique du *zakat*, l'impôt islamique dénommé encore aumône légale.

En définitive, il s'agit d'« intégrer les valeurs personnelles et les préoccupations sociétales dans l'investissement[1] ».

• *Le modèle européen*

Le modèle européen peut être décrit de manière lapidaire comme une économie sociale de marché basée sur les valeurs de solidarité et d'écologie, plus tournées vers le genre humain que vers les communautés.

C'est néanmoins pour une commodité d'exposition que l'on parle de modèle européen. En réalité, on devrait distinguer le modèle britannique, le modèle des démocraties nordiques et, enfin, le modèle de l'Europe du sud, la ligne de partage essentielle étant, sans doute, la religion réformée des deux premiers et le catholicisme du troisième. On apportera donc, en tant que de besoin, les nuances qui s'imposent dans chacun des paragraphes ci-dessous qui caractérisent le modèle européen : des valeurs sociales et environnementales, les modes de sélection des investissements, enfin, l'attitude relative à l'engagement auprès des entreprises.

Les valeurs sociales et environnementales

Même si l'éthique protestante observée aux États-Unis est présente en Grande-Bretagne, les valeurs béveridgiennes du *welfare state* et donc l'accent porté à la prise en charge, au plan médical, de l'ensemble de la société, permettent de classer la Grande-Bretagne dans le modèle européen caractérisé par le souci de la cohésion sociale.

C'est le modèle de l'État-providence fondé sur la solidarité institutionnalisée. C'est la nécessaire conciliation de l'économique et du social promue par l'Union européenne et conduisant à une harmonie entre la croissance économique et le développement humain. C'est encore l'idéologie des Droits de l'homme encouragée par la doctrine sociale de l'Église catholique.

Parallèlement, à la vision prométhéenne de l'homme transformant la Nature, s'est superposée une approche nordique, correspondant aux pays luthériens, où la nature est plutôt considérée comme un partenaire

1. « L'investissement socialement responsable » in *Revue d'économie financière*, n° 85, sept. 2006, p. 90.

économique, voire un sanctuaire de l'humanité, ouvrant la voie aux mouvements et aux valeurs écologistes.

La sélection

La méthode de sélection des investissements par les fonds européens a connu deux époques correspondant à deux approches du concept d'investissement responsable.

1. Dans un premier temps, le concept d'ISR était essentiellement moral et le principe de sélection-exclusion fonctionnait à l'instar de ce qui a été observé plus haut pour les États-Unis. C'était en particulier le cas dans les années 1970 avec les fonds écologistes des investisseurs du nord de l'Europe, notamment sur l'initiative de l'assureur norvégien StoreBrand.

Les critères négatifs sont encore fréquemment employés et ils excluent des entreprises qui ne donnent pas tous apaisements en matière de tabac, jeu et armement (comme aux États-Unis), mais aussi énergie nucléaire, Droits de l'homme, travail des enfants, maltraitance des animaux ou encore pornographie.

2. Depuis, l'ISR a adopté une approche moins moralisante en postulant qu'il favorise la performance économique. On quitte alors le domaine de la morale puisque le propre de celle-ci est d'être désintéressé ce dont ne témoigne pas l'espoir d'une meilleure performance. Aussi, il ne s'agit plus d'exclure une entreprise dès qu'elle ne respecte pas tous les critères mais de choisir celle qui y satisfait le mieux ou celle qui fait le plus de progrès dans ce sens.

On utilisera à cet effet deux approches : dénommée *best in class* ou statique, la première permet de choisir l'entreprise qui, dans une classe donnée, même *a priori* prohibée, présente le meilleur profil au regard de l'ESG ; appelée *best effort,* ou dynamique, l'autre sélectionne les firmes qui font le plus grand effort pour satisfaire les critères éthiques.

L'investisseur recherche alors l'entreprise qui démontre le meilleur équilibre dans l'application des critères ESG.

L'activisme ou engagement

Opérant dans le même sens qu'aux États-Unis, les Européens préfèrent néanmoins le dialogue avec l'entreprise plutôt que l'activisme consistant à déposer des résolutions…

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Pour l'aspect écologiste, l'Europe a montré tout son intérêt pour les fonds verts contrairement aux États-Unis.

Au mouvement d'exclusion, enfin, s'est ajoutée progressivement la volonté de pousser, d'une manière ou d'une autre, les entreprises à prendre en compte les questions d'ISR.

On pourra résumer l'attitude européenne dans l'objectif d'« associer les objectifs financiers des investisseurs à leurs préoccupations concernant les questions sociales, environnementales et éthiques[1] ».

La demande du public[2]

La pression du public, pour être disparate, n'en est pas moins forte.

Des procès à répétition (en 2005 et en 2006, un autre est en cours) ont coûté 240 millions de dollars à Walmart pour discrimination, le prix pouvant être globalement plus élevé en cas de boycott des consommateurs résultant de la mauvaise image donnée par l'entreprise.

Désormais, salariés, organisations non gouvernementales, consommateurs et clients, gouvernements[3], poussent les actionnaires des entreprises à se joindre à eux pour réclamer une attitude responsable de l'entreprise en matière sociale et environnementale (RSE) : lors de l'assemblée générale d'ExxonMobil en juin 2008, un groupe d'actionnaires a ainsi réclamé la mise en œuvre d'une politique de lutte contre le réchauffement climatique. C'est ainsi qu'environ quatre cents investisseurs institutionnels (15 000 milliards de dollars d'actifs gérés) ont, à ce jour, signé le document intitulé PRI (« Principes pour l'investissement durable ») demandant des rapports standardisés dans le domaine environnemental, social et de la gouvernance. De même, trois cent

1. Voir « L'investissement socialement responsable » in *Revue d'économie financière*, n° 85, sept. 2006, p. 90.
2. Voir *Enjeux-Les Échos*, n° 250, oct. 2008, p. 38.
3. La réglementation européenne REACH va dans ce sens qui rend les entreprises chimiques responsables de leurs produits de la création de ceux-ci à leur élimination.

quatre-vingt-cinq investisseurs institutionnels (57 000 milliards de dollars d'actifs gérés) se sont regroupés pour le projet intitulé CDP (*Carbon Disclosure Project*) dont l'objectif est d'inciter les entreprises à tenir compte de l'impact de leur activité sur le changement climatique. Une norme ISO (ISO 26000) est en préparation sur ces sujets et devrait être en place en 2010.

Plus précisément, l'ISR représenterait 2 300 milliards de dollars aux États-Unis (10 % des actifs en gestion) et plus de 1 000 milliards en Europe.

Ainsi, les critères extra-financiers sont de plus en plus pris en compte par les investisseurs, par choix personnel peut-être, mais aussi parce que, selon certains analystes, performance financière et RSE vont de pair : l'économie d'énergie peut, par exemple, se révéler financièrement rentable. Selon une enquête d'Accenture, la quasi-totalité des entreprises approchées s'attendent à ce que les analystes tiennent compte des critères extra-financiers dans leurs évaluations.

La pression est accentuée par des autorités publiques ou privées, à caractère juridique ou moral.

La Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde), créée en 2005, veille à l'application du droit relatif aux discriminations. En France encore, Vigeo mesure les performances des entreprises en matière de développement durable et de responsabilité sociale, fournit ces données aux gestionnaires d'actifs et réalise des audits de responsabilité sociale dans des entreprises et des organisations.

L'Association française de la gestion financière (AFG) établit régulièrement un Code de transparence applicable aux fonds ISR pour le grand public.

Enfin, l'agence de notation britannique Eiris (Ethical Investment Research Services), fondée voici vingt-cinq ans, évalue les pratiques des sociétés (plusieurs milliers) à partir, notamment, des documents officiels de celles-ci ou de questionnaires. Plutôt que d'attribuer des notes, Eiris fournit une base de données aux investisseurs qui en font leur profit. On relève que, dans ses questionnaires, Eiris inclut des références à des secteurs controversés comme l'armement, l'alcool, le tabac, le jeu…

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Finance conventionnelle, éthique et islamique : un rapprochement ?

Les développements qui précèdent ont pu apparaître un peu longs au regard du thème principal de l'ouvrage qui est la finance islamique. Pourtant, il est essentiel de montrer que, aujourd'hui, il n'existe plus, d'un côté, une finance conventionnelle qui ne s'intéresse qu'aux éléments concrets du bilan en négligeant l'aspect humain ou environnemental des choses et, de l'autre côté, une finance morale.

Bien sûr, on pourrait voir dans la forte augmentation des sommes investies dans les fonds éthiques (multiplication par 8 en dix ans en Europe et par 4 aux États-Unis des sommes gérées par les fonds ISR) une finance de niche à part, pratiquée par quelques fonds spécialisés et par de grandes institutions comme les fonds de pension ou les compagnies d'assurances. De fait, la presse s'en fait désormais largement l'écho et cette finance se trouve légitimée par la création d'indices *ad hoc* (Dow Jones Sustainability Group Indexes, FTSE4Good Indexes).

Pour autant, même si certaines tendances de la finance éthique insistent sur les valeurs sans prendre en compte les aspects financiers de l'investissement, d'autres attribuent la même importance aux questions sociales, environnementales et financières, réalisant ainsi un enrichissement de l'approche financière traditionnelle : on assiste aujourd'hui à une banalisation de l'approche éthique au travers de la notion de morale, grandissante à nouveau dans la finance conventionnelle, essentielle dans la finance éthique : la finance conventionnelle se teinte d'éthique ou encore la finance éthique devient une branche spécifique de la finance. Cette évolution convergente se manifeste par la volonté de définir des mécanismes destinés à exercer une sorte de contrainte sur l'activité financière, fondée sur des règles éthiques, sans en appeler nécessairement aux autorités publiques, constituant ainsi une sorte de para-réglementation additionnelle dont doivent tenir compte les créateurs de produits financiers.

Du fait du rapprochement de ces deux conceptions, la finance islamique peut désormais apparaître comme un cas d'espèce important de finance éthique dont elle peut représenter un exemple de synthèse avec la finance traditionnelle.

Les éléments détaillés de ce chapitre 1 doivent être conservés à l'esprit lors de la lecture des chapitres suivants afin d'apercevoir la parenté des deux démarches car ils montrent que la finance islamique n'est pas un domaine éloigné de tout autre système de pensée et que l'on dispose déjà d'outils d'analyse lorsqu'on l'aborde.

RÉSUMÉ

La science économique étudie le comportement de l'homme et de la société dans l'affectation des ressources dont ils disposent pour satisfaire leurs besoins.

La finance, quant à elle, se consacre avant tout au transfert et au négoce de ressources et de risques entre les agents économiques. Visant l'efficacité comptable, la finance conventionnelle moderne se concentre sur la quantité de biens et de services sans tellement chercher à les qualifier à l'aide d'étiquettes comme la morale. C'est l'inverse que se propose le mouvement éthique.

La morale, appelée aussi éthique, s'est dégagée de l'économie au fil des siècles car on a pensé qu'il s'agissait de domaines différents. Pourtant, des éléments moraux existent dans la vie économique (bonne foi…) même si on les apprécie surtout pour leur utilité.

La finance éthique se développe aujourd'hui, quel qu'en soit le nom (socialement responsable…), en récusant certaines activités économiques ou en cherchant à pousser l'économie dans la bonne voie au nom de valeurs individuelles et collectives (morale, religion, défense de l'environnement…) qui, prétend-elle, peuvent aussi être bénéfiques à l'efficacité économique.

Cette démarche reçoit le secours du public.

La finance islamique trouve toute sa place dans ce mouvement.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Chapitre 2

Le droit islamique des affaires

On ne peut aborder les particularités techniques de la finance islamique sans avoir donné quelque éclairage sur le droit qui la sous-tend. On ne peut pas, non plus, aborder le droit islamique sans apporter, d'abord, quelques éléments de morale islamique qui, elle-même, découle étroitement de la religion. En effet, dans le monde musulman, tout part de la religion qui oriente à la fois la morale, le droit et l'économie de la communauté islamique (*umma*).

L'islam traite des questions économiques et, loin de recommander le renoncement au monde, donne un enseignement susceptible d'améliorer le bien-être de l'homme, ce qui suppose une amélioration des conditions de vie de celui-ci par des gains obtenus de manière licite :

> « Toute l'activité économique de l'islam, étant soumise à la question du *halal* et du *haram*, du licite et de l'illicite, dépend donc des valeurs morales et sociales que doit respecter l'individu dans ses différentes activités[1]. »

Par conséquent, « l'idéologie musulmane favorise l'activité économique […]. Par le travail, l'homme peut atteindre l'objectif ultime : le bien-être et la richesse tout en respectant les principes de la charia[2] ».

1. Comar-Obeid, *Les Contrats en droit musulman des affaires*, Paris, Economica, 1995, p. 42.
2. *Ibid.*

Toutefois, « la richesse une fois acquise, l'individu devra utiliser l'argent gagné de façon socialement productive en évitant cependant l'excès de gain, l'exploitation, le gaspillage, la corruption et le monopole[1] ».

Ces quelques phrases résument de manière concise et particulièrement éclairante les principes qui expliquent l'économie, le droit des affaires et la finance islamique.

On ne peut comprendre la manière dont fonctionne le droit islamique si on l'aborde avec les méthodes utilisées en droit français ou anglo-saxon comme si l'on étudiait une variété particulière de droit occidental. Il s'agit, au contraire, d'un système complet qui a ses propres bases et surtout sa propre méthode de raisonnement : le droit occidental se fonde essentiellement sur la raison à partir d'une interprétation des textes et/ou des faits ; le droit musulman se fonde sur des textes arrêtés une fois pour toutes et sur l'équité. Surtout, il n'est pas une branche autonome de la sociologie, c'est plutôt une autre face de la religion : « Là où le droit musulman ne s'applique plus, il n'y a plus d'islam[2]. » En définitive, « le droit musulman est par sa structure, par les catégories et notions qu'il comporte entièrement original par rapport aux autres systèmes de droit[3] ». Quelques éléments sur la technique du juge, présentés plus loin, en donneront une bonne illustration.

On aperçoit bien l'enchaînement qui commence avec la religion, se poursuit avec la morale, continue avec le droit pour aboutir à l'économie et enfin à la finance.

De ce fait, on abordera, dans un premier temps, le cadre général du droit islamique avant de donner des éléments généraux sur le droit islamique des contrats tels qu'ils découlent de la morale et de la religion dont le droit est inséparable.

Puis, sur ces bases, on proposera une brève présentation de l'économie islamique avant de terminer par quelques commentaires introductifs de l'exposé, dans les chapitres suivants, de la finance islamique.

1. *Ibid.*
2. David R., Jauffret-Spinosi C., *Les Grands Systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 2002, p. 349.
3. *Ibid.*, p. 350.

Le cadre général du droit islamique

Après avoir décrit les éléments de base du droit islamique appliqués avec des nuances par les différentes écoles de pensée juridique, on présentera les principaux concepts de morale islamique puis on donnera un aperçu du raisonnement juridique utilisé par les juristes musulmans.

Éléments de base du droit islamique

Après une brève introduction aux sources du droit islamique, on citera les autorités judiciaires.

➤ Les sources du droit islamique

Traditionnellement, on divise les sources du droit musulman en deux familles : les sources principales et les sources secondaires.

- *Les sources principales*

Les sources principales sont au nombre de deux.

Le droit islamique (*charia*[1]) est d'abord issu du Coran, texte qui aborde tous les comportements de la vie du fidèle dans une approche à la fois globale et détaillée. Sur plus de six mille versets, six cents environ contiennent des règles de droit, ceux qui sont spécifiquement relatifs à l'économie et à la finance n'étant qu'une dizaine. Ce sont des textes pragmatiques abordant des cas d'espèces plutôt que des principes théologiques. Ils font appel à l'équité et au bon sens, à la faculté d'adaptation.

La Sunna est un recueil des traditions établies à partir du comportement et des paroles (*hadith*) du prophète Mohammed et rapportées par ses compagnons. C'est aussi une source de la *charia* en ce qu'elle fournit des réponses à des questions non abordées par le Coran.

1. Le terme *charia* signifie littéralement la voie à suivre pour respecter la loi de Dieu. On le traduira ici par loi islamique ou droit islamique.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

• *Les sources secondaires*

Si, en principe, les solutions de tous les problèmes, qu'ils soient présents ou à venir, peuvent être trouvées dans ces deux sources fondamentales, pour autant, il existe deux sources secondaires : l'*ijma* et le *qiyas*.

Afin de fournir des réponses aux questions que ni le Coran ni la Sunna n'ont envisagées, les docteurs de la loi ont développé une méthode spécifique d'investigation, l'*ijtihad*, étymologiquement « effort ». Cette technique de recherche et d'effort personnel d'interprétation utilisée par les exégètes permet d'aboutir, en cas d'accord unanime de l'ensemble des jurisconsultes, à une règle (*ijma*) constituant la troisième source légale du droit islamique. Même s'il s'agit, théoriquement, d'une source de moindre importance, sa valeur pratique est essentielle car « ce n'est pas dans le Coran et dans les recueils de Traditions que le juge contemporain va chercher les motifs de décision, mais dans les livres où sont exposées les solutions consacrées par l'ijma[1] ».

La quatrième source du droit islamique provient du raisonnement par analogie (*qiyas*), qui permet de « combiner la révélation avec la raison humaine[2] ». Ce point-là est largement développé plus loin dans le chapitre.

En revanche, ni la coutume (*urf*), qui se définit comme une pratique constante acceptée par une communauté, ni la jurisprudence ne semblent être des sources de droit[3] car « les jugements ne sont que des solutions morales indéfiniment révisables dans la voie du mieux[4] ».

Pour autant, une place particulière est accordée à la coutume qui en fait une source supplémentaire, mais mineure, de droit. La *charia* accepte ainsi que la coutume détermine des règles relatives à ce qui est convenable ou pas (*halal* ou *haram*). C'est ainsi que les règles juridiques établies grâce à des opinions (*ray*) ont pu s'inspirer de la coutume. Aussi, une évolution de cette dernière peut entraîner une transforma-

1. David R., Jauffret-Spinosi C., *op. cit.*, p. 355.
2. Milliot L., Blanc F., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Dalloz, 1987, p. 117.
3. Certains auteurs émettent une opinion contraire, voir F.-P. Blanc, *Le Droit musulman*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1995, p. 30.
4. Berque J., *Essai sur la méthode juridique maghrébine*, Rabat, 1944, p. 49, note 14.

tion de ces règles juridiques : pour certains spécialistes, ce qui est prouvé par la coutume vaut ce qui est prouvé par la *charia*, selon la méthode retenue par le code turc du XIX^e^ siècle connu sous le nom de *majallat* (*cf. infra* chap. 8). Son niveau d'autorité est secondaire dans la mesure où elle ne doit pas être contraire à la *charia* ni même aux clauses d'un accord valide juridiquement. Elle n'est valide que localement et elle doit avoir été en vigueur au moment des faits pour être prise en compte. Au contraire, l'*ijma* s'applique partout.

La science du droit qui rassemble les connaissances issues de l'interprétation (*ijtihad*) s'appelle *fiqh*[1] *:* « Le *fiqh*, c'est l'intelligence de la foi[2] », le juriste étant un *faqih* (pluriel : *fuqaha*). Plus précisément, le *fiqh* c'est la connaissance des dispositions légales pratiques.

➤ Les autorités judiciaires

Il est important de conserver à l'esprit que la loi islamique est globale et qu'il n'y a pas, en conséquence, de séparation entre l'exécutif et le judiciaire, entre le politique et le religieux, plus généralement entre le temporel et le spirituel.

C'est le *cadi* qui est chargé de rendre la justice. Personnage important nommé par le pouvoir exécutif, il exerce sa fonction sa vie durant. Il est choisi parmi les docteurs en droit islamique et connu pour sa probité et son sens de l'équité. Compétent pour une région donnée, il peut être chapeauté par un *cadi* suprême couvrant l'ensemble des zones judiciaires. L'importance de la fonction de *cadi* et du personnage qui la remplit fait qu'il juge seul, que ses décisions sont sans appel et immédiatement exécutoires.

Plus précisément, il faut que le juge soit « parvenu au degré du raisonnement personnel, qu'il soit savant sur les versets et les hadiths concernant les sentences. Savant dans les paroles des pieux ancêtres, sur celles où ils sont d'accord et sur celles où ils diffèrent. Savant en langue arabe et savant dans le raisonnement par analogie. Qu'il soit assidu dans sa tâche, ait une bonne mémoire, juste dans ses arrêts, qu'il entende,

1. Le mot *fiqh* dérive d'un verbe qui signifie comprendre. On peut l'utiliser dans le sens de doctrine juridique.
2. Blanc F.-P., *Le Droit musulman*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1995, p. 25.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

voie et s'exprime clairement[1] ». Cette description évoque la *prudence* et les *prudents* décrits pas Aristote. Il existe néanmoins une différence substantielle : le juge islamique qui « commet une erreur dans son effort de raisonnement personnel est récompensé du fait que l'effort de raisonnement personnel est une pratique de dévotion. Il n'est pas récompensé du fait de l'erreur mais le péché lui est seulement remis[2] ». Cette vision particulière, qui voit l'humain dans le juge, qui en accepte les faiblesses pour peu qu'il ait fait un effort personnel, ne se retrouve pas, par exemple, en droit français où le juge disparaît derrière la justice, elle-même étant considérée comme, simplement, la bouche de la loi. Ceci explique, en tout cas, que, en droit islamique, « le jugement rendu par le juge ne peut pas rendre licite ce qui ne l'est pas[3] ». Ce point est extrêmement significatif car il s'écarte fortement du droit anglo-saxon et même du droit français qui attribue justement au juge la tâche de définir ce qui est licite, même *contra legem* dans certains cas.

Le *cadi* est assisté par les *adouls* qui, sans participer aux décisions, attestent par leur présence du bon déroulement de la procédure et servent de greffiers. Rédigeant les actes, dits *adoulaires*, ils forment une sorte de notariat.

Les écoles de pensée juridique

L'islam n'est pas une religion tout à fait unitaire : on y rencontre plusieurs familles de pensée, divisées essentiellement en trois visions de la religion : le chiisme, le kharidjisme et le sunnisme[4]. Le premier se divise lui-même en plusieurs croyances comprenant notamment les chiites[5] zaydites, duodécimains (essentiellement en Iran), les alaouites et les ismaéliens, dont les druzes.

1. Yagi A., *Droit musulman*, Paris, Publisud, 2004, p. 224.
2. *Ibid.*, p. 225.
3. *Ibid.*, p. 226.
4. La répartition des populations est sensiblement d'environ 80 %-85 % de sunnites, environ 15 % de chiites et environ 1 % de kharidjites.
5. Les chi'ites considèrent que l'autorité appartient à la famille du Prophète, en particulier à son neveu Ali. Ils estiment que la descendance d'Ali s'est arrêtée et que le dernier imam, l'imam caché, le Mahdi, reviendra un jour de l'endroit sacré où il s'est retiré. Selon qu'ils arrêtent la descendance d'Ali au 5e, au 7e ou au 12e calife, les chi'ites sont zaydites, ismaéliens ou duodécimains.

Sur le plan juridique, on observe des divisions que l'on appelle écoles de pensée (*madhhab)* ou rites. Chaque école possède sa spécificité avec son vocabulaire et ses techniques, ce qui conduit à penser qu'il existe, en réalité, plusieurs droits islamiques.

Dans l'islam chiite, on rencontre trois écoles de pensée juridique : imamite (*dja'farite*), elle domine en Iran, en Iraq et en Inde, et se caractérise par le fait qu'elle n'a pas cessé de pratiquer l'*ijtihad* ; *zaydite*, elle est présente au Yémen ; *al-abbadiya*, elle est suivie à Oman, en Libye et en Tunisie où elle fait concurrence aux écoles sunnites.

Par la suite, on ne traitera que des écoles sunnites dont la pensée est la plus largement répandue, en abordant incidemment quelques points professés par les écoles chiites.

Dans le droit de l'islam sunnite, dont on donnera quelques éléments ici[1], apparaissent au Xe siècle successivement quatre écoles : hanéfite, malikite, chaféite et hanbalite dont les appellations dérivent du nom de leurs créateurs. Les divergences résultent d'une appréciation différente des conséquences pratiques des textes religieux, toutes utilisant les techniques de raisonnement de l'*ijtihad*.

L'école hanéfite, présente surtout en Turquie, en Jordanie, en Syrie, dans les républiques d'Asie centrale, en Inde et en Chine, est une école qui fait principalement appel à la raison. Elle a été fondée par Abou Hanifa (né en 80 de l'Hégire, an 699). Elle se caractérise par une utilisation de la raison et l'opinion dans la résolution des cas d'espèce et par sa prudence à l'égard de la tradition. Cette école admet une méthode dénommée *istihsan* qui accepte une exception à la règle légale pour des raisons d'intérêt général. Elle accepte la coutume (*urf*) et les paroles des compagnons du Prophète (*qawl as-sahâbî*). Elle passe aussi pour être éloignée des conceptions occidentales[2]. Du fait de la réalisation d'un corpus de droit, cette école semble peu sensible aux besoins de la pratique par rapport aux autres écoles sunnites ou chiites[3].

L'école malikite, créée par Malik ibn Anas (né en 93 de l'Hégire, an 711), est implantée en Afrique du Nord, en Haute-Égypte et au

1. Voir David R., Jauffret-Spinosi C., *op. cit.*, p. 352.
2. Chéhata Ch., *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Paris, Dalloz, 2005, p. 60.
3. *Ibid.*

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Soudan, dans les pays du golfe Persique (ou arabique) ainsi qu'en Afrique occidentale. Elle est considérée comme la plus respectueuse de la coutume de Médine, tenant compte de la finalité religieuse et adoptant un raisonnement guidé par la recherche de l'intérêt général de la communauté (*istislah*, *cf. infra*), démarche qui inclut l'*istihsan*.

L'école chaféite, du nom de son fondateur El Chafe'i (né en 150 de l'Hégire, an 767), se rencontre en Basse-Égypte, en Palestine, en Afrique orientale et en Asie du Sud-est. Elle se positionne, au plan doctrinal, entre l'école hanéfite et l'école malikite. Pour les chaféites, la *sunna* est valorisée en tant que source de droit et, par ailleurs, une grande importance est donnée au consensus de toute la communauté (*ijma*). Elle poursuit un idéal religieux qui l'éloigne de l'observation de la vie pratique, la privant sans doute ainsi de concepts nécessaires à l'analyse de la réalité juridique. Le raisonnement n'y tient qu'une place réduite : l'*istihsan* y a été rejeté par le fondateur. Cette école, défiante à l'égard des opinions humaines et de leur variation en fonction de l'époque et du contexte, ne reconnaît pas non plus l'*istislah*.

Enfin, l'école hanbalite, fondée par Ahmad Ibn Hanbal (né en 164 de l'Hégire, an 780), cantonnée à l'Arabie Saoudite et seule école reconnue par ce pays, est très traditionnelle. Elle se méfie de l'opinion personnelle (*ray*) et se trouve être la seule à n'accepter le *qiyas* que dans les cas extrêmes. Elle privilégie la lettre par rapport à l'esprit du texte. L'innovation (*bida*) est, en principe, rejetée. En revanche, elle reconnaît l'*istislah*.

Ces écoles de pensée découlent du recours à l'*itjihad* qui a permis l'évolution du droit musulman, ce qui a conduit à des visions nuancées ainsi qu'on vient de le voir ci-dessus. Toutefois, afin peut-être de limiter l'apparition de nouvelles divergences, les autorités religieuses considèrent aujourd'hui que cette démarche n'est plus possible[1], que les « portes de l'*itjihad* » sont fermées depuis le Xe siècle : les docteurs de ces écoles, les *muftis*, peuvent simplement mettre en application les principes dégagés par leurs fondateurs en utilisant, le cas échéant, la technique du précédent. Il faut se souvenir de cette fixation du droit lorsque l'on envisage un changement : « Dans la vision que la société a

1. Sauf chez les dja'farites

d'elle-même, il n'y a pas de progrès et de développement […] le changement est généralement pour le pire. Le modèle idéal se situe dans le passé[1]. »

Les quatre écoles sunnites brièvement décrites sont celles qui ont survécu aux siècles. En effet, d'autres écoles sont apparues dans les premiers temps qui n'ont pas survécu mais qui ont laissé quelques traces. C'est en particulier le cas de l'école *zahirite* que l'on évoquera brièvement plus loin.

D'une manière générale, on peut retenir que les jurisconsultes (*mujtahidin*) des écoles musulmanes évoquées plus haut estiment que les principales questions juridiques ont été définitivement réglées : toute l'activité se limite, désormais, à appliquer, au mieux à interpréter, la doctrine établie une fois pour toutes.

Parmi les principes de cette doctrine, on observe, par exemple, que le respect de la lettre du texte est souvent privilégié même si son esprit semble battu en brèche. Cette position s'explique par le fait que l'interprétation humaine, surtout si elle est contemporaine, est considérée comme suspecte, alors que le texte est sacré : il est donc préférable de s'en tenir à la lettre du texte plutôt que d'écouter l'analyse que peut en faire tel ou tel juriste.

L'ordre moral religieux pèse sur l'activité économique et juridique et tout l'art des juristes et des financiers consiste à s'accommoder de cette situation. Le juriste aujourd'hui se base sur les livres des écoles de pensée. Si les écoles conviennent du point en question, cet accord (*ijma*) est obligatoire pour tous. Si tel n'est pas le cas, chacun applique les règles relatives à son école.

Les points exposés dans la suite de l'ouvrage font l'objet, en principe, d'un accord unanime des différentes écoles de pensée. Il peut exister néanmoins des positions divergentes que l'on citera en tant que de besoin.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

1. Voir Lewis B., *La Formation du Moyen-Orient moderne*, Paris, Aubier, 1994.

Les concepts essentiels

Parmi les concepts essentiels du droit musulman, qui découle de la *charia* et qui imprègne tout le droit islamique des affaires, figurent quatre notions fondamentales : le *riba*, le *gharar*, le *maisir* et le *haram*.

➤ Le *riba*

Le *riba*[1] est le péché cardinal dans le droit islamique. La littérature le compare au meurtre, à la fornication et à l'idolâtrie. Sa signification littérale est « accroissement ».

On assimile souvent le *riba* à la proscription de l'intérêt. En réalité, la notion est beaucoup plus large : le *riba* ne se limite pas « au prêt à intérêt mais à toute prestation de sommes d'argent ou de choses fongibles dues par une personne à une autre engendrant un profit réalisé par l'une des parties sans contrepartie[2] ». L'intérêt consiste, en effet, à recevoir une rémunération du seul fait que l'on a mis à la disposition d'un tiers une certaine somme d'argent : on est rémunéré en l'absence de tout travail productif, sans contrepartie.

Le *riba* vise l'enrichissement sans cause, « un profit ou gain illicite découlant d'une inéquivalence dans la contre-valeur des prestations réciproques au cours de l'échange de deux ou plusieurs biens de la même espèce, du même genre et régis par la même cause efficiente[3] ». Le *riba*, plus généralement, correspond à l'interdiction du gain sans effort ou sans responsabilité et le prêt d'argent relève de cette prohibition.

Le contrat entaché de *riba* est appelé *ribawi* et sa formation est donc viciée (*fasid*).

Les situations étant variées, les jurisconsultes distinguent plusieurs formes de *riba* qui fait l'objet d'une littérature juridique abondante. On en citera quelques unes à titre d'illustration.

1. Voir *Islamic Banking*, Diederik van Schaik, Ph.D., économiste financier qui a reçu le prix Rabobank/NBE de Business and Ethics pour sa thèse sur la banque islamique.
2. Abi Haydar A., *Les Banques islamiques*, thèse, Paris, 1990, p. 100.
3. Saleh N., *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law*, cité par Comar-Obeid, *Les Contrats en droit musulman des affaires*, *op. cit.*, p. 45.

Le *riba* porte le plus souvent sur des *biens de riba* (produits alimentaires, métaux précieux et argent…). Le *riba* de l'excès se produit lorsque des *biens de riba* sont échangés contre des biens de même nature dans des proportions différentes (poids ou valeur). Il s'apparente au *riba de solde* (*riba al-fadl*) consistant à augmenter le prix d'un bien au moment de la remise de celui-ci. Il existe également le *riba de délai* lorsque les biens ne sont pas échangés concomitamment, qui peut entraîner un *riba de report* se traduisant par l'augmentation du prix dans le cas de la prorogation du terme (*riba al-nasi'a*). Le *riba de dette*, enfin, intervient lorsqu'un intérêt est payé, sous quelque forme que ce soit, pour compenser un prêt. Toutefois, la *charia* n'a pas défini de règle générale relative au *riba* en dégageant une cause (*illah*) simple[1].

Aussi les juristes des différentes écoles peuvent-ils avoir des opinions nuancées sur le sujet. Pour les écoles hanéfite et hanbalite, toutes les transactions qui ne satisfont pas les conditions de simultanéité et d'équivalence sont prohibées, surtout si elles donnent lieu à une augmentation du prix au moment de la remise du bien ; par ailleurs, il n'est pas possible, selon elles, d'accroître le prix d'un bien dans le cas de la prorogation du terme. Les écoles chaféite et malikite limitent ces interdictions aux produits alimentaires et à la monnaie métal.

Cette rigueur n'étant pas favorable au développement économique, des juristes musulmans modernes ont proposé une conception du *riba* fondée plus sur l'*esprit* que sur la *lettre*. Pour eux, la raison sous-jacente de l'interdiction du *riba* est de prévenir les pratiques injustes et de protéger le faible contre une exploitation de ses besoins. De ce fait, un taux d'intérêt serait répréhensible s'il frappe un pauvre, tandis qu'il ne le serait pas s'il vise un riche car il n'y a pas, dans ce cas, d'exploitation. Par ailleurs, il a été suggéré que le prêt puisse être assorti d'un intérêt qui en maintienne la valeur malgré l'inflation.

Malgré la richesse de la réflexion et les potentialités qu'elle recèle, cette vision des choses n'a pas prospéré jusqu'à ce jour et c'est le concept orthodoxe qui prévaut.

Selon lui, c'est la lecture *littérale* qui est la règle, les motifs sous-jacents étant moins importants. De ce fait, il est plus facile de mettre en

1. Voir Saleh N., *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law*, London, 2e éd. Graham et Trotman, 1992, p. 17.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

œuvre des fictions (*hiyal*) (*cf. infra*, chap. 8) qui permettent de s'affranchir des rigueurs des préceptes.

Faute d'une définition par compréhension, c'est donc une définition extensive que l'on doit utiliser et les auteurs procèdent par énumération des opérations interdites. Une grande partie de la littérature en la matière examine les pratiques financières et commerciales afin de détecter toute trace de *riba*.

➤ Le *gharar*

Le mot *gharar* évoque l'incertitude résultant d'une information volontairement ou involontairement insuffisante. Ce terme recouvre des notions différentes : aléa, incertitude, hasard, spéculation[1]. Cela explique que les juristes ne soient pas unanimes quant à la définition et surtout à la portée de ce concept.

L'incertitude est souvent liée à la spéculation, qui consiste à tenter de prévoir le résultat futur d'un événement. Elle peut porter aussi bien sur l'existence même de la prestation, comme c'est le cas dans les assurances accident, que sur l'étendue de la prestation, que l'on constate dans l'assurance-vie. Ainsi, sont contraires à la morale islamique les contrats aléatoires, dans lesquels le contenu de la prestation dépend d'un événement susceptible de se produire pendant la durée du contrat. En effet, cette situation génère une ignorance (*jahl*) quant aux gains et aux pertes des deux cocontractants, susceptible de causer un préjudice à l'un ou à l'autre car on ne peut savoir, à l'origine, si le contrat est équilibré. Or un contrat ne doit léser aucune partie.

Ce déséquilibre se retrouve si le contrat est complexe car il risque alors de favoriser l'exploitation du moins instruit par le plus instruit. Aussi, à la manière du droit de la consommation[2] en France, le droit

1. La spéculation est entendue comme une tentative de prédire le résultat à attendre d'un événement : la spéculation illicite est une démarche dépourvue de la recherche et de l'analyse d'une information objective, au contraire de l'activité économique, licite et souhaitable.
2. Art. L. 132-1, al. 1er du Code de la consommation : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat. »

islamique interdit un certain nombre de pratiques et en réglemente d'autres afin de protéger le cocontractant le plus faible et le profit qu'ils procurent est illicite.

Une nuance apparaît lorsque l'on distingue l'ignorance exorbitante (*jahl fanish*) de l'ignorance tolérée (*jahl yasir*), mais les écoles divergent sur la question. En tout cas, « la cause de 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 il y a alors un aléa toléré parce que d'importance minime[1] ».

On conçoit que la notion suscite de nombreuses controverses avec le développement et la modernisation de la vie économique.

D'une manière générale sont, en principe, interdites : les ventes liées, la vente à un prix donné avec un rachat à terme à un autre prix, la vente avec réserve et la vente de l'un de deux objets à choisir ultérieurement pour un prix donné. La vente de choses futures et les opérations qui contiennent une incertitude sur les caractéristiques de l'objet du contrat sont interdites. Il n'est pas possible de vendre des articles dont l'existence ou les caractéristiques ne sont pas certaines du fait de la possibilité de survenue d'un événement inattendu : l'existence d'un risque sur la réalisation de l'objet du contrat conduit donc à la prohibition de ce contrat. Cela interdit, en principe, les activités d'assurance qui envisagent, dès l'origine, que le bien ou le service puisse ne pas être rendu. Au surplus et sous un autre angle, l'assurance est un moyen de fixer l'avenir, alors qu'il n'appartient pas aux cocontractants.

➤ Le *maisir* et le *qimar*

Le *maisir* et le *qimar* correspondent à la notion de jeu. Le concept de *maisir* va au-delà des jeux de casino auxquels on peut penser spontanément : il recouvre tout enrichissement injustifié moralement d'une partie au détriment d'une autre.

C'est ainsi que sont interdites les pratiques commerciales contenant un élément d'incertitude qui les assimile à un jeu de hasard (*qimar*) : vente de choses non encore existantes, vente aux enchères, paris, loterie,

1. Comar-Obeid, *op. cit.*, p. 63.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

contrats aléatoires, plus généralement, qui procurent un revenu acquis sans travailler (*maisir*).

Les notions de *gharar* et de *qimar* peuvent d'ailleurs se rejoindre et se compléter : établir un contrat contenant une incertitude trop grande (*gharar*) est semblable à un jeu de hasard (*qimar*).

➤ Le *haram*

L'interdiction des activités illicites est semblable à celle que l'on rencontre dans l'ISR (*cf.* chap. 1) : elle ressortit directement à des principes religieux et moraux.

L'interdiction distingue entre, d'une part, l'activité en soi et, d'autre part, l'objet de l'activité, les interdits étant appelés *haram*.

La liste des objets prohibés par la religion est particulièrement longue (vente d'animaux morts, de porc, d'alcool, jeux de hasard…) ; ils ne peuvent faire l'objet d'une transaction. Au surplus, certaines activités sont vues comme illicites (la production et la commercialisation des biens impurs, le jeu, la spéculation…). Enfin, certaines choses considérées comme pures ne peuvent pas, pour autant, être objets d'un contrat : le sol des endroits sacrés… L'ensemble des interdictions sont nombreuses et ne peuvent être définies entièrement par des règles particulières.

Au-delà des interdictions religieuses, d'autres interdits résultent de la morale : un acte doit être utile et conforme aux bonnes mœurs, les bonnes mœurs étant, toutefois, une notion difficile à cerner et qui dépend des régions et des écoles de pensée.

L'utilité de l'acte suppose qu'il a une fin en soi qui soit réalisable. Le but doit aussi être moral. C'est ainsi que si, les banques islamiques sont encouragées à financer la production de biens essentiels qui correspondent aux besoins de la majorité des musulmans, la production et la promotion de biens de luxe (*israf wa traf*) sont considérées comme inacceptable d'un point de vue religieux.

Aussi la finance islamique ne peut-elle s'impliquer dans tous ces domaines.

De toutes les différentes normes éthiques qui parcourent la morale, l'économie et le droit islamiques, les deux plus importantes sont l'absence de *riba* et de *maisir*. Le refus du *gharar* est également une

norme essentielle mais une faible dose peut en être tolérée dans certains cas. En tout état de cause, l'intérêt général, notion particulièrement importante en économie et en droit islamiques sur laquelle on reviendra plus loin, ne peut être invoqué valablement pour battre en brèche les normes que l'on vient de citer.

Éléments de raisonnement juridique

Une distinction juridique de la nature des actes humains alimente la technique de raisonnement qui influe sur le concept de jurisprudence.

➤ La nature juridique des actes humains

Contrairement aux autres créatures, les êtres humains bénéficient du libre arbitre (*amanah*[1]), ce qui les rend responsables de leurs actions. Le droit musulman (*fiqh*) répartit les actes humains en cinq catégories principales : les actions obligatoires (*fard*) assorties de récompense ou de punition, les actes recommandés (*manduh*) dont l'accomplissement justifie une récompense, les actes permis (*mubah*) dépourvus de sanction particulière, les actes réprouvés (*makruh*) qui ne justifient pas pour autant de punition, les actes interdits (*haram*, contraire de *halal* qui signifie « licite ») assortis de punitions diverses. On observe, incidemment, que les écoles de pensée divergent sur le classement détaillé des actes humains.

Pour apprécier la validité des actes juridiques, on se fonde sur deux éléments : la nature de l'acte (*asl*) et la situation dans laquelle il est commis (*wasf*).

On distingue ainsi les actes valides (*sahih*) lorsque la nature et la situation de l'acte sont tous deux conformes au droit ; désapprouvés (*makruh*) si la nature de l'acte est illicite, même si la situation est autorisée ; défectueux (*fasid*) si la nature de l'acte est conforme à la loi mais la situation du commettant contraire au droit ; invalides et nul d'effets (*batil*) dans les autres cas (vente conclue au moment de la prière par exemple).

1. Le terme est aussi utilisé au sens de fiabilité, de loyauté et même de dépôt, ce qui explique la dénomination d'un certain nombre de dépôts fiduciaires.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Par ailleurs, les règles de comportement sont, en principe, divisées en deux catégories[1] : les questions strictement religieuses (*ibadat*), qui sont immuables, et les points qui touchent à l'activité (*mu'amalat*), qui peuvent évoluer par l'intermédiaire de l'interprétation (*ijtihad*). On peut observer schématiquement que, dans le premier cas, tout ce qui n'est pas clairement prévu par la *charia* est interdit ; dans le second, à l'inverse, tout ce qui n'est pas prohibé est permis, sur la base du principe d'autorisation (*ibarah*).

À ces éléments d'appréciation s'ajoute une technique particulière de raisonnement.

➤ La technique de raisonnement

Le système juridique islamique étant sensiblement différent des systèmes occidentaux, il n'est pas étonnant que l'approche générale en soit spécifique de même que la technique courante de résolution des cas ou encore les techniques d'aide à la décision.

- *Approche générale*

Les deux éléments essentiels de la technique de raisonnement en droit islamique sont le recours à un référentiel très large et au principe d'autorité.

D'une manière générale, le droit n'étant pas, comme dans les pays occidentaux, un domaine autonome, le juriste musulman doit tenir compte des aspects religieux, moral, social et proprement juridique avant de classer un acte juridique comme *halal* ou *haram* (licite ou illicite), notions qui ne résultent donc pas de la seule analyse juridique.

Par ailleurs, le droit musulman est fondé sur le principe d'autorité (*taqlid*). C'est ainsi que, en cas de litige, les parties peuvent s'appuyer sur un *tafsir*, analyse émanant d'un juge religieux, qui est un argumentaire en faveur d'une opinion déterminée. Sa valeur provient, toutefois, surtout de la notoriété de celui qui l'a émise.

En tout état de cause, la méthode du *qiyas* qui encadre le raisonnement personnel du juge, et donc plus généralement la raison humaine

1. Habib Ahmed, « Islamic Law, Adaptability and Financial Development », working paper of the Islamic Research and Training Institute or Islamic Development Bank, p. 8.

(*aql*), empêche celui-ci de statuer à partir de son seul avis (*ray*), qui n'a pas, en soi, de valeur juridique.

• *Technique courante de résolution des cas : qiyas*

La technique du *qiyas* est une méthode très élaborée dont le principe s'accompagne d'une démarche spécifique et de règles précises que l'on appelle aussi analogie.

Le principe

Le mot *qiyas* signifie « comparaison ». Dans la langue du droit, il s'agit de l'application à une nouvelle espèce (*far*) d'une décision (*asl*) appliquée à un cas d'origine parce que la nouvelle espèce a la même cause (*illah*) que le cas modèle.

Cette méthode permet de traiter des situations nouvelles tout en restant fidèle aux règles établies par la *charia*, ce qui lui confère sa légitimité. Même si certains partisans d'une lecture littérale des textes refusent le *qiyas*, elle est généralement largement acceptée.

Les décisions résultant de *qiyas* peuvent être suivies de sanctions.

La démarche

Adoptant une approche téléologique, le *qiyas* se base sur l'idée que la *charia* a certains objectifs (*maqasid*) en harmonie avec la raison. Dans de nouvelles circonstances, le *qiyas* correspond à une démarche rationnelle (*hikmah*) fondée sur la cause effective (*illah*) de l'espèce à traiter, en tenant compte du bénéfice escompté pour la communauté (*maslaha*), tout en maîtrisant l'opinion personnelle (*ray*) : le *qiyas* n'apporte aucune modification au texte. Étant issue d'un raisonnement humain, la décision résultant du *qiyas* ne bénéficie pas du même degré d'autorité que le texte (Coran ou Sunna). Aussi peut-on observer des différences d'opinion dans le droit issu du *qiyas* à l'instar de ce qui peut se produire avec le droit issu de l'interprétation (*ijtihad)*.

Un certain nombre de règles encadrent la pratique du *qiyas* à chaque étape de la démarche.

Les règles

De manière schématique, la mécanique se présente ainsi : le juriste part d'un cas modèle (*asl*) qui a fait l'objet d'une décision (*hukm*). Il doit en découvrir la cause (*illah*) la mieux appropriée au nouveau cas d'espèce

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

(*tanqih al manat*) en faisant le départ entre les diverses causes qui peuvent apparaître à l'analyse du cas retenu comme modèle. Une fois établie que la cause sélectionnée s'applique bien à la nouvelle espèce à traiter (*far*), il lui applique la solution modèle.

- Les cas modèles (*asl*) : en principe, les cas modèles (*asl)* doivent être mentionnés dans le Coran ou la Sunna, à l'exclusion, pour un grand nombre de savants, de l'*ijma* ou des conclusions d'un autre *qiyas*. Toutefois, les malikites, ainsi que des juristes modernes, semblent admettre ces dernières pour peu que le résultat ne contredise pas le *nusu*[1].
- Les décisions de référence (*hukm*) : les décisions utilisées comme référence (*hukm*) doivent satisfaire les conditions suivantes :
  - la décision doit correspondre à un cas réel de la *charia* et non être une opinion ;
  - la décision ne doit pas avoir été contredite ;
  - la décision de référence doit être compréhensible par l'intelligence humaine ;
  - la décision de référence ne doit pas concerner un cas rare.
- La nouvelle espèce (*far*) : la nouvelle espèce qui fait l'objet d'un *qiyas* ne doit pas déjà être prévue par les textes, d'autant qu'une analogie conduisant à une différence (*qiyas ma'al tariq*) n'est pas autorisée.
- La cause (*illah*) : la cause retenue doit être appropriée (*munasib*), permanente et évidente. Elle doit aussi se trouver dans les textes (*nasus)* et être transposable à d'autres cas de figure. À défaut, il est de la compétence du savant (*mujtahid*) de raisonner en recourant à l'interprétation.

Le résultat obtenu suscite différentes appréciations selon le degré d'équivalence des causes[2] :

- si la cause est plus nette dans la nouvelle espèce que dans le cas modèle, on parle de *qiyas* supérieur (*qiyas al-awla*) ; dans le cas opposé, on a un *qiyas* inférieur (*qiyas al-adna*) ;

1. L'appellation *nasus* recouvre à la fois le texte du Coran et celui de la Sunna et la dénomination *nusu* vise les points explicites de ces textes et les décisions qui en sont tirées.
2. On distingue aussi les analogies évidentes (*qiyas jali*) des analogies cachées (*qiyas khafi*).

– si la cause figure de manière similaire dans le cas modèle (*asl*) et dans la nouvelle espèce (*far*), on parle d'analogie de même niveau (*qiyas al-musawi*).

Pour illustrer la démarche, on peut établir les tableaux 2.1 et 2.2.

Tableau 2.1

Cas modèle (*asl*)	Cause de la décision (*illah*)	Décision (*hukm*)
Consommation d'alcool	Intoxication	Interdiction

Tableau 2.2

Nouvelle espèce (far)	Cause à utiliser par analogie (*illah*)	Décision dans la nouvelle espèce (*hukm*)
Consommation de drogue	Intoxication	Interdiction

L'analogie

Le *qiyas*, en qui l'on peut voir une méthode par analogie, constitue la technique essentielle de raisonnement juridique utilisée en droit islamique. Toutefois, il ne s'agit pas de la méthode utilisée traditionnellement en *common law* où l'analogie repose sur la comparaison de faits appelant des solutions identiques ou différentes, raisonnement qui, grâce à la technique des distinctions, peut se révéler créateur de règles nouvelles. La *common law* demeure, au moins en droit américain, analogique au niveau du fait.

Au contraire, le raisonnement en droit islamique n'est pas seulement analogique : il part du fait pour atteindre la règle puis revient au fait, il se veut inductif puis déductif. Ainsi, lorsque l'on a à traiter un cas d'espèce non explicitement prévu par la *charia*, il faut d'abord trouver, dans une des sources officielles du droit, un cas apparemment similaire. À partir de là, on tâche d'induire de la solution établie le principe général dont elle découle, principe appelé *cause* (*illah*) susceptible de s'appliquer aux cas relevant du même contexte. On vérifie ensuite si cette cause ainsi découverte peut s'appliquer valablement au cas d'espèce en question. Si tel est le cas, on statue en conséquence. Sinon, la démarche est réitérée.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Enfin, une solution obtenue à partir d'un *qiyas* ne peut être dégagée à partir d'un autre *qiyas*. Ce dernier point est particulièrement intéressant, au plan de la technique juridique, car il montre l'écart avec la *common law* laquelle, au contraire, s'appuie essentiellement, dans son raisonnement, sur les cas d'espèces résolus au fil du temps. Cette interdiction empêche ainsi une évolution du droit faite par l'expérience pour ramener systématiquement le raisonnement aux textes de base.

Le *qiyas* s'accompagne d'un certain nombre de techniques d'aide à la décision.

• *Les techniques d'aide à la décision*

Parmi ces techniques se placent le système des présomptions et celui des principes généraux.

Le système des présomptions (istishab)

La présomption (*istishab*), qui présume l'existence ou l'absence de faits, peut être utilisée en l'absence d'autres preuves (*dalil*). Le principe n'en est pas accepté par tous les spécialistes.

On en distingue quatre formes :

– la présomption d'absence à l'origine (*istishab al-adam al-asli*) signifie qu'un fait ou une règle qui n'existait pas dans le passé n'existe pas non plus aujourd'hui ;
– la présomption de présence à l'origine (*istishab al-wujud al-asli*) prévoit que l'existence de quelque chose d'établi par le droit ou la raison est considérée comme accordée ;
– la présomption de continuité des principes et des règles généraux du droit (*istishab al-hukm*) ;
– la présomption de continuité d'une qualité jusqu'à preuve du contraire (*istishab al-wasf*).

On en déduit un certain nombre de maximes juridiques :

– la certitude ne peut être infirmée par le doute (*al-yaqin la yazul bil shakk*) ;
– l'absence d'engagement est présumée (*bara'ah al-dhimmah al-asliyyah*).

Les principes généraux

Le droit islamique compte un certain nombre de principes généraux d'action utilisant des standards juridiques, qui guident le raisonnement du juge.

- Les standards

Le juge se base, notamment, sur deux standards issus de la coutume, la nécessité (*darura*) et l'intérêt général (*maslaha*).

Le standard de la nécessité (*fiqh ad-darura*) prévoit que la nécessité rend légitime ce qui originellement est illégitime. Ceci autorise une suspension de la loi dans les cas extrêmes. Dans les cas individuels, c'est la conscience de la personne qui juge si la circonstance est appropriée, on est dans le domaine de la morale au sens de Kant ; dans la vie publique, c'est un conseil d'*ulémas* qui doit statuer. Pour autant, l'exception doit être temporaire et mise en œuvre a minima.

Le standard de l'intérêt général (*maslaha mursalah*) n'est pas défini par les règles établies de la *charia*. Il s'agit de considérations qui assurent à la communauté un bénéfice ou préviennent une nuisance tout en étant compatibles avec les objectifs (*maqasid*) de la *charia*. Ces objectifs sont, essentiellement, de protéger les cinq valeurs cardinales que sont la religion, la vie, l'intelligence, la famille et la propriété, compris de manière extensive. Par exemple, protéger la vie inclut la sauvegarde des moyens qui permettent une vie décente comme la liberté de travailler et de voyager ; la protection de la propriété suppose non seulement le droit de propriété mais aussi l'existence de l'équité dans le commerce au sein de la communauté. Les mesures qui se préoccupent de ces valeurs appartiennent au périmètre de l'intérêt général et tout ce qui va à leur encontre est considéré comme mauvais (*mafsada*) alors que la prévention de cette situation est aussi considérée comme relevant de l'intérêt général (*maslaha*). La démarche est véritablement téléologique car une action contraire à l'intérêt général et causant même une nuisance de prime abord peut être acceptée si le but plus lointain est d'assurer un intérêt général plus grand : il s'agit de comparer le coût et le bénéfice d'une action au plan macro-économique, le principe de recherche du bien-être social maximum ne devant, cela va de soi, être en contradiction avec le Coran, la Sunna et l'*ijma*. Cette vision des choses permet d'encadrer l'évolution de la société dans un sens favorable à la communauté.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

• Principes généraux d'action

Le juge utilise ces standards dans le cadre de deux principes généraux d'action : la recherche de l'équité et la recherche de l'intérêt général.

La possibilité pour le juge d'exprimer une préférence juridique (*istihsan*) pour une solution donnée facilite sa décision lorsque plusieurs conséquences peuvent être envisagées : il peut choisir une solution moins fréquente par rapport à une jurisprudence affirmée. C'est particulièrement utile lorsque le raisonnement par analogie (*qiyas*) conduirait à une solution trop sévère.

La recherche de l'intérêt général (*istislah*) est une méthode qui permet de trancher, au regard du bien-être public, dans les cas spécifiques où d'autres sources de droit ne peuvent être utilisées : la méthode est particulièrement efficace dans des cas nouveaux (transplantations d'organes…).

Ces éléments se retrouvent dans la jurisprudence.

• *La jurisprudence*

La jurisprudence peut, dans certaines limites, constituer une source de droit. Néanmoins, elle est plutôt un recueil de coutumes ou d'usages qu'un ensemble de solutions dégagées à l'occasion de litiges particuliers.

La jurisprudence est locale lorsque son application s'effectue entre les frontières d'un seul pays et générale lorsqu'elle concerne l'ensemble de la communauté islamique (*umma*).

La première émane d'un docteur du droit réputé qui se prononce en se référant à l'intérêt général. Le caractère jurisprudentiel de la décision est acquis après l'avis d'un intellectuel réputé ou l'attestation de deux témoins d'excellente réputation. Quant à la seconde, on peut la découvrir dans l'*al amal al mutlak* qui traite des décisions jurisprudentielles à caractère général.

On trouve aussi des recueils de textes notariaux et des réponses, faites sous forme de décisions juridiques (*fatwi,* sg. *fatwa*), par des *muftis* à des questions qui leur ont été soumises. Cela se rapproche de ce que l'on appelle, en France, la doctrine.

On constate, en fin de compte, que le droit musulman est très contrôlé, comme la plupart des droits codifiés, l'autonomie du juge de base étant, *a priori*, faible : celui-ci doit apparaître, en reprenant une formule fameuse attribuée à Montesquieu, comme la « bouche de la

loi ». Cela dit, l'évolution du droit islamique se fait néanmoins grâce à plusieurs instruments : d'une part, les raisonnements par analogie (*qiyas*), la doctrine fondée sur l'équité (*istihsan*), tous deux se basant sur le Coran et la *Sunna* et, d'autre part, et à défaut, sur l'intérêt général (*maslaha*). Ces techniques permettent au droit islamique de s'adapter aux mouvements de la société. Les choses pourraient alors être relativement simples s'il existait une unité juridique au sein de la communauté islamique qui assure une unité du droit et donc une sécurité juridique. Cela ne se trouve pas aujourd'hui en droit financier islamique, notamment du fait de l'existence de plusieurs écoles de pensée.

Ces préliminaires indispensables ayant été apportés, il est temps maintenant d'aborder, de manière plus concrète les éléments généraux du droit islamique des contrats.

Le droit islamique des contrats

L'objet n'est pas, ici, bien évidemment, de faire un exposé général du droit des contrats islamiques. En effet, on sait qu'il existe plusieurs écoles de pensée juridique, ce qui rend ce droit multiple, et, au surplus, les développements qui s'ensuivraient excéderaient le propos qui est de traiter de la finance islamique. La finance étant basée sur des contrats, il est néanmoins nécessaire de donner un aperçu du droit des contrats islamiques en en retenant les points importants dans la vie des affaires.

Le droit islamique des contrats n'est pas un domaine autonome. Au contraire, la société islamique étant régie par une religion fixant les modalités de la vie de chacun, le droit du contrat, élément essentiel du droit commercial et financier, s'insère dans un corpus de règles découlant de la religion.

C'est pour cela que l'on essaiera de décrire l'esprit du droit des contrats islamiques tels qu'il découle de la religion et de la morale avant de présenter les caractéristiques du contrat, le cas spécifique des clauses optionnelles et adjointes pour terminer par un exemple important de contrat de droit islamique, le contrat de vente.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

L'esprit du droit des contrats islamiques

Peu évoqué dans les textes religieux, car il est avant tout une construction de jurisconsultes, le contrat (*aqd*) s'applique aux opérations juridiques faites par les particuliers.

> « La théorie musulmane de l'obligation apparaît bien différente, comme conception et comme système, de la théorie romaine et de celle des systèmes qui en sont tributaires. […] Elle repose sur le grand principe de l'équivalence[1]. »

C'est, en effet, ce principe d'équivalence, d'équité, que l'on retrouvera dans la totalité des contrats examinés plus loin. On se gardera, en conséquence, de vouloir imposer à ce droit des catégories qui lui sont étrangères.

L'esprit général de ces contrats repose sur trois données principales : le caractère individuel du contrat ; la préoccupation permanente de maintenir une parfaite égalité entre les contractants[2], parfait exemple de justice commutative sur laquelle veille le concept de *riba* (*cf. supra*) ; le souci d'éviter tout litige résultant de l'ignorance (*jahalat*) des conditions de l'échange, de l'indétermination ou de l'aléa du contrat, garanti par le concept de *gharar* (*cf. supra*). Au surplus, il est un principe général que le contrat ne peut provoquer de nuisance (*darar*) à un tiers, sauf à lui consentir certains droits et options.

Le contrat en droit islamique est un acte juridique constitué par les déclarations des parties, chacune des déclarations reposant sur un acte de raison :

> « Tel est pour les juristes musulmans le critère qui permet de distinguer l'acte juridique, spécialement le contrat, du fait juridique pur et simple. L'acte juridique est avant tout une déclaration : *qawl*[3]. »

1. Chéhata Ch., *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, *op. cit.*, p. IX.
2. Ce qui réduit toute théorie de la cause à une théorie de l'équivalence, l'égalité étant le but des cocontractants.
3. Chéhata Ch., « Le concept de contrat en droit musulman », in *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, Paris, Sirey, 1968, p. 131.

De ce fait, l'objet du contrat tend à se confondre avec l'objet de l'obligation née de ce contrat, ce qui met l'accent, également, sur les effets du contrat. On verra plus loin que ces points déterminent la licéité ou non des conventions.

Le droit musulman instaure un certain nombre de contrats, dits contrats nommés, qui sont traditionnellement répartis en trois catégories : les contrats d'échange, les contrats accessoires et les libéralités :

– les contrats d'échange comprennent la vente simple au comptant (*bai*), la vente génératrice de dette (*bai mu'ajjal, murabaha, salam, istisna*), la location (*ijara*) et l'échange de travail contre rémunération (*jo'alah*) ;
– les contrats accessoires sont ceux qui voient une partie mettre à disposition d'une autre partie du travail, du capital ou un engagement : le contrat d'agence (*wakala*), le contrat de société (*sharika*) qui peut prendre la forme de commandite (*mudaraba*) et de joint-venture (*musharaka*), le mandat de transfert (*hawala*) et le gage (*rahn*) ;
– les libéralités voient un transfert de droits sans contrepartie. Ce sont le prêt (*qard*), le dépôt (*wadiah*), le don (*heba*) et la garantie (*kafalah*).

Parmi ces contrats, plusieurs peuvent être utilisés dans la vie financière. Ils seront étudiés dans les chapitres suivants.

Caractéristiques du contrat

De manière très classique, on présentera l'objet du contrat, sa formation, les conditions de sa validité et ses effets.

➤ Objet

Le contrat doit porter sur quelque chose de réel (*maal*). Le périmètre de cette notion recouvre les objets matériels (*tangible*) mais accepte aussi des biens immatériels comme les services et l'usufruit. Les jurisconsultes ne s'accordent pas sur la licéité d'un contrat qui porterait sur un droit car certains estiment qu'il ne s'agit ni d'un bien réel ni d'un usufruit ni d'un service. Toutefois, quelques-uns acceptent d'inclure dans le péri-

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

mètre des objets licites d'un contrat toute sorte d'avantage consenti ou reçu (*manfaa*).

Cette question reviendra tout spécialement lorsque l'on abordera la finance de marché et, notamment, les techniques d'options et les primes qui y sont attachées.

➤ Formation

Le contrat islamique n'est pas un échange de consentements mais un échange de déclarations générant engagement dont les effets légaux se déclenchent automatiquement :

> « Si l'esprit du déclarant doit avoir en vue les effets de la déclaration, sa volonté n'est point rattachée d'une manière ou d'une autre au contenu de la déclaration. Ce contenu, à savoir la signification de la déclaration, se réalise en vertu de la loi. La volonté, de par sa vertu propre, ne saurait être créatrice de droits et d'obligations[1]. »

Selon certains juristes, qui ne font pas néanmoins l'unanimité, le seul acte de consentement se découvre dans le choix du contrat, les modalités, le prix…

Le contrat se caractérise par son unité : unité de l'acte, car le contrat ne peut englober deux objets à la fois ; unité de temps : la conclusion doit se faire en une seule séance de temps ; unité de lieu : le contrat doit être conclu dans un même espace. Toutefois, un accord par courrier est admis, la validité de l'acte n'étant obtenue que le jour de la notification à l'initiateur de l'acceptation de l'autre partie.

Le formalisme est limité et les termes utilisés doivent simplement exprimer le sens voulu. Toutefois, il existe un certain nombre d'exigences appelées *verbalisme* : une parole, soumise à certaines conditions de forme (verbe au passé ou au présent) doit être prononcée, l'écrit jouant un rôle secondaire, même en matière de preuve. Il faut, en effet, que la volonté soit déclarée clairement[2], l'intention ne suffisant pas : le contrat ne peut être formé avant que l'échange des déclarations se soit produit[3].

1. Chéhata Ch., « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, p. 137.
2. L'offre (*igâb*) et l'acceptation (*qabûl*).
3. Certains contrats ne sont parfaits que lors de la remise matérielle de la chose (gage, prêt…).

Le principe essentiel de la formation du contrat est, en effet, la rencontre de deux déclarations formelles et son interprétation se fera sur la base de la volonté déclarée et non de l'intention des parties.

Il faut, ici, aborder un point important qu'est la théorie de la simulation. Une déclaration qui n'est pas sérieuse n'aura pas d'effet. Toutefois, conformément à l'aspect objectif du droit des contrats islamiques, ce n'est pas vers la recherche de l'intention qu'il faudra s'orienter pour établir l'invalidité du contrat mais vers la mise en avant d'une contre déclaration antérieure : la simulation ne peut être présumée. C'est ainsi que « le prête-nom peut toujours, pour son propre compte, se déclarer après le contrat et transférer ainsi le bénéfice de l'acte au propriétaire légal[1] ». Cette déclaration n'a cependant pas d'effet sur l'autre partie contractante[2]. Pour autant, dans les contrats à titre onéreux, le mandataire, qu'il agisse *alieno nomine* ou *proprio nomine*, donc sous son nom ou sous celui de son mandant, est toujours tenu personnellement envers l'autre partie. La théorie de la représentation se présente de manière connexe en permettant de conclure un contrat dans l'intérêt d'un absent avec ou sans mandat, une vente, par exemple, permettant de transférer le bien dans le patrimoine de l'acheteur même si le mandataire a agi sous son propre nom.

Même si la volonté déclarée prime, encore faut-il que ce soit la volonté réelle sous peine de voir le contrat risquer l'invalidation pour vice du consentement.

➤ Conditions de validité

En droit musulman, le principal vice du consentement est la violence, appréciation établie subjectivement ; on rencontre ensuite, subsidiairement, le dol et l'erreur, fondés tous deux sur des éléments objectifs.

La violence est une action contre un tiers qui, influant sur le consentement de celui-ci, vicie son libre arbitre. Elle est estimée de manière subjective : elle doit être illégitime, susceptible d'être exercée et réelle-

1. Chéhata Ch., *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, *op. cit.*, p. 116.
2. Cette théorie de la simulation a existé en droit français : un serment prononcé, notamment sous la contrainte, pouvait être sans effet pour peu que le jureur ait pris la précaution d'enregistrer auparavant une *protestation* devant notaire. Cette procédure a, en particulier, été utilisée par la reine Anne d'Autriche le 19 avril 1643 à l'occasion de la déclaration testamentaire de Louis XIII.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

ment efficace. Ses effets varient selon les écoles : nullité absolue pour les écoles hanbalites et chaféites, application facultative chez les malikites, nullité relative chez les hanéfites qui considèrent que l'acte nul de droit peut néanmoins être confirmé par la victime.

Le dol, en droit musulman, est différent du dol en droit français : la résolution d'un acte y est soumise à l'existence d'un préjudice, alors que le Code civil se base sur l'existence de manœuvres ayant incité une partie à contracter, quel qu'en soit le résultat. Il existe plusieurs cas de dol (dol par action, dol verbal) et leur existence n'entraîne pas nécessairement la résolution du contrat : encore faut-il que la lésion existe, qu'elle soit excessive et que le dol ait été commis par l'un des cocontractants.

L'erreur retenue en droit musulman apparaît lorsque la chose qui fait l'objet du contrat n'est pas conforme à ce qui était prévu : le point essentiel est donc la qualité substantielle de la chose. Dans ce cas, l'acte est nul ; si l'erreur porte sur une qualité non substantielle, l'option de confirmation existe, pour peu qu'elle ait été stipulée dans l'acte.

L'absence d'objet ou le défaut dans la forme de l'expression de la volonté sont des cas typiques rendant le contrat inexistant (*batil*) et de nul effet même s'il a été exécuté : il s'agit, en effet, d'une illégalité d'ordre public, la nullité pouvant être soulevée par l'un des cocontractants indépendamment du juge lequel peut, au surplus, la déclarer d'office.

Le contrat formé entaché d'un vice est alors simplement vicié (*fasid*), ce qui peut entraîner des conséquences variables selon les cas. Sont viciés, par exemple, les contrats munis de clauses adjointes, dont l'objet est indéterminé… Il est important de remarquer que le vice qui entraîne la nullité d'un contrat est toujours d'ordre public et n'est pas prononcé dans l'intérêt des parties.

➤ Les effets du contrat

Si, en principe, le contrat lie les parties d'une force obligatoire, la plupart des conventions sont, en réalité, essentiellement révocables : l'islam recommande, en effet, d'accéder à la requête de l'une des parties qui demanderait l'annulation de contrats comme le mandat, le dépôt, le contrat de société, la commandite, le cautionnement et le gage, la donation… Il n'est pas nécessaire de recourir à la justice, sauf en cas de

donation. La révocation a les effets d'une résiliation et agit de manière rétroactive. En revanche, à l'égard des tiers, il s'agit d'une convention nouvelle. D'une manière générale, la résiliation est de plein droit, à la demande de la partie lésée, si une clause contractuelle n'est pas exécutée, et elle n'a pas à être prononcée en justice.

La responsabilité des parties est, enfin, un point important de cette brève description du droit des contrats.

Le droit musulman a une tendance objectiviste : « Le délit, c'est tout fait qui cause à autrui un dommage[1]. » Le dommage entraîne réparation vue sous l'angle du rétablissement d'un équilibre rompu, ce qui peut s'analyser en une simple restitution. La faute n'est pas, dans une première analyse, un critère retenu : on se situe plutôt dans la théorie du risque bien connue en droit français.

Le fait est donc l'élément essentiel générateur de délit. Il en existe trois sortes : l'illicéité, qui survient à chaque commission d'acte non permis par la loi ou le contrat, qu'il y ait ou non faute (destruction par erreur du bien d'autrui alors qu'on le croyait sien) ; l'*état délictueux*, qui caractérise la situation où un fait illicite et un dommage coexistent sans qu'il soit nécessaire de rechercher un lien de causalité (possession indue par exemple) : l'inexécution d'une clause d'un contrat, ou simplement une exécution non entièrement conforme, met la partie défaillante dans un *état délictueux* même en l'absence de préjudice ; le risque, qui suppose que le détenteur d'une chose la conserve dans son intérêt propre et doit donc assumer le risque de la perte de celle-ci (le créancier porte le risque de la perte du gage).

Le rapport de causalité n'est exigé que dans le premier cas susvisé, l'illicéité. Toutefois, la force majeure et le cas fortuit exonèrent de la responsabilité : « L'on est responsable de son fait, mais l'on n'est responsable que de son fait[2]. »

Le dommage ne peut porter que sur des choses matérielles dont l'utilité ou la valeur a été diminuée, ce qui élimine les biens incorporels ainsi que le dommage moral.

Le préjudice doit être réel ce qui est le cas s'il a laissé des traces ou entraîné des coûts.

1. Chéhata Ch., *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, *op. cit.*, p. 151.
2. *Id.*, p. 157.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

La réparation consiste à rétablir de manière objective l'équilibre que le préjudice a rompu. Il est convenu que le dédommagement vaut transfert de propriété au jour du délit : si un agriculteur détruit la récolte de son voisin, il est supposé la lui avoir achetée le jour du délit, l'indemnité étant assimilée à un prix de vente en raison du principe que la chose et son prix ne peuvent être détenus par la même main.

Les clauses modificatives de responsabilité sont limitées : le dépositaire peut ne pas être stipulé responsable même si la perte survient de son fait ; l'inverse ne peut être convenu au bénéfice du créancier gagiste…

Clauses optionnelles et clauses adjointes

Le droit musulman, à la suite du travail des exégètes et des praticiens, n'a créé que quelques types de contrat, classés différemment selon les auteurs comme, par exemple : contrats à titre onéreux (vente, commandite…) ; contrats désintéressés (prêt, gage, dépôt…) ; contrats à titre gratuits (don…). Ressentant l'insuffisance de ce choix, les spécialistes ont ajouté de nouveaux contrats, dits *innommés*, qu'ils ont déclarés licites en se basant sur les contrats *nommés* existants, constituant une liste limitée de contrats *modèles*.

Toute transaction doit se rattacher à un contrat nommé, voire à un contrat innommé et, dès lors, elle produit des effets immédiats de droit dans le cadre du contrat modèle et non tels que les parties en seraient convenues librement.

Ces contrats ressemblent à ce que l'on appelle en droit français des contrats d'adhésion : tout y est, en principe, prévu dans les détails. Les parties ne peuvent apporter que des modifications mineures à ces contrats modèles à l'aide des clauses optionnelles et des clauses adjointes.

➤ Clauses optionnelles

La notion d'*al-khiyar*, que l'on peut traduire par option, recouvre le droit d'une partie à un contrat de confirmer ou non une convention. L'objectif, d'ordre éthique, est de maintenir l'équilibre des transactions et d'éviter que la partie la plus faible soit lésée.

Ainsi observe-t-on que le consentement mutuel n'est pas le fondement essentiel du contrat en droit islamique, au contraire de l'équilibre entre les parties et de l'accomplissement des engagements raisonnablement attendus de celles-ci.

On a vu que les parties devaient être pleinement informées du contenu du contrat et de ses conséquences : un contrat incomplet en la matière, une incertitude, génèrent un *gharar* dont l'excès rend la convention invalide. Grâce aux options, les parties peuvent, pendant une certaine période, ajuster leur engagement, voire y renoncer, afin d'atteindre un équilibre satisfaisant pour chacune, ce qui est supposé diminuer le risque de conflit. L'acte valide est non obligatoire jusqu'à confirmation, donnant un délai de réflexion à l'instar de ce que l'on rencontre dans le droit de la consommation en France : il est alors confirmé (*lazim*) ou bien résolu et réputé n'avoir jamais existé (*ghayr lazim*).

On distingue les options légales d'ordre public et des options conventionnelles susceptibles de figurer dans le contrat.

• *Options légales*

Les options légales sont de droit sans que le contrat ait besoin de les stipuler. Parmi elles, on relève l'option dans le cas de vice et l'option de vue.

L'option dans le cas de vice caché

Cette option correspond à ce que l'on appelle traditionnellement le vice caché. Elle peut être exercée en l'absence de convention d'exclusion de garantie, si le vice préexistait au contrat, qu'il existe toujours et si l'acheteur ne le connaissait pas. L'acheteur a le loisir de renoncer à la chose ou au contraire de ne pas se prévaloir de son option.

Pour les hanéfites, il y a vice caché si l'on constate un défaut qui diminue, selon les usages commerciaux, même de manière infime, la valeur du bien, ce fait introduisant un déséquilibre entre les parties concernées.

Pour les chaféites, il n'y a défaut que si le vice empêche l'acheteur d'atteindre l'objectif que lui promettait son acquisition.

Les hanbalites estiment que le défaut doit être apprécié au regard des usages.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Les malikites, enfin, distinguent entre vice majeur, qui réduit sensiblement la valeur du bien acheté, et vice mineur, notions définies par les usages. Le premier seul permet à l'acquéreur de résilier la vente s'il le souhaite. Le vice mineur lui permet simplement de demander une réfaction du prix payé.

L'option de vue

L'option de vue permet d'exclure les cas où l'acheteur ne connaîtrait pas suffisamment le bien qu'il acquiert parce que lui-même, ou le bien, n'est pas présent au moment de la signature du contrat.

L'école hanéfite considère cette option légale et automatique. Elle seule a établi une théorie à son sujet, considérant que l'achat en l'absence du bien ou de l'acheteur n'est pas aléatoire puisque l'option permet de ne pas rendre la transaction définitive tant que l'acquéreur n'a pas vu l'objet de la vente.

L'école malikite la considère comme conventionnelle et elle suppose que l'acheteur n'était pas en mesure de voir le bien avant son achat.

Pour les hanbalites, le cas ne peut se présenter car cela voudrait dire que la description du bien portée au contrat est inexacte, ce qui justifie une annulation par d'autres moyens.

Enfin, les chaféites rejettent l'option de vue et la déclarent nulle absolument car ils considèrent la vente ainsi décrite comme aléatoire.

• *Options conventionnelles*

La littérature juridique distingue plusieurs options conventionnelles dont on présentera les principales[1] : l'option de stipulation ou de condition (*khiyar al-shart*) et l'option de choix (*khiyar altayeen*).

L'option de stipulation (khiyar al-shart)

Principale option conventionnelle, l'option de stipulation donne le droit à une des parties, aux deux ou même à un tiers impliqué dans l'opération, de confirmer ou non, partiellement ou totalement, dans un délai déterminé, le contrat qu'elles viennent de conclure : les parties prenantes peuvent ajuster coûts et bénéfices du contrat avant de s'enga-

1. Il existe aussi l'option de défaut (*khiyar al-ayb*), l'option d'inspection (*khiyar al-ruyat*), l'option de session (*khiyar al-majlis*), l'option de mauvaise représentation (*khiyar al-wasf*) et l'option de fraude (*khiyar al-tadlis*).

ger définitivement, leur permettant d'examiner le bien un certain temps avant de rendre l'opération définitive et donc de s'assurer que la transaction n'est pas déséquilibrée.

La condition suspensive dépend de la seule volonté du bénéficiaire de l'option et ne peut être liée à la survenue d'un événement quelconque sous peine de nullité de la transaction. Passé le délai, l'option tombe et le contrat est confirmé. Si l'option est levée, le contrat est nul et de nul effet.

1. *Les contrats susceptibles d'intégrer la clause de l'option de stipulation.* Les contrats qui peuvent inclure cette clause sont tous ceux qui impliquent l'échange de valeurs et qui sont, par essence, annulables à tout moment comme les contrats de location (*ijara*, *cf.* chap. 3) et de garantie (*kafala*). Pour le contrat de gage (*rahn*), le gagiste a toujours le droit d'annuler le contrat ce qui rend inutile toute stipulation mais une option peut être offerte au débiteur. Quant au transfert de dettes (*hawala*), la doctrine n'est pas unanime.

À l'inverse, le contrat de dépôt (*wadiah*) ne figure pas dans cette catégorie, car il ne prévoit pas d'échange[1], pas plus que certains autres comme l'échange de monnaie (*sarf*) et la vente à terme (*salam*). Toutefois, les malikites autorisent l'option de stipulation dans cette dernière convention si le délai de prise de décision est très limité.

2. *L'économie de la clause contractuelle de l'option de stipulation.* D'une manière générale, pour la doctrine, les conditions d'admission de cette clause sont essentiellement : un avantage pour les deux parties ; une chance d'éviter un conflit ou un litige potentiels entre eux.

Les points suivants sont ainsi acceptés par au moins une école de pensée :

– l'option peut être stipulée au bénéfice de l'acheteur seul, du vendeur seul, de l'acheteur et du vendeur ou encore d'un mandataire de l'acheteur ou du vendeur ;

– si l'acheteur seul dispose de l'option, le transfert de propriété est immédiat mais le paiement ne doit être effectué qu'à l'issue du délai de l'option et s'il ne lève pas celle-ci ;

1. Il est vrai qu'il permet au déposant de reprendre son dépôt à tout moment.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

– parallèlement, lorsque le vendeur seul bénéficie de l'option, il livre le bien et reçoit le paiement mais il n'y a transfert de propriété, rétroactivement, qu'à l'issue du délai ; il devra restituer le prix perçu s'il lève l'option ;
– si l'acheteur peut disposer de la marchandise pendant la durée d'exercice de l'option, en contrepartie, le vendeur doit pouvoir disposer de la valeur correspondante pendant la même durée ;
– si acheteur et vendeur bénéficient de l'option, ni le transfert de propriété ni le paiement ne sont effectués avant le terme et, si un seul lève l'option, la vente est annulée.

Le délai varie selon les écoles : pas de limite pour les hanbalites, 3 jours au maximum pour les hanéfites et les chaféites, les malikites fixant un délai différent selon la nature de la chose vendue : près de 40 jours ainsi pour les immeubles.

Si l'objet est abîmé ou détruit avant la fin de l'option, le vendeur devra recevoir de l'acheteur gardien de la chose une chose semblable ou de même valeur.

Enfin, le prix de règlement peut différer du prix du contrat sous certaines conditions.

L'option de choix (khiyar al-tayeen)

L'option de choix peut apparaître comme un cas particulier de l'option de stipulation : une des parties, l'acheteur, le vendeur mais pas un tiers, a le droit de désigner, dans un délai fixé à l'origine, celui qui, entre plusieurs objets proposés, deviendra l'objet du contrat. Elle permet de diminuer le risque d'une information insuffisante.

En effet, elle permet d'acheter ou de vendre un article particulier sélectionné parmi plusieurs variétés d'un objet donné, en choisissant, par exemple, la qualité d'un produit particulier (entrée de gamme ou haut de gamme).

Les options peuvent être utilisées pour l'ingénierie financière pour gérer un certain nombre de risques comme le risque de volatilité, ou encore pour concevoir des produits nouveaux. Ces points seront abordés dans les chapitres suivants.

➤ Clauses adjointes

À côté des options, les clauses adjointes proposent des additifs aux contrats prédéfinis pour en modifier les effets. Les exégètes les admettent à condition qu'elles s'insèrent harmonieusement dans l'économie générale de l'acte juridique initial : elles se rattachent au contrat mais lui sont étrangères.

Une discussion vivace oppose sur le sujet les différentes écoles de pensée, qui classent les clauses adjointes en deux catégories : clauses valides (*sahih*) et clauses nulles (*fasid*).

Pour être valides, les clauses adjointes doivent présenter certains traits. Sont licites :

– les clauses confirmant les effets de l'acte juridique tels qu'ils sont prévus par les stipulations du contrat ;

– celles qui s'accordent avec le but du contrat : par exemple, exigence, par le vendeur, d'un gage remis au moment de la vente, d'une caution garantissant le débiteur, d'une délégation de pouvoirs, les chaféites et surtout les malikites interprétant ces points de manière souple ;

– les clauses légitimées par la pratique, qui relèvent, le plus souvent, de services complémentaires souvent minimes.

Dans les cas inverses, les clauses sont nulles, notamment lorsqu'elles procurent à l'un des cocontractants un avantage supplémentaire, ou encore lorsqu'elles dénaturent l'obligation principale ou, enfin, quand elles ne sont pas cohérentes avec ses effets, comme par exemple, l'interdiction d'utiliser le bien acheté.

On en déduit, notamment, qu'est frappé de nullité tout contrat qui englobe deux conventions dont l'une est la condition de l'autre. Ce point vise, notamment, le *muhatarat*, pratique connue depuis longtemps et qui consiste à échapper à l'intérêt grâce à une double vente : un débiteur achète au comptant un objet à un créancier et revend cet objet audit créancier moyennant le paiement différé d'une somme supérieure, créant ainsi un prêt dont l'objet peut ou non être la garantie (selon la date de livraison de celui-ci dans la seconde transaction) et dont la différence entre les deux prix constitue l'intérêt.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

La nullité des clauses adjointes a des effets variables car elle peut ou non entraîner celle du contrat selon qu'il demeure ou non un déséquilibre dans celui-ci.

Cette théorie permet de donner un éclairage plus précis sur les limites de la liberté contractuelle en droit musulman.

La règle est que « tout accord de volonté est efficace pourvu qu'il ne déroge pas aux principes établis[1] ». Or le champ prescriptif est tellement étendu que la liberté contractuelle se trouve, de fait, très réduite :

> « Le rôle de la volonté est simplement d'amorcer le processus contractuel en choisissant un contrat déterminé, mais les effets de ce contrat sont réglementés par la charia et s'appliquent de façon automatique[2]. »

Ainsi voit-on que le droit musulman est, jusque dans ses détails, fondé sur le principe d'autorité de la règle religieuse et de la morale et il n'existe aucune autorité qualifiée pour en modifier le fondement. Les axes en sont : l'équilibre des prestations réciproques, le juste profit et l'équité, la limitation du rôle de la volonté des parties.

Pour terminer ce bref exposé et avant de passer à l'application concrète du droit islamique des affaires aux techniques bancaires et financières, on en illustrera le caractère précis et pragmatique à l'aide de la transaction la plus emblématique d'une société dont l'économie est basée sur le commerce : la vente.

Un exemple de contrat islamique : le contrat de vente

On distinguera l'économie du contrat de vente avant de décrire les modalités de paiement et l'aspect juridique du paiement différé en terminant par un accessoire à la vente qu'est le gage.

1. Chehata C., *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, *op. cit.* p. 105.
2. Comar-Obeid, *op. cit.*, p. 33.

➤ Économie du contrat

Divers ouvrages proposent des développements importants sur la question. On n'en reprendra ci-dessous que les points qui permettent d'illustrer les propos des paragraphes précédents.

Pour les juristes islamiques, il existe quatre types de transaction :

- le troc (bien contre bien) ;
- la vente d'un bien à un prix donné (bien contre argent) appelée vente parfaite, au comptant (paiement immédiat) ou à crédit (paiement différé) ;
- la commande de biens qui voit le prix versé en espèces entièrement et immédiatement à la signature du contrat (vente *salam*) ou bien versé par échéance ou différé (vente *istisna*) et le bien livré ultérieurement ;
- l'échange (monnaie contre monnaie).

La vente recouvre les trois premiers points ci-dessus : c'est l'échange d'un objet contre un autre ou bien contre de l'argent.

La vente s'établit par la parole, par l'intermédiaire d'un mandataire ou par écrit. Elle se prouve par le témoignage ou par l'écrit.

La validité de la vente suppose remplies des conditions de forme, de capacité et d'objet du contrat :

- la condition de forme est satisfaite si les deux parties sont au même endroit et d'accord sur l'objet et le prix. La fixation du prix fait intervenir plusieurs notions : le prix coûtant (*tawaliya*), le profit (*murabiha*), le rabais (*dia*), le marchandage (*musawama*) ;
- les contractants doivent être majeurs et sains d'esprit, au moins au moment de la transaction ;
- l'objet du contrat doit satisfaire à plusieurs conditions
  - la pureté : on ne peut vendre d'objets impurs (alcool, viande de porc…) ; toutefois, l'utilisation d'un objet illicite, et donc sa vente, est possible si l'objectif suivi est licite (vente d'objets de musique possible pour accompagner une fête) ;
  - la possession : le vendeur doit posséder l'objet qu'il cède ou avoir l'autorisation du propriétaire ;
  - la connaissance : les deux parties doivent connaître l'objet, sa nature et sa valeur ;

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

– la possibilité de livraison : le bien vendu doit pouvoir être livré ; la vente des choses absentes est possible pour peu que leur description soit précise. La vente en bloc d'objets dont on ignore le poids et le nombre est tolérée dans certains cas (blé, fruits…) ;
– la prise de possession, enfin, parfait la vente. Elle seule permet à l'acheteur de vendre à son tour le bien acheté.

➤ Modalités de paiement

Les modalités de paiement sont variables. On distingue :

– le paiement au comptant ;
– le paiement fait d'avance (*salaf*), qui correspond à une vente avec livraison différée (*salam*). Cette opération est licite lorsque l'accord se fait sur la marchandise et le prix, que celui-ci est remis immédiatement en espèces et celle-là livrée à une échéance convenue et assez éloignée (une quinzaine de jours au moins) ;
– le paiement différé. L'échéance doit être fixée de manière précise sous peine de rendre la vente sans effet : référence à une date particulière, à un délai spécifique mais pas à un événement dont le moment de la survenance n'est pas connu avec certitude. Le prix différé peut être, sans restriction, supérieur au prix au comptant pour peu qu'il soit fixé dès l'origine, une modification pendant le cours du contrat étant illicite. On parle de *bai bithaman ajil* si le paiement est fait en une seule fois, de *bai' mu'ajjal* dans le cas contraire. Le paiement différé est très répandu.

➤ L'aspect juridique du paiement différé

La vente à paiement différé, qui est une vente à crédit, suppose que l'acheteur prenne livraison immédiatement du bien acquis et paye son achat ultérieurement à un prix supérieur à celui qu'il aurait réglé s'il avait payé comptant. Ce paiement peut se faire à la fin d'une période définie (vente *nassia*) ou par tempérament pendant une période et à des échéances précises, ce qui permet une augmentation du prix de vente due au décalage du paiement dans le temps, l'ensemble des conditions étant fixé contractuellement dès l'origine.

Le vendeur peut exiger une garantie sous la forme d'un gage (le bien vendu) ou d'un billet à ordre. Le débiteur défaillant ne peut se voir

imputer un supplément de prix même si une clause en ce sens a été arrêtée à l'avance. Une pénalité peut néanmoins être prévue dont le produit sera versé à une œuvre charitable. Le contrat permet de stipuler la déchéance du terme en cas d'échéance impayée. À l'inverse, un paiement avant l'échéance ne peut entraîner de remise sur le prix. Une banque peut faire une ristourne sur le prix de vente d'un bien qu'elle cède mais le rabais ne doit pas être mentionné dans le contrat de cession.

La livraison du bien ne peut être retardée par le vendeur jusqu'à son paiement complet à bonne date, en revanche, l'enregistrement du transfert de propriété peut attendre l'extinction de la dette qui verra la transmission à l'acheteur d'un document attributif de propriété. L'acheteur doit régler sa dette même si le bien a été endommagé après sa livraison.

➤ Le gage

Le gage (*rahn*) est un contrat qui consiste à garantir une dette par un objet d'une valeur suffisante pour la compenser.

Le contrat est effectif à partir du moment où le gagiste a pris possession du gage mais la propriété du gage n'est pas transférée pour autant. Le créancier gagiste est obligé de rendre l'objet lorsque la dette est remboursée mais il a aussi le droit de conserver le gage ou de le céder pour se payer si la dette n'est pas réglée. Il restitue l'excédent éventuel mais la créance n'est pas éteinte si la valeur du gage est insuffisante.

Le contrat de vente est particulièrement intéressant à étudier car, dans sa forme canonique, il rassemble les principaux éléments d'un contrat de finance islamique : la présence simultanée de l'acheteur et du vendeur ainsi que de la marchandise, le paiement et la livraison immédiats.

Ces éléments (paiement, livraison, présence de la marchandise…) sont autant de paramètres élémentaires qu'il est possible de faire varier pour constituer autant de contrats types différents dont la présentation sera faite dans les chapitres suivants. Ainsi, par exemple, le paiement immédiat mais la livraison différée sont les caractéristiques du contrat de *salam* examiné au chapitre 3.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Une fois apportés ces points de droit, il est temps de donner quelque éclairage sur l'économie islamique tout en étant conscient que la séparation est quelque peu artificielle tant, dans l'islam, religion, morale, droit, économie et finance sont liés.

Économie et finance islamiques

Même artificielle, la séparation de l'économie et de la finance des autres composants de l'islam est nécessaire pour la description du fonctionnement de l'ensemble : si les principes généraux, que l'on nommera éléments généraux d'économie islamique, servent de guides et de points de repère pour l'action en général, les dispositions précises et concrètes, que l'on appellera éléments généraux de finance islamique, sont indispensables pour la réalisation des actions en particulier.

C'est d'ailleurs ce qu'ont compris depuis longtemps les jurisconsultes musulmans qui ont précisé tous les aspects de la vie quotidienne des affaires.

Éléments généraux d'économie islamique

L'islam est une religion censée encadrer la vie privée et publique du fidèle, sa pratique culturelle et son mode de vie. L'emploi du temps de celui-ci est ainsi fixé tout au long de la journée et de l'année, par l'intermédiaire d'un code de conduite réglementant l'habitat, l'alimentation… mais aussi tous les actes juridiques. Il n'est pas étonnant que, d'une part, la vie économique soit concernée, et que, d'autre part, les principes économiques soient normatifs.

L'attitude par rapport à l'argent est sans doute l'élément essentiel de cette doctrine économique : l'argent n'est pas considéré comme un bien à l'égal d'un autre, ce n'est pas non plus une marchandise comme une autre.

Il est considéré comme stérile tant qu'il n'est pas combiné au travail :

> « L'argent n'est que du capital potentiel et il ne deviendra réellement capital qu'après son association avec une autre ressource afin d'entreprendre une activité productive[1]. »

1. Z. Iqbal, A. Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance*, Paris, Eyrolles, 2006.

La propriété ne doit pas nourrir la propriété, déclare l'islam, d'une manière que ne renierait pas Aristote. L'épargne ne peut, en soi, procurer des revenus sauf si elle s'intègre dans un processus productif car l'argent ne peut être, en soi, le fait générateur du profit. Elle sera alors rémunérée non par un montant fixe mais par une part prédéterminée du résultat de l'investissement qu'elle finance.

Par ailleurs, dans la conception islamique de l'économie, les principes moraux ont non seulement une valeur en soi mais encore une influence sur l'efficience du système économique et social du fait qu'ils entraînent une allocation appropriée des ressources. On retrouve ici la démarche de la finance éthique exposée dans le chapitre 1.

Il est difficile de présenter, même brièvement, la vision de l'économie qu'a l'islam sans mettre en avant le principe d'équité qui ressortit plutôt à la morale mais sans lequel les principes économiques *stricto sensu* ont peu de sens. On tentera ensuite de résumer de manière schématique l'esprit de l'économie islamique en citant quatre autres principes : la liberté économique, l'esprit d'entreprise poursuivant des objectifs convenables, enfin, l'utilisation correcte de la propriété.

➤ L'équité

Pour la plupart des musulmans, l'essence même de l'islam se trouve dans l'esprit de justice, de solidarité, en un mot dans l'équité qui doit régner au sein de la communauté, amenant par là même la bonne entente entre les membres de celle-ci. Cela signifie que chacun doit gagner sa vie de manière morale et honnête.

Ainsi, une rémunération n'est juste que si elle est la contrepartie d'un véritable travail : elle ne doit pas résulter de la monopolisation, de la thésaurisation, d'un revenu perçu en l'absence d'activité, du hasard ou encore du temps qui passe ; sont ainsi prohibés, notamment, les manipulations, l'abus de position à l'encontre d'une contrepartie inexpérimentée, le prélèvement sur les ressources de la communauté au détriment de ceux qui sont dans le besoin et le système de l'intérêt qui conduit à l'usure et donc à l'exploitation du prochain. L'économie musulmane est fondée sur l'équilibre, l'échange et donc sur la justice distributive chère à Aristote : à chacun son dû selon son effort.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

La solidarité se manifeste, par exemple, par le fait que, si le débiteur ne peut rembourser, le créancier devra accepter un étalement des échéances, voire une remise de la dette sans pénalité.

➤ La liberté économique

La liberté économique suppose une information largement diffusée de manière à ce que le prix reflète la valeur des choses et que les agents économiques puissent allouer leurs ressources rationnellement. L'efficience suppose aussi une production au moindre coût.

Les normes islamiques établies par les jurisconsultes se positionnent dans ce cadre de réflexion. On peut en souligner les éléments suivants :

– *liberté de contracter :* la liberté de contracter est la règle. Pour autant, cette liberté est encadrée par des normes qui interdisent certaines pratiques aussi bien au nom de la morale et de la religion qu'en vertu de l'efficience économique. C'est ce que l'on a pu constater dans la section précédente ;
– *liberté des prix :* pour l'islam, les prix doivent être déterminés par la rencontre de l'offre (*ijab*) et de la demande sans interférence de la part d'un régulateur, sauf en cas de dysfonctionnement manifeste du marché comme, par exemple, si l'on observe une organisation de la pénurie (*ihtikar*) ou une hausse artificielle des prix résultant de la demande d'agents économiques qui n'ont pas l'intention d'acheter (*najas*). Si une différence (*ghubn*) apparaît entre le prix constaté et celui sur lequel les experts s'accordent, on estime que le prix n'est pas équitable ;
– *diffusion de l'information* : l'islam est conscient de l'importance de l'information pour le bon fonctionnement du marché : la diffusion d'informations inexactes est donc un acte répréhensible, de même que, à l'inverse, la rétention d'une information essentielle (*ghish*). Cela explique que la partie qui souffre d'une asymétrie d'information (*jahalah*) est en droit d'annuler le contrat.

➤ L'esprit d'entreprise

L'islam n'est pas opposé à l'enrichissement pour peu que celui-ci soit le résultat d'une activité qui témoigne d'un esprit d'entreprise et :

– d'un effort accompagné de l'acceptation d'un engagement induisant un certain risque, pour obtenir un résultat tangible ;

– d'un effort productif conduisant à la production de valeur ;
– d'un profit acquis honnêtement conformément aux règles de la *charia*.

L'esprit d'entreprise est encouragé dans la mesure où l'entrepreneur sait que son enrichissement est obtenu grâce à Dieu qui lui permet de mettre en valeur la nature tout en la respectant. Le capital peut donc rapporter du profit pour peu qu'il participe au processus productif et qu'il soit exposé au risque de la vie des affaires : une fois obtenu, il doit être remis dans le circuit économique, ce qui ne peut que favoriser le développement de la communauté.

➤ Les activités licites

La proscription des activités illicites a été présentée plus haut dans ce chapitre.

➤ La propriété

L'acquisition des droits de propriété peut se faire de trois manières : dans le cadre d'une activité économique normale combinant ressources naturelles, capital et travail ; par transfert de droits existants en échange d'un droit de même valeur ; par don ou par héritage.

Repousser dans le futur la possibilité d'une consommation dans le présent n'est pas valorisé par l'islam et ne peut donc donner un droit : l'intérêt acquis de cette manière est donc illégitime et illicite et il ne peut faire l'objet ni d'un échange ni d'un don.

La propriété acquise de manière licite ne confère pas, pour autant, tous les droits sur le bien. En effet, la richesse est un don de Dieu mais pas une fin en soi : l'islam rejette la thésaurisation et le gaspillage. Les biens doivent être utilisés, d'une manière rationnelle et équitable, sans méconnaître le bien-être de la société.

Éléments généraux de finance islamique

La finance concerne essentiellement le maniement de l'argent. De fait, dans une économie, il existe, d'un côté, des agents qui, à un moment donné, disposent de capitaux inemployés et qui souhaitent les faire fructifier et, de l'autre côté, d'autres agents qui recherchent des capitaux pour les utiliser dans des projets.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Les modalités de leur rencontre diffèrent selon la nature de la relation entre apporteur et preneur, de la rémunération du prêteur et selon le degré d'intervention de l'apporteur de fonds dans le projet financé.

Ainsi un intermédiaire (banque, bourse…) peut ou non se placer entre l'apporteur et le demandeur de capitaux ; le prêteur peut être rémunéré par un intérêt ou par une participation variable au résultat ; l'objet du concours peut être défini (matériel…) ou non (financement de l'exploitation…).

En combinant les différents cas de figure, on peut distinguer plusieurs types de financement. Le financement islamique manifeste sa particularité en retenant uniquement certaines des options qui viennent d'être présentées, certains auteurs estimant que l'islam fait une différence substantielle entre prêt et investissement[1], là où la finance conventionnelle ne distingue pas nécessairement[2].

Les principes évoqués dans le paragraphe précédent structurent la forme et le contenu de la finance islamique. Du fait de leur importance, certains d'entre eux méritent d'être précisés. On complétera l'ensemble par quelques autres principes plus spécifiquement financiers avant de terminer par plusieurs remarques générales.

➤ L'application à la finance des principes de l'économie islamique

On abordera plus spécialement la proscription de l'intérêt et de la spéculation et la nécessité de la licéité de l'activité.

- *La proscription de l'intérêt (*riba*) et de la spéculation (*gharar*)*

Le péché cardinal de l'activité économique selon l'islam, est, on le sait, le *riba*, c'est-à-dire l'accroissement indu de la richesse.

Aucun contrat conclu entre agents économiques ne doit faire apparaître directement ou indirectement d'intérêt versé ou perçu par l'un ou l'autre des cocontractants. C'est ainsi que les jurisconsultes sont parti-

1. Voir Gafoor (A.L.M. Abdul), *Interest-Free Commercial Banking*, Groningen (Pays-Bas), Apptec Publications, 1995 ; Gafoor (A.L.M. Abdul), *Participatory Financing through Investment Banks and Commercial Banks*, Groningen (Pays-Bas), Apptec Publications, 1996.
2. En finance conventionnelle, on pourrait dire qu'il y a investissement dans le cas d'un achat d'actions et prêt dans le cas d'acquisition d'obligations en sus des opérations de crédit.

culièrement attentifs aux écarts de prix portés dans les conventions ainsi qu'aux délais, la combinaison des deux pouvant conduire à une rémunération équivalent à un intérêt. L'interdiction de l'intérêt ne signifie pas pour autant l'impossibilité de calculer une rémunération à l'aide d'un taux d'intérêt : ce n'est pas le mode de calcul qui est prohibé, c'est la perception d'une rémunération sans effort et sans risque, comme on l'a vu plus haut. Au contraire, il est possible de calculer le profit d'un agent économique sur la base des taux observés sur le marché conventionnel.

La proscription de l'intérêt est, sans doute, la règle la plus connue et la plus visible de la finance islamique.

De même, les contrats qui contiendraient des dispositions permettant de percevoir un revenu en cas de survenance d'un événement imprévu (ainsi d'un contrat climatique assurant une rémunération si la température ou la pluviosité atteint un certain niveau), qui matérialiseraient le refus du risque (*credit default swap* (CDS), par exemple) ou qui porteraient sur des objets non tangibles, comme une option d'option ou une option sur un indice, sont susceptibles d'être visés par l'interdiction du *gharar*. Plus simplement, l'existence d'une rémunération variable est susceptible, *a priori*, de générer une qualification de *gharar*.

➤ La licéité de l'activité

On a vu plus haut qu'il existait un certain nombre d'activités illicites (*cf. supra*).

Plus précisément, lorsqu'un agent économique contracte une obligation au bénéfice d'un autre, il faut, d'une manière générale, que l'objet de l'obligation soit licite (*mashru*) et que l'objet du contrat soit également licite (*mubah*) : ainsi, un contrat portant sur un échange d'intérêts (*swap* de taux par exemple) pourrait être considéré comme illicite.

On voit à ces quelques exemples que l'activité d'une banque de financement et d'investissement, la finance de marché plus spécialement telle qu'elle apparaît dans la finance conventionnelle, pose des problèmes sérieux de licéité au regard du droit islamique des affaires et nécessite, si l'on veut atteindre les objectifs qu'elle poursuit, une ingénierie toute spécifique.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

➤ Autres principes structurants

Aux éléments déjà mentionnés ci-dessus peuvent s'ajouter quelques autres principes structurants pour l'ingénierie financière islamique : la participation et la prudence, la responsabilité des acteurs économiques et l'existence d'un actif sous-jacent.

- *La participation*

L'idée qui sous-tend le principe de participation est que toutes les parties prenantes à une activité doivent être intéressées aux gains comme aux pertes d'une manière ou d'une autre. Cela concerne également l'ensemble de la communauté.

Les parties prenantes à l'activité

En cas de rencontre entre un apporteur de capital et un entrepreneur, le principe de participation condamne la rémunération sous forme d'intérêt des capitaux apportés (*riba*). En effet, la morale islamique considère comme injuste que l'apporteur de capitaux, s'il reçoit une redevance fixe, ne bénéficie pas des profits importants que pourrait réaliser l'entrepreneur et, à l'inverse, que le prêteur puisse exiger l'intégralité de sa rémunération même si le projet a engendré des pertes. Par ailleurs, le taux d'intérêt peut être excessif, ce que l'on appelle l'usure, ce qui conduit à exploiter indûment un tiers et se trouve donc contraire à l'esprit de charité qui doit habiter le fidèle.

Le partage des pertes et des profits lie l'apporteur de capitaux et l'entrepreneur, tout en constituant une assurance pour ce dernier du fait de la mutualisation des risques que cela entraîne.

Cela présente aussi un avantage en termes d'allocation des ressources et d'efficience : l'apporteur de fonds a intérêt à connaître l'emprunteur et à s'intéresser au projet de celui-ci.

Enfin, et c'est là aussi un point important, le fait pour le financeur d'être intéressé au résultat le pousse à surveiller le travail de l'entrepreneur et lui permet de s'assurer que ce dernier n'exerce pas d'activité illicite.

Le partage du profit résultant de l'activité déborde de la sphère des acteurs de l'entreprise par l'intermédiaire du prélèvement de l'impôt de solidarité (l'aumône légale).

*Le prélèvement de l'aumône légale (*zakat*)*

La redistribution des revenus et le partage de la richesse sont un des principes de base de l'islam. Ils visent à ce que chaque musulman puisse escompter un niveau de vie décent. L'impôt islamique, le *zakat*, un des cinq piliers de la foi, est censé y pourvoir. Il s'élève en principe à 2,5 % des revenus excédant le revenu minimum (*nisab*).

À cet effet, chaque banque islamique doit établir un fond de *zakat* afin de collecter les revenus en question. Elle doit ensuite les distribuer directement ou par l'intermédiaire d'une institution pieuse. Elle y ajoute sa propre contribution dont l'assiette est constituée du capital initial, des réserves et des profits.

• *La responsabilité des acteurs économiques*

On a vu que le principe de participation était essentiel dans l'entreprise de droit islamique. Il s'y ajoute des règles encadrant le fonctionnement de cette participation. Le droit islamique est très attaché à la notion d'équilibre et d'équité. Autrement dit, si, dans un contrat, l'un des partenaires se comporte avec bonne foi et remplit ses engagements correctement, il ne pourra lui être imputé une quelconque pénalité si les objectifs du projet ne sont pas atteints : seule une inexécution fautive d'obligations contractuelles peut justifier, le cas échéant, l'application de sanctions ou de compensations pécuniaires pour la partie concernée[1]. Ainsi, pour reprendre le cas d'un projet, l'apporteur de fonds ne pourra pas récupérer sa mise ni le profit attendu si son cocontractant n'a pas commis de faute.

Les outils classiques que sont la déchéance automatique du terme en raison d'événements extérieurs, très utilisée en matière de finance, notamment de marché, ou encore la force majeure, doivent donc être envisagés avec beaucoup de précautions.

D'une manière générale, lorsque l'on examine un cas d'espèce, il faut conserver à l'esprit que les obligations de chaque contractant ne sont pas envisagées isolément mais à partir du principe de l'équilibre des prestations.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

1. Incidemment, on rejoint ici le nouveau droit français des obligations.

• *La prudence*

Il n'est pas possible de tabler sur un profit lié exclusivement à la durée ou à des actions non encore effectuées. La raison religieuse est que le passage du temps n'appartient qu'à Dieu et que l'on ne peut ni demander au temps de travailler pour soi ni agir en supposant réalisées des actions futures. Cela peut aussi se nommer prudence ou encore refus de ce que l'on appelle couramment spéculation. La prudence n'interdit pas de courir un risque mais celui-ci doit être lié à l'activité humaine et non à l'effet du temps.

Selon la vision de l'islam, le risque est indispensable pour légitimer une rémunération mais il est prohibé s'il n'est pas maîtrisable : c'est l'exemple symptomatique de l'interdiction de vendre un objet que l'on n'a pas en sa possession. L'objet du contrat doit exister, être connu et évalué au moment de la conclusion de l'accord de manière à prémunir contre le déséquilibre de la transaction (*gharar*). Ce principe n'est toutefois pas retenu lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire et, par exception, dans la vente à livrer (*salam*) ou dans le contrat d'entreprise (*istisna*) (*cf.* chap. 3). Pour s'en assurer, il faut que l'objet soit déterminé avec précision quant à sa nature, sa valeur…

Il faut, ensuite, que l'opération puisse se faire : on évitera un engagement illusoire (engagement de guérir…) ou on visera un objet existant, ce qui justifie le principe de la livraison immédiate (sauf exceptions).

Une difficulté apparaît, en conséquence, dès que l'on évoque des titres ou des contrats représentatifs d'actifs (contrats sur les marchés de marchandise ou à terme).

• *L'existence d'un actif sous-jacent*

La monnaie n'ayant pas de valeur en soi, elle ne sert qu'à favoriser l'activité économique. Ainsi, le paragraphe relatif au contrat a-t-il montré que celui-ci doit porter sur quelque chose de réel (*maal*), qualité que doit donc revêtir le sous-jacent de toute opération financière, ce qui ne signifie pas qu'il s'agisse obligatoirement d'un actif matériel.

En conséquence, on considère généralement qu'un cycle financier doit correspondre à un cycle productif de biens ou de services. Cela n'est pas sans créer des difficultés si l'on ne peut dissocier les échéances des flux financiers et celles des flux concrets, par exemple en se privant de l'outil des *courus non échus* ou des *ventes en l'état futur d'achèvement.*

➤ Remarques

En définitive, l'économie islamique promeut l'esprit d'entreprise, pourvu qu'il s'exerce dans des domaines convenables, et il incite à faire participer tous les acteurs attachés à l'activité de l'entreprise et à son résultat, tout en réprouvant le revenu sans activité sauf, peut-être, à l'égard des nécessiteux.

On remarque que les principes que l'on vient de présenter ont un aspect général qui fournit un guide à l'action mais qu'il est besoin de précisions pour la conduite quotidienne des affaires. C'est ce qu'ont compris les jurisconsultes qui ont élaboré un corpus de règles financières dont l'essentiel sera exposé dans les chapitres qui suivent.

Ces principes s'accompagnent de contraintes fortes qui doivent être prises en compte dans les montages commerciaux et financiers. Selon les cas, la finance classique offrira des outils permettant de les satisfaire. Souvent, il faudra mettre en place une ingénierie particulière pour combiner plusieurs techniques afin d'atteindre le but recherché sous les contraintes imposées. En tout état de cause, il faudra utiliser les techniques de finance islamique déjà connues pour asseoir la confiance des agents économiques dans le caractère licite des opérations pratiquées.

Dans ce cadre-là, quelles sont les priorités respectives des différentes normes lorsqu'il est nécessaire de transiger ?

La hiérarchie des normes est claire dans le système de droit islamique : une injonction contenue dans le Coran doit être respectée absolument. Il s'agit, par exemple, de l'interdiction du *riba* et du *maisir* présentés plus haut. Puis se placent les prescriptions de la *sunna*, la tradition des actes et paroles du Prophète. On trouve, ensuite, le consensus entre les jurisconsultes, l'*ijma*. Par exemple, le droit de préemption (*al shufa*) et le principe d'absence de nuisance (*darar*) relèvent de la sunna et ont donc une priorité inférieure au *riba* qui est cité dans le Coran.

Toutefois, un certain nombre de difficultés peuvent apparaître dans la vie des affaires : dans quelle mesure peut-on investir dans une entreprise à l'activité nominale licite qui, elle-même, détiendrait des participations dans d'autres entreprises dont le secteur n'est pas clairement licite ? Ce point est d'autant plus important que la sanction de l'illicéité est la nullité de la transaction.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Plus généralement, si l'on s'en tient au domaine spécifiquement financier, il est important de mettre la réglementation bancaire et financière en regard de l'ensemble de ces principes.

Commentaires généraux

Si l'on place les développements de ce chapitre dans le contexte des considérations générales du chapitre précédent, on constate que la finance islamique fait partie de cet ensemble qu'est la finance éthique.

Toutefois, alors que les autres compartiments de la finance éthique sont encore peu développés, la finance islamique est un système particulièrement élaboré et structuré.

Il se pose même en concurrent du système financier conventionnel tout en étant obligé de coexister avec lui, voire de laisser s'entre pénétrer les opérations des deux systèmes.

Il n'est donc pas inutile, à ce stade, de mettre en perspective les deux systèmes aussi bien dans leur évolution que dans leurs caractéristiques.

Le système islamique est un système moralisant qui se distingue du système occidental moderne. De ces quelques remarques, on déduira l'approche que l'on utilisera pour présenter la finance islamique dans les chapitres suivants.

Un système moralisant

« C'est le seul système au monde où droit et morale se rencontrent et s'interpénètrent[1]. » Toutes les règles de droit devant être liées au Coran, la formation du droit islamique sous l'impulsion des juristes exégètes (*fuqaha*) n'a pas consisté à créer un droit laïque détaché de la *chari*a mais, au contraire, à rattacher toutes les solutions nouvelles au *corpus juris* existant de manière à en assurer la solidité.

Ce travail était d'autant plus nécessaire que les textes fondamentaux ont peu visé le droit des contrats. Le régime juridique du contrat est

1. Mustapha as Zarqa, cité par Comar-Obeid, *op. cit.*, p. 3.

essentiellement une création des exégètes et des praticiens : il s'agit d'un système fondamentalement empirique constitué au fur et à mesure que les questions se posaient et que des solutions étaient apportées aux litiges à résoudre. Toutefois, essentiellement casuistique, ce droit ne comprend pas de théorie générale ni des obligations ni des contrats, même si certains juristes ont essayé, par un procédé inductif, de dégager des règles générales à partir des cas observés[1].

Pour autant, il est animé par une même ligne directrice : la paix dans la communauté suppose que les relations entre ses membres soient équitables et il n'est donc pas étonnant que la loi divine impose des droits et des devoirs y conduisant. Aussi peut-on dire que « le contrat de droit musulman est un acte posé en vue d'une fin déterminée par la loi et qui est l'égalité ou l'équivalence des prestations réciproques[2] ». On y discerne bien l'ascendance morale de la vision juridique du contrat qui exige le respect et le maintien de l'équité : on en déduit aisément une limitation de la volonté et de la liberté contractuelle pour éviter que le principe moral soit battu en brèche. Le but est de préserver les cocontractants du risque d'aléa (*gharar*) et de les empêcher de réaliser un profit illicite qui serait qualifié de *riba*, notion qui recouvre une transaction inégale par nature. « La morale fonde en quelque sorte le droit et se fonde elle-même sur la religion[3]. » On comprend que bon nombre de questions qui, en Occident, relèvent du moraliste, soient ici du ressort du juriste musulman, d'autant que « l'intérêt de la collectivité prime l'intérêt individuel[4] ».

Le système occidental moderne

L'approche islamique d'un droit financier lié à la morale n'est pas étrangère à l'histoire du modèle occidental même si le droit actuel a conquis une certaine autonomie à l'égard de la morale.

1. Voir Chehata C., *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, *op. cit.*
2. Comar-Obeid, *op. cit.*, p. 8.
3. Romilly de J., « Dimensions religieuses du droit », in *Archives de philosophie du droit*, t. XVIII, Paris, Sirey, 1973, p. 5.
4. Mohamad-Yussuf Musa, cité par Comar-Obeid, *op. cit.*, p. 14.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

➤ La relation historique du droit financier et de la morale en Occident

On découvre dans l'histoire du droit en Occident des traits communs avec le droit tel qu'il est conçu par l'Islam.

Sur la place de la religion et de la morale dans le droit, on peut lire Cicéron traduisant la morale stoïcienne en loi :

> « La loi […] est quelque chose d'éternel qui gouverne le monde entier, montrant ce qu'il est sage de prescrire ou d'interdire. Et cette loi est l'esprit de Dieu promulguant selon la raison obligations et défenses[1]. »

Sur la formation du contrat, on peut se reporter à la vision d'Aristote et à son concept de justice commutative basée sur le *synallagma*, qui est à l'origine de nos contrats synallagmatiques. Le contrat désigne un échange de biens ou de services dont la réalité importe plus que la volonté des parties. Il se caractérise par le déplacement d'un bien d'un patrimoine à un autre et doit donner lieu à un déplacement en sens inverse d'un bien ou d'un service autant que possible équivalent, au moins en valeur[2]. « Selon cette philosophie, la volonté des contractants est un accident du contrat (qui bien sûr a son importance), elle n'en constitue pas l'essence[3]. » De ce fait, « le pacte des contractants ne peut rien contre cette solution qu'impose la justice commutative, à savoir que l'emprunteur doit rembourser exactement l'équivalent de ce qu'il a reçu (d'où la nullité de la clause prévoyant le paiement d'intérêts)[4] ». Au-delà de ces conséquences conduisant à interdire l'intérêt, il s'agit d'une vision objectiviste du droit, commune avec celle de l'islam comme on a pu l'exposer dans les pages précédentes.

On trouve d'autres points d'accord dans l'économie occidentale du XIII^e^ siècle sous l'impulsion des franciscains[5] qui ont développé une vision de l'économie et du droit particulièrement imprégnée de morale. C'est ainsi que la valorisation de la pauvreté les a conduits à théoriser l'économie et le droit des affaires. La méfiance des musulmans à l'égard

1. Cicéron, *De legibus*, II, 4,8 et 9.
2. Voir Destropoulos C., « La Notion de *synallagma* chez Aristote », in *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, Paris, Sirey, 1968, p. 115.
3. Villey M., *La Formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », p. 423.
4. *Id.*, 424.
5. Voir Todeschini G., *Richesse franciscaine*, Paris, Verdier, Poche, 2008.

de la monnaie se retrouve chez les franciscains qui refusent même de la détenir physiquement. Plus généralement, l'argent doit être utilisé pour le développement de la communauté et la thésaurisation est condamnée, comme dans la morale islamique. Aussi le marchand, qui en assure la circulation, est-il un personnage mis en valeur, au contraire de l'usurier qui est un personnage méprisé. L'usure et l'usurier sont une préoccupation constante de l'Europe médiévale chrétienne, ce qui n'en rend pas le concept plus facile à cerner même si la définition de Gratien[1] est explicite : l'usure « consiste, pour des motifs d'intérêt privé, à recevoir en restitution quelque chose de plus que ce qui a été versé[2] ». La ressemblance avec le *riba* qui signifie *accroissement* est tout à fait nette. Toutefois, les franciscains ne vont pas jusqu'à refuser l'intérêt. Ils distinguent les circonstances dans lesquelles cet intérêt est généré : condamnable dans les relations avec l'usurier, accepté dans celles avec le marchand car « pour qu'il y ait usure, il faut qu'interviennent intention usuraire et forme contractuelle spécifique[3] ». Pour autant, tout comme ce que pratique l'économie islamique, les franciscains préfèrent la technique de l'achat vente à l'usage de l'intérêt[4]. C'est ainsi que le concile de Vienne de 1312 a menacé d'excommunication ceux qui se livraient à l'usure[5] jusqu'à la levée de cette menace en 1830.

Enfin, la proscription de l'usure n'est pas limitée à la morale islamique ou chrétienne. On la rencontre dans le monde juif qui condamne[6] le *tarbit*, mot hébreux signifiant, à l'instar du *riba* arabe, à la fois intérêt et usure, mais seulement entre juifs.

Comme on peut le constater, une grande partie des éléments ci-dessus correspondent trait pour trait aux principes de la finance islamique.

1. Le décret de Gratien est un texte de droit canonique rédigé aux alentours de 1140 et qui a fait autorité jusqu'au *Code de droit canonique* de 1917.
2. Todeschini G., *op. cit.*, p. 25.
3. *Id.*, p. 207
4. *Ibid.*, p. 205 : si un particulier prête 100 florins au propriétaire d'une maison et que, en échange, ce dernier laisse l'usage de la maison pendant huit ans à son créancier avant de rendre les 100 florins et de récupérer la maison, c'est de l'usure ; par contre, si le premier achète la maison 100 florins et qu'il la revend à son vendeur, si ce dernier le souhaite, pour la même somme au bout de huit ans, le contrat est licite.
5. En se basant sur Aristote et Luc (6, versets 34 et 35). L'usure était visée mais pas l'intérêt en soi.
6. Exode (22, verset 25) et Lévitique (25, versets 34 à 46).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Plus tard, Max Weber a vu dans l'éthique protestante, basée sur la recherche d'un accroissement de la richesse à la fois peu ostentatoire et tourné vers l'investissement au bénéfice de la communauté, traits que l'on retrouve dans l'éthique islamique, une explication de la croissance en Occident, avançant par là même un lien entre morale et efficience économique. C'est ainsi que J. Austruy comprend les choses en précisant que le type de développement en question serait marqué des valeurs propres à l'islam[1].

Cette approche se retrouve aujourd'hui chez un certain nombre de partisans de la finance éthique comme on a pu le voir au chapitre 1.

En définitive, la finance islamique façonnée par l'éthique musulmane n'est pas un objet financier étrange mais une approche connue de la tradition européenne, retrouvée par ailleurs aujourd'hui par le mouvement éthique occidental pour des raisons à la fois morales et tenant à l'efficacité.

➤ La relation actuelle du droit financier et de la morale en Occident

À rebours de ces principes, le système occidental moderne, c'est-à-dire celui qui naît avec l'extension, au XIX^e^ siècle, de la révolution industrielle en Europe, tourne le dos à ses origines lorsqu'il se fonde sur des principes laïques et une philosophie individualiste basée sur le principe essentiel de l'autonomie de la volonté. L'objectif, en effet, était, au XIX^e^ siècle, moins la pacification des rapports humains que le développement de l'activité économique et commerciale : il était nécessaire de supprimer toute entrave à l'initiative et à l'imagination des agents économiques.

> « La justice contractuelle est un fait naturel déterminé par la libre concurrence, non une exigence idéale à laquelle les faits doivent se plier[2]. »

Pour autant, il serait faux de prétendre que ce droit est dépourvu d'imprégnation morale. Il suffit de revenir aux écrits de Cicéron pour qui l'homme a le devoir moral de tenir sa parole, le juge se bornant à sanctionner cette loi morale, traduite dans l'adage romain *pacta sunt*

1. Voir Austruy J., *Structure économique et civilisation. L'Égypte et le destin économique de l'islam*, Paris, CEDES, 1960.
2. Ghestin J., *Les Obligations, le contrat*, Paris, LGDJ, 1988, p. 20.

servanda. Si cela semble aller de soi, il ne faut pas en négliger les conséquences : ainsi, le Code civil proclame : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites[1]. » De ce fait, l'homme est l'auteur de son droit et il est donc responsable de son engagement même s'il a été obligé de conclure en situation de faiblesse et d'inégalité vis-à-vis de son cocontractant, situation qui, bien évidemment, favorise les forts au détriment des faibles. Le rôle du juge consiste simplement à faire respecter la loi morale du respect de la parole donnée.

Toutefois, on a observé, dès le début du XX^e^ siècle, dans les sociétés occidentales, une intrusion de plus en plus forte d'une autre morale dans le droit des contrats. Il s'agit sans doute, récemment, de la finance éthique telle qu'elle a été présentée plus haut. De date beaucoup plus ancienne, on relève aussi un développement de ce que l'on appelle l'ordre public économique et social qui glisse à leur insu dans les contrats privés des dispositions particulières. On observe cela dans le droit du travail, dans le droit de la consommation, dans le droit des transports ou encore dans le droit médical. Afin de rétablir autant que faire se peut l'égalité entre les parties, le droit occidental contemporain crée des contrats standard nommés sous la forme, par exemple, de contrats d'adhésion agréés ou surveillés par une autorité publique, ou même innommés et qui s'imposent, le plus souvent, aux parties lorsqu'elles souhaitent établir une relation contractuelle. Cela s'apparente aux contrats types de droit islamique (*cf.* chap. 3).

L'interdiction des activités illicites dans la finance islamique a, à la fois, un aspect ancien quand elle rappelle l'attitude des puritains anglais et américains et celle que les quakers ont adoptée dès le XVII^e^ siècle. Elle est une référence permanente dans la mesure où cela évoque ce que l'on appelle en droit français les bonnes mœurs. Elle a aussi une résonance moderne. En effet, d'une manière générale, on peut aisément détecter dans cette économie islamique des principes à caractère éthique qui ne déparent pas les développements effectués dans le chapitre précédent sur l'Investissement socialement responsable. Les critères retenus sont, d'ailleurs, assez proches chez les uns et chez les autres.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

1. Code civil, art. 1134.

En définitive, la finance islamique n'est pas si éloignée, au plan culturel, qu'elle pourrait le paraître de la finance occidentale. On ne peut, toutefois, ranger l'économie islamique dans l'ISR de caractère américain ou dans celui de caractère européen, car elle relève partiellement des deux modèles. Du premier, elle adopte la politique d'exclusion des investissements illicites ; du second, elle prend la volonté de s'enrichir en suivant des principes extra-financiers. C'est pourquoi, si l'économie islamique ainsi décrite apparaît comme faisant partie de la famille des ISR, on ne peut en faire qu'un ISR *sui generis* que l'on appellera *finance islamique*.

Ces considérations amènent à adopter une démarche particulière pour présenter la finance islamique.

Démarche adoptée pour présenter la finance islamique

La finance islamique recouvre, dans cette acception, aussi bien les principes que l'on vient de mettre en évidence que leur manifestation concrète dans les opérations quotidiennes à caractère commercial et financier.

La finance conventionnelle obéit à des règles spécifiques en relation étroite, mais autonome, avec le droit et la politique, déconnectée le plus souvent de la morale et de la religion. Ce n'est pas le cas de la finance islamique qui appartient à un ensemble comprenant aussi les autres domaines de la vie en communauté.

Pour autant, on présentera les règles qui régissent la finance islamique d'une manière essentiellement pratique en faisant abstraction de la raison morale qui la justifie, sauf, le cas échéant, pour en souligner l'esprit de manière à faciliter une explication dans un sens ou dans un autre.

L'objectif de l'ouvrage est, en effet, après avoir mis en évidence le soubassement culturel indispensable à une bonne compréhension de la finance islamique, de s'en tenir à une vision technique pour en rendre les produits bancaires et financiers directement utilisables pour le lecteur à des fins d'ingénierie financière. La présentation sera faite, en définitive, comme dans un ouvrage traitant de la finance conventionnelle, les règles islamiques intervenant dans les montages comme des textes de lois ou comme une réglementation prudentielle.

RÉSUMÉ

La pensée islamique forme un tout et le droit y est essentiel. Toute étude de la finance commence donc par le droit.

Le cadre général du droit islamique est spécifique, notamment de par sa source religieuse. Ce n'est pas un droit totalement unitaire car il existe plusieurs écoles de pensée juridique qui, quelles que soient leurs différences, veillent au respect de quelques principes moraux très stricts. L'originalité de ce droit tient aussi à la méthode de raisonnement à la fois analogique, inductive et déductive.

Le droit financier islamique est essentiellement contractuel mais il s'agit d'accords très particuliers : en effet, les parties doivent adopter des contrats types qui définissent aussi bien l'objet que les conditions de formation, de validité et enfin les effets des conventions. L'axe structurant fondamental de ces contrats est l'équité entre les cocontractants. La volonté des parties, ainsi restreinte, parvient quelque peu à se manifester à l'aide de clauses optionnelles ou adjointes elles aussi pré-établies et contraintes. La responsabilité est essentiellement fondée sur la faute. Le contrat de vente est un bon exemple de ce droit.

C'est dans ce cadre très structuré que peuvent s'exprimer les grands principes économiques islamiques (liberté économique, liberté d'entreprendre…) et les règles fondamentales de la finance islamique : l'activité est, en principe, autorisée à l'exception de ce qui est interdit. Il s'agit de prohibitions assez connues comme, par exemple, la proscription de l'enrichissement sans cause, des accords incertains, de certaines activités (alcool…).

Cet exposé suscite des commentaires lorsqu'on est accoutumé à la finance conventionnelle : on remarque surtout qu'il s'agit d'un système moralisant qui rejoint les principes occidentaux en vigueur dans la Grèce et l'Occident médiéval, dont l'Occident s'est écarté depuis, et qu'il retrouve par l'intermédiaire de la finance éthique. On retrouve alors l'exposé du chapitre 1 en constatant que la finance islamique trouve sa place dans le mouvement éthique.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

CHAPITRE 3

La finance islamique dans les banques commerciales

Le chapitre précédent s'est efforcé d'exposer les particularités du droit islamique des affaires. Il est bien évident que la finance islamique, qui en découle directement, en est profondément affectée comme on pourra le voir dans les pages qui suivent.

Les opérations que l'on va décrire font intervenir, le plus souvent, une banque, même si un certain nombre des produits de la finance islamique peuvent être mis en place par deux agents économiques quelconques. La banque islamique figure, en effet, au cœur de l'activité financière en tant qu'intermédiaire dans un double partenariat : d'une part, la banque avec les apporteurs de capitaux (les déposants) ; d'autre part, la banque avec les demandeurs de capitaux (les entrepreneurs).

Toutefois, il existe aussi des opérations de partenariat où les trois intervenants que sont les déposants, le banquier et l'entrepreneur ont des intérêts financiers communs liés à la réussite de l'opération. Cela ne facilite pas l'exposé didactique des techniques bancaires comme ce peut être le cas dans la finance conventionnelle. Pour autant, c'est un schéma classique d'exposition que l'on adoptera.

Après avoir brièvement dessiné un cadre général des opérations bancaires, on présentera les *emplois bancaires* qui tendent vers un parte-

nariat avec les entrepreneurs avant de détailler les *ressources bancaires*, c'est-à-dire les relations avec les déposants, partie d'ailleurs beaucoup moins riche. On terminera par une courte section sur les produits bancaires les plus récents ou spécifiques à certains pays.

D'autres techniques sont utilisées plus spécialement par la banque d'affaires : elles seront présentées dans le chapitre suivant (chap. 4).

Le cadre général

Le cadre général de la finance islamique comporte des points essentiels qu'il faut conserver à l'esprit de manière à comprendre l'économie de ce type d'opération. On présentera ensuite un tableau synthétique des opérations de la finance islamique.

Points essentiels

La finance islamique étant très dépendante de la *charia*, il n'est pas inutile de rappeler très brièvement quelques éléments du droit islamique des affaires tel qu'il a été présenté beaucoup plus longuement dans le chapitre 2.

On dira quelques mots de l'équilibre des contrats qui explique largement la position du droit islamique à l'égard de la liberté contractuelle, avant de proposer quelques considérations sur la sécurité juridique des conventions.

➤ Rappels sur l'équilibre des contrats

Les développements du chapitre précédent concernant l'économie des contrats peuvent se résumer de manière lapidaire en disant que le point essentiel du droit musulman des affaires est, en définitive, l'équilibre (*iwad*) entre les contreparties dans une opération donnée. Cela se matérialise dans deux dictons : *pas de rémunération sans risque* (*al-ghorm bil ghonm*) et *pas de profit sans risque de perte* (*al-kharaj bil daman*). Toutes les opérations de finance islamique doivent démontrer cet équilibre entre les parties sous peine de faire apparaître un *riba* (*cf.* chap. 2), c'est-à-dire un enrichissement injustifié de l'une des parties, ou encore un

gharar (*cf.* chap. 2), c'est-à-dire une incertitude conduisant à privilégier une partie par rapport à l'autre.

C'est dans cet esprit que les techniques spécifiques à l'activité économique islamique ont été développées voici plusieurs siècles. Les outils juridiques ainsi créés sont appelés contrats nommés, notion déjà évoquée au chapitre 2. Ils forment l'architecture de base de la finance islamique et ne peuvent se concevoir sans le respect sourcilleux du principe d'équilibre.

Toutefois, ces techniques satisfont une activité ancestrale qui n'a pas nécessairement prévu les évolutions du monde moderne. Cela pousse les utilisateurs de ces contrats nommés dans des pratiques qui ne font pas toujours l'unanimité de la doctrine. Le défi qui se présente aux financiers islamiques est, en effet, de concevoir une finance moderne qui permette à l'activité des musulmans de se développer tout en respectant les principes de la *charia*.

Ces contraintes ont des effets sur la liberté contractuelle.

➤ Rappels sur la liberté contractuelle

Dans la finance conventionnelle, la liberté contractuelle, loi des parties, constitue l'essence du montage financier, inspiré par des considérations principalement économiques ou commerciales ou encore par un souci de commodité.

Dans la finance islamique, au contraire, les contrats se doivent, avant tout, d'être parfaitement conformes au droit islamique lui-même fidèle à la morale et à la religion.

Ainsi, afin d'éviter, préventivement, tout déséquilibre dans les relations contractuelles, le droit islamique encadre de manière précise la manifestation de la volonté des parties. Le plus souvent, la marge de manœuvre de celles-ci se limite à décider des conditions particulières de l'opération (quantités, dates, prix…). De cette manière, lorsque deux parties souhaitent faire affaire, elles ne rédigent pas directement le contrat correspondant à leurs desiderata, elles doivent, en tout premier lieu, chercher dans le droit islamique des affaires s'il existe un contrat type qu'elles puissent utiliser pour leurs besoins propres.

On comprend donc aisément que la finance islamique soit avant tout juridique dans le sens où l'on pourrait dire que tout ce qui n'est pas autorisé ou prévu court le risque d'être interdit. En effet, on considère

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

que la *charia*, ou, à tout le moins, la doctrine des écoles de pensée islamique, a établi à l'avance le modèle de tous les actes juridiques et en a même défini le contenu. Il est donc nécessaire de vérifier systématiquement que les dispositions envisagées par les cocontractants sont licites. Cela sera, généralement, le cas si elles ne contreviennent pas aux principes de moralité et d'équilibre des prestations.

Le droit musulman ayant pour but essentiel d'éviter les transgressions, il laisse peu de marge de manœuvre aux parties, ce qui explique le luxe de précision qui entoure les contrats types des opérations de finance islamique. Une autre raison en est que, contrairement au droit occidental qui se base plutôt sur des éléments subjectifs comme l'intention des parties, le droit islamique se fonde sur des éléments objectifs qui doivent donc figurer précisément dans les conventions. C'est une façon de protéger les cocontractants, préventivement et même, éventuellement, malgré eux.

➤ La sécurité juridique des contrats

Les contrats de la finance islamique bénéficient d'une sécurité de fond qui ne va pas, pourtant, sans incertitude.

- *Une sécurité de fond*

La sécurité juridique des contrats provient du fait que chacune des opérations de la finance islamique traditionnelle, répertoriées dans les pages qui suivent, est justifiée, au départ, par un verset du Coran, par la Sunna, par le consensus général (*ijma*) ou encore par l'accord des jurisconsultes d'au moins une école de pensée (*cf.* chap. 2).

Les publications juridiques résultant des travaux universitaires musulmans ou émanant des institutions publiques islamiques reprennent souvent ces points fondamentaux qui assoient la légitimité des contrats types de base.

Les développements qui suivent ne mentionnent pas ces éléments religieux justificatifs et se contentent de décrire simplement les opérations autorisées. Le présent chapitre se propose de passer en revue, d'une manière purement technique, les principaux contrats nommés que l'on peut utiliser pour effectuer toutes les opérations financières.

Ces *briques* de base peuvent servir, en effet, à des opérations courantes ou à des montages plus sophistiqués (*cf.* chap. 4) par combinaison entre elles ou avec des techniques de finance conventionnelle.

• *Des incertitudes*

Il faut, néanmoins, se souvenir que le droit islamique des affaires est un droit international dépourvu d'autorité juridique suprême : même si les techniques portent les mêmes noms, il faut compter avec des nuances plus ou moins importantes selon les traditions de pensée et selon les pays. Une même opération peut aussi être connue sous des noms différents selon les pratiques.

Surtout, les opinions fournies par telle ou telle autorité, par tel comité de *charia*, auxquels, ont largement recours les banques, n'engagent que ceux qui les ont formulées : elles ne s'imposent à personne d'autre. Seule la réputation de celui qui a émis l'avis peut prévaloir en cas de litige.

Au surplus, au-delà des différences reconnues selon les écoles de pensée, il existe des divergences d'interprétation notables sur des points essentiels. Le chapitre 8 revient abondamment sur ce point et présente des exemples éclairants à cet égard.

L'incertitude juridique est donc sensible, ce qui demande beaucoup de précautions dans la rédaction des conventions et la conduite des opérations.

Les pages suivantes décrivent ce que l'on rencontre le plus souvent dans les contrats réellement établis et l'on mentionnera, en tant que de besoin, les différences qui peuvent apparaître selon les pays ou les écoles de pensée.

Pour les besoins de l'exposé et pour fixer les idées, on donnera à chacun des contrats islamiques étudiés le nom de l'opération de la finance conventionnelle la plus proche. Toutefois, il faut bien avoir conscience qu'aucun de ces contrats types de la finance islamique ne correspond exactement, bien évidemment, à un contrat de la finance conventionnelle. Il s'agit plus d'un moyen mnémotechnique que d'une traduction juridique et financière. C'est, de toute manière, une difficulté récurrente que l'on rencontre dès que l'on aborde le droit comparé.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

C'est avec ces réserves que l'on peut prendre connaissance des éléments du tableau ci-dessous.

Tableau synthétique des opérations de finance islamique

De même que les banques conventionnelles, les banques islamiques se proposent de financer les agents économiques en proposant des opérations spécifiques correspondant aux besoins des entreprises et des particuliers.

Afin de montrer comment on peut financer les opérations classiques à l'aide des produits islamiques, on a établi le tableau indicatif 3.1.

Comme on l'a précisé dans le paragraphe précédent, les correspondances mentionnées dans ce tableau ne signifient pas qu'il y ait une identité, dans une ligne donnée, entre le produit de la banque conventionnelle et le produit de la banque islamique : le tableau signifie plutôt que le service demandé par le client et qui peut être satisfait, dans la banque conventionnelle, par le produit indiqué dans la colonne 1, peut aussi être satisfait, dans la banque islamique, par un des produits de la colonne 2. Cela montre également que plusieurs produits peuvent, souvent, être utilisés pour tel ou tel besoin financier.

Tableau 3.1

Banque conventionnelle	**Banque islamique**
Ressources	
Dépôts	
Compte de dépôt	*Wadiah/Mudaraba*
Compte d'épargne	*Wadiah/Mudaraba*
Compte participatif	*Mudaraba*
Emplois	
Financement d'investissement	
Financement immobilier	*Bai bithaman ajil*
Financement mobilier	*Ijara thumman al-bai*
Matériel d'exploitation	*Murabaha*

Banque conventionnelle	Banque islamique
Financement de haut de bilan	*Bai bithaman ajil/Mudaraba/Musharaka*
Facilité de caisse	*Bai bithaman ajil/Murabaha*
Crédit-bail ou location	*Ijara*
Prêt personnel	*Bai bithaman ajil/Bai al-einah/Murabaha*
Mise en gage	*Rahn*
Financement divers	*Bai bithaman ajil*
Financement commercial	
Lettre de crédit	*Wakala/Murabaha/Musharaka*
Traite acceptée	*Murabaha*
Garantie bancaire	*Kafalah*
Crédit export	*Murabaha*
Opérations monétaires	
Papier commercial	*Murabaha*
Obligations d'État	*Bai al-einah*
Bon de trésorerie	*Bai bithaman ajil*
Certificat de dépôt	*Mudaraba/Bai al-dayn*
Services bancaires	
Cartes bancaires	
Carte de débit	*Qard hasan*
Carte de crédit	*Bai al-einah*
Autres services	
Ordres de bourse	*Ujr*
Transfert de fonds	*Ujr*
Travellers's cheques	*Ujr*
Distributeur de billets	*Ujr*

Nota bene : dans la suite, par commodité, on ne s'interrogera pas sur le genre du produit en question (*murabaha*, *ijara*…) : la dénomination de chacun d'eux sera précédée de l'article *le* ou *un*, sous-entendant « le contrat de ». Ainsi, par exemple, on écrira ainsi *un murabaha* pour éviter d'écrire « un contrat de murabaha ».

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Les différents produits ne nécessitent pas systématiquement l'intervention d'une banque ou, plus généralement, d'un financier. Toutefois, dans l'essentiel des cas, une banque s'interpose entre les agents économiques non bancaires, directement, ou par l'intermédiaire d'un véhicule *ad hoc*.

On verra que, presque toujours, l'intermédiation est beaucoup plus forte dans la banque islamique que dans la banque conventionnelle et, par conséquent, en général, la responsabilité bancaire est, bien évidemment, plus grande dans la finance islamique.

Les éléments ci-dessous constituent une liste de techniques que l'on peut rencontrer dans la vie des affaires, sans préjuger nécessairement de leur fréquence dans tel ou tel pays.

Le partenariat avec les entrepreneurs

Le partenariat avec les entrepreneurs peut prendre différentes formes matérialisées par une série d'opérations typiques.

Comme on le voit dans le tableau 3.1, il n'y a pas nécessairement de correspondance biunivoque entre les opérations proposées par une banque conventionnelle et les produits de la finance islamique. Pour réaliser une opération donnée, on peut ainsi avoir à sa disposition différents produits, seuls ou combinés.

Cette section se propose d'exposer les produits de la finance islamique sans les cantonner dans tel ou tel emploi. Si l'on compare une opération financière à une maison, les produits en sont, individuellement, les briques.

La finance islamique distingue :

– le partenariat de travail : deux ou plusieurs partenaires réalisent un travail pour compte d'autrui et partagent le fruit de cette activité selon un ratio spécifique ;

– le partenariat personnel : deux ou plusieurs partenaires acquièrent des biens en contractant un crédit qu'ils garantissent chacun selon une clé particulière. Le profit ou la perte résultant de l'activité est ensuite partagé selon la clé de répartition en question ;

– le partenariat en capital : deux ou plusieurs partenaires apportent une contribution à la constitution d'un capital destiné à investir. Le profit sera attribué selon une clé de répartition prévue à l'avance, qui peut être différente de la part de capital apportée ; à l'inverse, l'imputation de la perte reflétera l'engagement en capital de chaque partenaire.

L'activité entrepreneuriale utilisant essentiellement le partenariat en capital, on ne traitera que cette forme financière par la suite.

On commencera par les produits les plus typiques de la finance islamique, qui matérialisent la participation du banquier et de l'entrepreneur aux fruits ou aux pertes de l'activité économique. Ce financement en capital correspond, dans le langage conventionnel, au financement de haut de bilan.

On poursuivra par les opérations d'apports de fonds qui n'impliquent pas de partenariat capitalistique. Il s'agit là de financement par la dette, que l'on appelle aussi financement de bas de bilan.

*Financement en capital (*equity financing*)*

Les projets engagent le plus souvent des investissements lourds sur une longue période. L'entrepreneur peut rarement autofinancer son opération et, au surplus, il peut hésiter à porter le risque tout seul.

C'est pour ces raisons que les promoteurs utilisent des méthodes particulières pour définir le cadre dans lequel le projet doit être conduit : création d'une structure particulière, prise de participation par un apporteur de capitaux, financement spécifique…

La finance islamique se prête tout particulièrement à cette démarche dans la mesure où l'économie islamique favorise l'esprit d'entreprise et la participation de tous les acteurs au résultat de l'activité.

On a vu, ainsi, dans le chapitre précédent (*cf.* chap. 2) que la participation à l'activité entrepreneuriale était un point essentiel de la morale et de l'économie islamiques. Il est donc essentiel de définir les différents modes de partenariat en capital (*sharika*) envisageables.

Un partenariat rassemble deux ou plusieurs agents économiques qui mettent en commun des ressources afin d'augmenter leur richesse. On prévoit alors :

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

– la nature et la quantité de l'apport (capitaux, savoir-faire, travail…) de chacun ;
– le rôle de chacun dans l'exploitation ;
– la manière dont les résultats de l'exploitation, bons ou mauvais, seront imputés à chacun ;
– la durée du partenariat et les modalités de rupture.

On peut observer différentes situations non exclusives :

– une seule partie apporte le capital, sous la forme d'argent (*mudaraba*), de terrain (*muzara*) ou encore de terrain planté d'arbres (*musaqa*) ;
– une seule partie gère l'entreprise et dispose du capital, le droit sur le capital et le droit d'utiliser celui-ci étant distincts ;
– une seule partie supporte la perte tandis que les deux se partagent les profits ;
– le partenariat continue jusqu'à la fin du projet.

Si l'apport en capital et le pouvoir de décision sont identiques chez les deux partenaires d'un partenariat en capital, on parlera de société *mufawada*. Si, au contraire, les deux associés ont des parts différentes quant au capital investi et au pouvoir de décision dans l'entreprise, on parlera de société *ainan*. On peut observer que l'exigence de la banque islamique d'avoir un droit de regard dans la conduite du projet de l'entreprise ne convient pas à toutes les structures de partenariats.

On abordera successivement le partenariat bancaire comportant une participation aux résultats industriels ou de services, le *mudaraba*, sans traiter des activités agricoles (*muzara*) dont le schéma est similaire, et le partenariat bancaire prévoyant une participation à la conduite des projets, le *musharaka*.

La présentation se fera en trois points : la problématique financière ; l'aspect juridique ; le schéma de l'opération.

➤ *Mudaraba* (Commandite)

• *Problématique financière*

Le cas classique de la rencontre d'un entrepreneur riche d'un savoir-faire mais pauvre en capitaux et, à l'inverse, d'un investisseur à la recherche d'un projet entrepreneurial dans lequel il ne souhaite pas s'impli-

quer autrement que financièrement trouve son expression juridique et financière, en droit français, notamment dans la commandite. L'apporteur de capitaux peut aussi apparaître comme un partenaire dormant.

La finance islamique propose un produit comparable appelé *mudaraba*.

Le *mudaraba* est considéré comme la technique essentielle du financement islamique pour le développement de l'économie. Le financier (la banque) (*rabb al-maal*) apporte les capitaux pendant que l'entrepreneur (*mudarib*) apporte son savoir-faire et son travail. Comme dans la commandite en France, l'apport de capitaux dans le cadre du *mudaraba* n'emporte pas droit de regard sur la conduite de l'entreprise.

On distingue le *mudaraba* limité (*mudaraba al-muqayyada*) lorsque la convention porte sur un projet déterminé et le *mudaraba* illimité (*mudaraba al-mutlaqa*) lorsque, à l'inverse, le banquier finance l'ensemble de l'activité de développement de l'entreprise.

Au terme du projet, le financier reprend son capital et un partage du profit est opéré entre les deux cocontractants selon une clé de répartition convenue au départ. En cas de perte due à l'exploitation, le déficit est imputé exclusivement sur le capital, la pénalisation de l'entrepreneur étant limitée à son absence de rémunération, sauf faute avérée de celui-ci dans la conduite du projet.

Il est possible que l'entrepreneur apporte lui aussi du capital. Il devient alors également financier et se trouve traité, sur ce plan-là, comme le ou les autres financier(s). C'est un exemple de combinaison entre un *mudaraba* et un *musharaka* (*cf. infra*).

• *L'aspect juridique du* mudaraba

Le capital apporté par le financier demeure la propriété de ce dernier. C'est, en principe, un apport liquide mais ce peut être aussi un bien meuble à condition que sa valeur soit fixée dès l'origine. Ce ne peut être, en revanche, une créance sur l'entrepreneur. Le capital peut être libéré progressivement selon les besoins de l'entrepreneur.

Il est possible à l'apporteur de fonds de fournir, dans le même contrat, des capitaux à deux entrepreneurs et de prévoir un partage du profit différent selon les projets.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Le contrat peut prévoir des restrictions à l'usage des fonds pour peu que ces contraintes n'entravent pas la bonne marche du projet. Une violation de cette clause rend l'entrepreneur responsable de l'ensemble du capital apporté. La convention peut aussi prévoir que l'entrepreneur ait recours à un sous-traitant dans les cas difficiles.

Le capital apporté par l'investisseur doit être consacré exclusivement au projet prévu au contrat sauf autorisation expresse de celui-ci.

Une caractéristique de la convention de *mudaraba* est la possibilité pour l'un des partenaires de se retirer du projet à sa convenance, ce qui peut causer des difficultés au partenaire restant. Une solution proposée par certains contrats reprend une formule en vigueur dans les Fonds communs de Placement à risques (FCPR) : calcul périodique d'une valeur liquidative et sortie de l'association à ce moment-là.

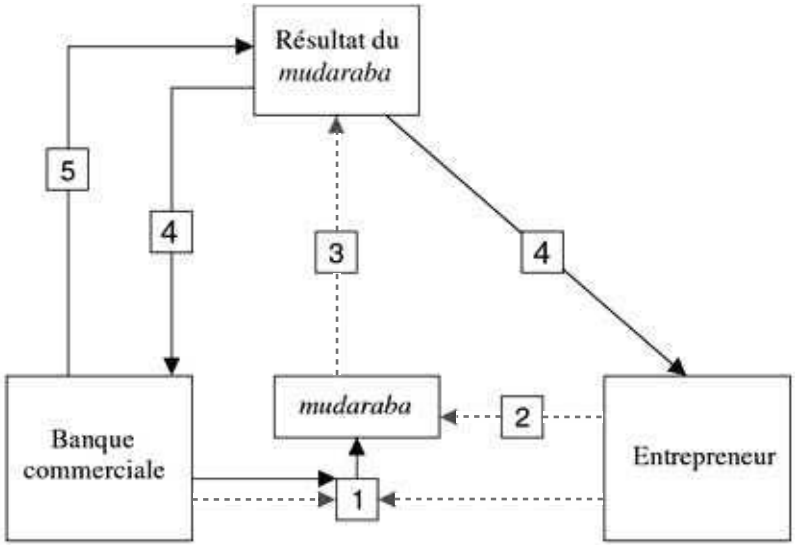
Le contrat est conclu *intuitu personae* : le gestionnaire, *mudarib*, est chargé personnellement de gérer les fonds remis par le *rabb al-maal*. Aussi, le décès du gestionnaire entraîne, en principe, la déchéance du terme du contrat. C'est pour cette raison que le contrat peut prévoir le remplacement du *mudarib* en cas d'indisponibilité, ce qui est plus facile si celui-ci est une société.

À l'issue de l'opération, le financier récupère en premier lieu son bien avant toute répartition du profit. Le profit doit être clairement identifié comme provenant du projet qui a fait l'objet du *mudaraba*. Cette répartition doit être basée sur un pourcentage pour chacun des cocontractants à l'exclusion d'une somme forfaitaire. Contractuellement, le profit peut, cependant, être distribué progressivement au fur et à mesure de l'avancement du projet pour peu que le capital initial soit protégé.

Le capital, pas plus que le profit, ne peut être garanti par l'entrepreneur. En revanche, l'apporteur de capitaux peut demander des sûretés pour se garantir de la mauvaise exécution du contrat par l'entrepreneur.

En définitive, le contrat de *mudaraba*, que l'on a, par approximation, assimilé à une commandite, ressemble aussi à une fiducie. En effet, le *mudarib* détient les fonds et il peut en faire l'usage qu'il souhaite dans les limites du contrat sans pour autant répondre des pertes éventuelles puisqu'il n'est pas propriétaire du fonds constitué par le *rabb al-maal* et que, par ailleurs, il ne peut tirer profit directement des biens qu'il gère.

La figure 3.1 présente un *mudaraba.*



NB : les mouvements monétaires sont en trait continu noir.
1. La banque et l'entrepreneur mettent sur pied un contrat de *mudaraba* : la banque apporte les fonds sur la base d'un projet accepté par les deux parties.
2. L'entrepreneur gère la société de *mudaraba*.
3. La société de *mudaraba* génère un résultat.
4. Le profit est partagé entre l'entrepreneur et la banque.
5. La perte est absorbée par la banque.

Figure 3.1 – Mudaraba

➤ ***Musharaka*** **(joint-venture)**

• *Problématique financière*

Le partenariat est considéré comme le meilleur mode de financement des projets importants, que l'entreprise soit nouvelle ou pas.

Si dans le *mudaraba* que l'on a vu plus haut, la banque se contente d'apporter les fonds et ne se préoccupe pas de la conduite des opérations, au contraire, dans le contrat de *musharaka*, le banquier prend une part du capital de l'entreprise, devenant actionnaire et bénéficiant d'un droit de regard sur la gestion de celle-ci.

Ainsi la banque peut-elle fournir suffisamment de liquidités à l'entrepreneur sur une longue période. En contrepartie, elle peut jouer le rôle d'un partenaire industriel, intervenant dans la conduite de la société ou,

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

à tout le moins, supervisant la gestion de l'entreprise. Financièrement, c'est un avantage pour l'entreprise que de ne pas supporter le service périodique de la dette. Parallèlement, la banque trouve un avantage à employer ses ressources longues dans ce type de financement lui permettant d'obtenir une rémunération régulière pour ses déposants.

Ce mode de partenariat s'applique tout spécialement aux activités de projet dans quelque secteur d'activité que ce soit. Il apparaît assez naturel pour une banque qui souhaite accompagner une entreprise pour une opération particulière en laissant l'entreprise diriger les opérations sous sa supervision. C'est pour cette raison qu'on rapproche le *musharaka*, dans la terminologie de la finance conventionnelle, de la *joint-venture*.

Cette technique permet à la banque de percevoir des revenus réguliers. Les profits comme les pertes (qui dépendent souvent des compétences de l'entrepreneur) sont partagés à due proportion des apports en capital, une fois rémunérée l'activité de l'entrepreneur (de 20 % à 60 %).

Il est bien établi que l'opération n'est pas un prêt bancaire mais une participation pleine et entière au financement d'un projet avec un intéressement aux résultats, positifs ou négatifs. De ce fait, la banque est un actionnaire détenteur du pouvoir de diriger le projet ou, à tout le moins, d'en superviser la conduite. Lorsque la banque participe à la gestion, sa rémunération est liée au montant de son investissement (bénéfices répartis au prorata du capital) et à sa part de travail de gestion (*musharaka ad-daima*).

Cet accompagnement peut revêtir la forme d'une participation permanente (*musharaka sabita*) ou bien temporaire, la banque cédant sa participation progressivement (*musharaka mutaniqisa* ou *decreasing partnership*) ou *in fine* à l'issue de la réalisation du projet qu'elle avait financé[1].

Dans le cas d'un partenariat permanent, l'objectif de la banque est de participer, de manière active et opérationnelle, au développement économique tout en plaçant ses capitaux.

Dans le cas inverse, la banque considère, dès le départ, qu'elle n'est partenaire de l'entreprise que pour un temps. La participation dégressive

1. Dans l'autre sens, la banque peut aussi augmenter sa participation, on aura alors un *musharaka mutazaida* (*increasing partnership*).

(*musharaka mutanaqisa*) organise, dès l'origine, le transfert de ses titres de partenariat au bénéfice de l'entrepreneur avec un paiement éventuellement progressif, permettant à la banque de se désengager peu à peu. L'entrepreneur bénéficie d'une appropriation progressive du résultat de l'activité (*musharaka an-naqisa*). Dans l'intervalle, la gestion des fonds mis, par la banque, à la disposition de l'entreprise est placée sous la responsabilité de celui-ci. L'objectif est la croissance du capital ainsi engagé, avec un risque de perte à envisager.

La participation temporaire s'applique bien au financement de marchés publics sous la forme d'avances sur marché accompagnées d'un acte de nantissement. Dans ce cas, la part de profit revenant au client est donnée à la banque qui réduit ainsi sa participation.

Sur le plan moral, la banque peut s'assurer que l'entreprise intervient dans des secteurs licites et, plus généralement, le partenariat apparaît moralement supérieur à l'endettement.

La technique du *musharaka* est d'application très large pour les projets d'envergure mais aussi dans certains domaines comme les lettres de crédit, l'habitat, ou la microfinance.

- *L'aspect juridique*

On distinguera le *musharaka* classique de sa variante, le *musharaka* dégressif.

Le musharaka *classique*

Le capital de l'entreprise qui fait l'objet d'un *musharaka* doit être libéré entièrement. Il est constitué d'actifs pouvant, selon certains juristes, être même des marchandises. Toutefois, une libération progressive est possible pour peu qu'elle concerne à l'identique tous les partenaires. L'apport de la banque peut être constitué d'une garantie (aval, caution, crédit documentaire…). Les parties n'ont pas nécessairement des parts égales.

Dans la répartition des tâches, il est possible d'exclure un des partenaires de la participation industrielle au projet, de même qu'il est autorisé d'en confier la conduite à un seul d'entre eux.

La part de profit revenant à chaque cocontractant, qui doit être un pourcentage du résultat et non un forfait, doit être fixée dès le départ. Il n'est pas obligatoire que ces parts soient strictement proportionnelles

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

à l'apport en capital, notamment si l'un des partenaires est plus diligent. En revanche, le partage des pertes doit refléter le prorata du capital apporté ; toutefois, selon certains juristes, il peut suivre la même clé de répartition que le partage des gains.

La responsabilité financière va au-delà du capital apporté si les dettes excèdent les actifs : sous cet aspect, le *musharaka* s'apparente plus au fonctionnement des sociétés civiles ou des sociétés en nom qu'aux sociétés de capitaux.

Si certains juristes pensent que le contrat doit être maintenu jusqu'à la conclusion du projet, d'autres estiment que la convention peut être rompue par un des cocontractants à tout moment après information des autres participants. Il est évident que les désagréments pour le ou les autres partenaires peuvent être importants. C'est pour cette raison que certains contrats prévoient, comme dans le cas du contrat de *mudaraba*, le calcul périodique d'une valeur liquidative, à l'instar de ce que l'on fait dans les fonds communs de placement à risques (FCPR) et que la sortie de l'association ne peut se faire qu'à ce moment-là.

La cession des parts de la banque peut s'opérer en totalité *in fine* dans un contrat séparé. Cette cession peut également bénéficier à un tiers. L'entrepreneur dispose des mêmes possibilités.

Parallèlement, il n'est pas possible que les cocontractants attribuent à la banque, ou à un autre des partenaires, la totalité du capital en sus du profit retiré du projet, disposition qui évoquerait le prêt à intérêt. La banque ne peut réclamer l'intégralité de son apport qu'en cas de violation par son partenaire des clauses contractuelles et, notamment, en cas de négligence dans la gestion. C'est ainsi qu'il est possible de s'assurer contre divers événements (décès des partenaires, négligence…) mais pas de garantir le capital ou les profits.

Le musharaka *dégressif*

Le *musharaka* dégressif est beaucoup utilisé pour le financement immobilier. Dans cette formule, la banque et le client acquièrent le bien immobilier en commun par l'intermédiaire d'une société commune. La fixation des futurs loyers et des apports financiers respectifs des deux partenaires permet de prévoir la date du remboursement complet de la banque. Or une vente future impliquant les deux parties étant interdite

par le droit islamique, la solution licite consiste à mettre en place une promesse unilatérale : le client s'engage à racheter les parts de la banque aux dates convenues. Cette promesse est considérée comme liant le promettant.

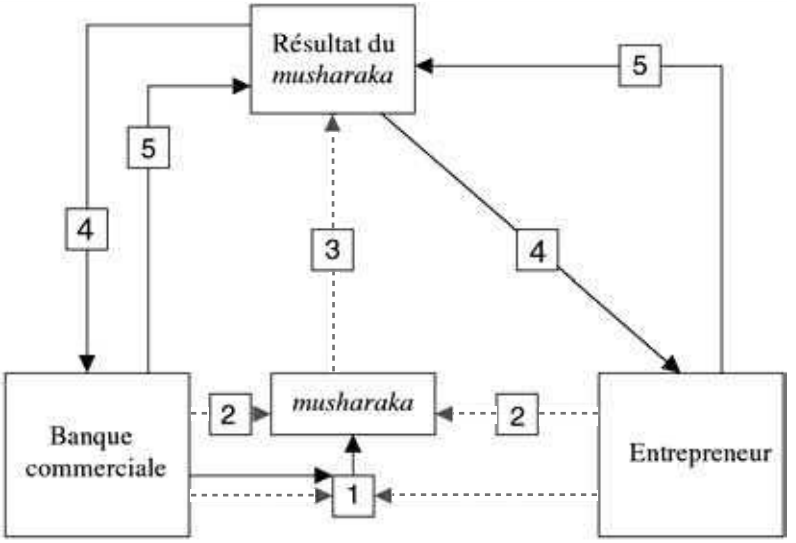
La détermination du prix de vente des parts dans un tel système n'est pas chose aisée : à quel prix le client doit-il promettre de racheter les parts de la banque ? Un remboursement à un prix prédéfini est plus pratique mais sujet à controverse car un tel prix, s'il est supérieur au prix d'achat, assure un revenu certain au financier, ce qui peut être requalifié de *riba*. D'un autre côté, promettre d'acquérir à un prix de marché inconnu le jour de la promesse crée une incertitude importante juridiquement également discutable. C'est pour cette raison que la solution conseillée est le rachat au prix coûtant, nécessairement connu à l'origine.

Par ailleurs, un risque de *gharar*, qui prohibe notamment la conclusion de deux contrats en un, existe si l'on met en place des mécanismes complexes. Dans le cas d'espèce, une promesse unilatérale a la nature d'un accord différent du contrat de *musharaka* dans lequel il ne se trouve pas inséré : ainsi est évité le risque de *gharar* qui serait causé par une interdépendance des deux accords.

Il apparaît toutefois que le contrat de *musharaka* dégressif, qui permet un désengagement progressif du financier, n'est pas un contrat nommé tel qu'on a pu en voir le concept dans le chapitre 2 consacré spécifiquement au droit islamique des affaires : il résulte de l'ingénierie juridique des financiers et, en tant que tel, fait l'objet de quelques critiques. En particulier, certains s'interrogent sur la licéité des engagements à terme successifs inclus dans le contrat qui semble, de ce fait, contenir plusieurs contrats en un seul ; d'autres rétorquent que le *musharaka* dégressif peut aussi être vu comme une promesse faite par l'un des cocontractants de céder partie de son capital, promesse considérée comme liant le promettant, l'autre partie ne s'engageant pas en regard. L'ensemble est alors considéré comme licite.

La figure 3.2 présente un *musharaka* classique conclu entre une banque et un entrepreneur.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit



NB : les mouvements monétaires sont en trait continu noir.
1. La banque et l'entrepreneur créent une société commune dans le cadre d'un contrat de *musharaka*. Ils capitalisent la société selon une clé prévue au contrat.
2. La banque et l'entrepreneur gèrent l'entreprise conjointement selon les termes du contrat.
3. La société de *musharaka* génère un résultat.
4. Le profit est partagé entre l'entrepreneur et la banque selon un ratio préétabli.
5. La perte est partagée par les parties au prorata de leur apport en capital.

Figure 3.2 – Musharaka classique

Financement par la dette

Les activités commerciales traitées ici concernent l'achat et la vente de biens et services. Il peut s'agir de biens existants ou à fabriquer ; le paiement peut être immédiat ou différé, tout comme la livraison. Dans tous les cas, le contrat devra faire apparaître un équilibre (*iwad*) entre les parties.

La combinaison de ces différentes options conduit à des produits bancaires différents dont les plus courants seront examinés ici. Ce sont, en tout cas, des contrats nommés et qui ne posent pas de problème de principe au plan juridique quant à leur existence même si leur utilisation peut susciter des remarques de certains juristes.

On présentera l'activité essentielle et la plus fréquente qu'est le murabaha (crédit acheteur). Viendra ensuite le salon (l'avance de trésorerie). On poursuivra par l'ijara (location) pour terminer par l'istisma (contrat d'entreprise).

➤ BBA-*murabaha* (crédit acheteur)

La vente (*bai*) est une opération bien sûr triviale dans la vie des affaires (*cf.* chap. 2). Le financement apparaît dès que le paiement est différé et que se met en place, le plus souvent, un paiement différé avec marge. Dans tous les cas, la livraison est immédiate.

- *Vente avec paiement différé (*bai bithaman ajil*)*

L'opération commerciale type est la vente, notamment parce que cela correspond à la transaction la plus pratiquée dans un milieu marchand. La vente peut se faire selon plusieurs formules.

La vente avec paiement différé (*bai bithaman ajil)* que l'on abrège en *BBA* (ou encore *bai mu'ajjal* selon son appellation au Proche-Orient[1]) consiste simplement à régler à une échéance donnée le prix d'un bien. L'acheteur ne connaît pas nécessairement le coût de revient de ce bien pour le vendeur ni la marge de ce dernier. Dans le cas où ces informations ne sont pas connues, la transaction se nomme *musawama*. En revanche, le terme de l'opération doit être établi avec précision.

Le prix doit être fixé dès l'origine. Il ne peut être modifié même si le débiteur est en retard, ou en avance, dans son paiement. En cas de retard, une pénalité peut être appliquée mais le produit de celle-ci sera versé à une œuvre charitable, le vendeur ne pouvant en bénéficier.

En revanche, si le paiement se fait à tempérament, la déchéance du terme peut être prononcée en cas d'impayé. Par ailleurs, un gage sous forme d'hypothèque, de lettre de garantie ou de reconnaissance de dette peut être demandé.

Le BBA apparaît généralement sous la forme d'une vente incluant une marge annoncée à l'acheteur. L'opération est alors dénommée *BBA-murabaha* ou encore *bai mu'ajjal-murabaha*. Toutefois, on rencontre, le plus souvent, l'expression simplifiée de *murabaha*.

1. Dans certains cas, ce terme distingue les paiements par tempérament des paiements *in fine*.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Dans ce cas de figure, les deux parties connaissent le prix de revient et la marge du vendeur.

- *Vente avec paiement différé et marge (*murabaha*)*

Problématique financière

En finance islamique, on ne peut recourir au crédit classique assorti du paiement d'un intérêt : on utilise alors la technique du *murabaha*, qui est, de fait, l'opération la plus fréquente. Elle est mise en place dans de nombreuses circonstances, comme, par exemple, le crédit d'équipement, le crédit de campagne, le crédit à la consommation pour les particuliers…

Le *murabaha* est tout indiqué pour les opérations commerciales simples mais se trouve mal adapté à des financements complexes comme le financement de projets. Il est donc utilisé pour les besoins d'exploitation courante (stocks, matières premières, produits intermédiaires…) et même pour certains investissements de court terme.

Par ailleurs, le fait que la banque acquière le bien pour le compte du client peut servir à ménager la confidentialité sur l'identité de celui-ci.

Le principe du *murabaha* voit intervenir un vendeur et un acheteur selon le schéma suivant : un client contacte un fournisseur et lui désigne le bien qu'il désire lui acheter, les informations pertinentes comme le coût du bien et la marge du vendeur étant alors fixées. Après accord, le bien et la propriété de celui-ci sont transférés à l'acheteur qui paie le prix convenu à l'échéance (ou aux échéances) prévue(s).

Le plus souvent, le *murabaha* fait intervenir un tiers et peut prévoir la présence d'un agent.

Le murabaha à trois parties

Un financier peut aussi servir d'intermédiaire entre le vendeur et l'acheteur final auquel il apporte un financement. C'est cette formule que l'on rencontre le plus souvent dans la pratique bancaire et financière. Le financier peut être un véhicule *ad hoc* créé pour la circonstance mais ce peut être aussi une banque. Par souci de commodité, on conviendra, dans la suite, qu'il s'agit d'une banque, les schémas généraux n'en étant pas modifiés.

Le *murabaha* fait alors intervenir trois parties : le client de la banque, qui est l'acheteur final du bien, le vendeur qui est le fournisseur du

bien, et un intermédiaire, la banque, qui joue le rôle d'acheteur auprès du fournisseur et de vendeur auprès de son client. Concrètement, il y a deux opérations : l'une entre le fournisseur et la banque et l'autre entre la banque et son client.

Le client propose à la banque d'acquérir un bien décrit de manière précise après avoir demandé au vendeur une cotation du bien pour une période donnée ainsi que le degré de disponibilité de la marchandise. La banque décide alors de la suite à donner à cette affaire en fixant des conditions et des garanties.

En cas de réponse favorable de la banque à son client et d'accord des deux parties, une demande de *murabaha* est émise par le banquier (le plus souvent sous l'appellation *promise to buy/sell*) et signée par les deux parties. Il s'agit là d'une promesse qui n'engage pas formellement le client, faisant ainsi courir un risque à la banque (*cf. infra*, « Aspect juridique du *murabaha* »).

Le vendeur réalise la vente en adressant une facture au banquier qui effectue le paiement du prix. C'est alors que le contrat de vente *murabaha* est signé entre le banquier et son client. Ce dernier achète les biens au banquier moyennant une marge revenant à celui-ci. Le paiement se fera ultérieurement ou à tempérament sur une base bien définie.

Concrètement, le vendeur livre le bien à la personne désignée par la banque, en principe l'acheteur qui agit comme mandataire du banquier. L'acheteur, client de la banque, informe celle-ci de la réception du bien et règle, selon les conditions prévues, c'est-à-dire ultérieurement, le prix convenu comprenant la prestation de service du banquier, qui peut être un pourcentage ou bien une somme forfaitaire.

D'une manière générale, la rémunération de la banque tient compte de plusieurs facteurs : une marge plus élevée sera prélevée si la rentabilité de la marchandise pour le client est importante ou encore s'il s'agit d'un bien importé à cause du risque supérieur ; la marge sera plus faible s'il s'agit de produits de première nécessité pour le consommateur moyen.

Le murabaha à trois parties avec agent

Il arrive que la banque ne souhaite pas effectuer elle-même les démarches prévues au contrat. En effet, même si son client lui décrit le bien de la manière la plus précise, il est toujours possible qu'elle commette

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

une erreur, notamment en cas d'imprévu. Pour éviter ce désagrément, la banque peut désigner son client comme son agent. Si un tel courant d'affaires s'instaure, la banque peut signer avec son client un accord général (*master agreement murabaha*) encadrant leurs transactions unitaires.

Dans ce troisième cas de figure, la relation commence par un accord entre la banque et le client où la première promet de vendre au second qui, en regard, s'engage à acheter un bien identifié au prix et avec la marge convenus. La banque mandate ensuite le client comme son agent. Le client choisit le vendeur et le bien au nom de la banque, qu'il informe par écrit de tous les détails de la transaction à effectuer. Le vendeur livre le client de la banque sous le contrôle de celle-ci. La banque effectue ensuite le paiement au bénéfice du vendeur. Le contrat d'agent se termine avec la vente du bien par la banque au client au prix convenu incluant la marge, lui transférant ainsi la propriété de la marchandise. Enfin, le client paie le prix aux échéances prévues.

On remarquera, pour terminer, les différents rôles de la banque et de son client dans les trois formules du *murabaha*. Le premier lien est une promesse d'achat du client. Il existe ensuite une convention d'achat/vente entre les deux. Il peut aussi y avoir un mandat d'agent. Enfin, lorsque le paiement est différé, ce qui est souvent le cas, l'un est créancier de l'autre.

Les données juridiques afférentes à ce contrat, en définitive relativement complexe, sont donc à regarder de près.

L'aspect juridique du murabaha

On décrira d'abord les principaux éléments juridiques concernant le *murabaha* et on précisera ensuite les précautions à prendre pour éviter que le système contrevienne au droit islamique.

- Principaux éléments juridiques

Il est d'abord évident que l'objet de l'achat doit être licite. Pour des biens matériels, la distinction peut être aisée. Pour des biens immatériels, la question se pose sans réponse unanime : par exemple, peut-on céder des droits ?

Cela étant dit, l'opération comporte trois phases successives : la demande du client au banquier d'effectuer un achat ; l'achat du bien par le banquier auprès du vendeur ; le rachat du bien au banquier par le client.

Juridiquement apparaissent trois conventions : la promesse d'achat/vente entre la banque et son client, qui concerne la phase 1, stipule, notamment, les caractéristiques du bien et les conditions matérielles de l'opération comme le prix, la date et l'endroit de livraison ainsi que diverses garanties. C'est là que l'on indiquera dans quelle mesure la commande du client est révocable et les conditions éventuelles d'indemnisation en cas de révocation.

Dès que son client a manifesté son souhait d'acheter le bien en question par son intermédiaire, la banque peut procéder à l'acquisition. Le contrat de vente qui se met en place au cours de la deuxième phase de l'opération est établi entre la banque et le vendeur du bien, la vente devant être réalisée obligatoirement avant la mise en place de la troisième phase de l'opération. Le document précise si la banque confère à un tiers le droit de prendre livraison de la marchandise. Ce tiers peut, d'ailleurs, être le client donneur d'ordre mais un contrat séparé devra alors être rédigé afin d'éviter toute ambiguïté avec le contrat principal du *murabaha*. La banque est responsable de la conformité du bien acheté à la commande ainsi que de son bon état : elle assume donc les risques de la chose au cours de la transaction.

Enfin, la partie du contrat proprement dit de *murabaha* concernant la troisième phase stipule que celle-ci ne peut intervenir qu'après livraison de la marchandise. Les termes et conditions des phases précédentes y sont rappelés. C'est à cette étape que se fait le transfert de propriété du bien au profit du client. Les éventuelles garanties prises par le banquier doivent être mentionnées dans ce document.

Qu'en est-il, en effet, de la promesse d'achat et de la promesse de vente ? La volatilité du marché du bien, à la hausse ou à la baisse, peut conduire l'une ou l'autre partie à ne pas tenir son engagement.

Même si, dans le cas du *murabaha*, il semble généralement que l'on considère la promesse comme devant être tenue, il existe toute une panoplie de clauses et de méthodes permettant à la banque de diminuer le risque de contrepartie à l'égard de son client.

Ainsi la banque peut-elle demander au client de la représenter auprès du fournisseur et de régler celui-ci directement, à charge pour elle de le rembourser ensuite.

La revente de la marchandise à son client peut s'assortir d'un paiement différé par ce dernier : ce crédit n'est toutefois qu'un accessoire de

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

l'opération principale qui est avant tout commerciale. Pour autant, la banque peut appliquer des pénalités de retard, voire exiger un dédommagement, comptabilisés dans un compte spécifique[1], sans pouvoir augmenter la marge commerciale et sans se référer à un taux d'intérêt ; elle peut aussi prendre possession du gage qu'elle aura eu la précaution de constituer sur le bien vendu. Cependant, le rééchelonnement de la dette peut être gratuit, en vertu de l'intéressement des deux opérateurs à la bonne fin du projet, notamment en cas de difficulté particulière du client dans la revente du bien acquis.

Il est très important, sur le plan juridique, de prendre toutes les précautions permettant d'éviter que le système soit atteint par le *riba* ou le *gharar*.

Précautions juridiques

Économiquement, le *murabaha* ressemble à un prêt à intérêt et c'est souvent ainsi que, dans certaines banques, il est traité dans les dispositifs informatiques comptables. Pour éviter que cette assimilation soit faite juridiquement, un certain nombre de précautions doivent être prises.

Tout d'abord, le bien doit exister physiquement dans les mains du vendeur au moment de la vente. La banque, ensuite, doit détenir juridiquement et physiquement le bien avant de le céder à son client ; au cas où la banque ne détiendrait pas matériellement le bien, il lui faudrait, en revanche, en assurer le contrôle et en assumer les droits, les engagements et les risques attachés à ce contrôle, comme le risque de destruction. La possession des documents adéquats démontrant la propriété de la banque peut être admise en remplacement de la détention physique du bien. Le risque supporté par la banque, même si c'est pour une durée courte et transitoire, légitime son profit et écarte la requalification en *riba*.

Par ailleurs, la différence de prix entre le comptant et le terme ne provient pas seulement du laps de temps qui s'écoule entre les échéances mais du fait que le vendeur peut fixer son prix de vente librement. Pour autant, on a remarqué que le profit était souvent déterminé en fonction du taux du marché comme, par exemple, le LIBOR, rapprochant ainsi, au moins en apparence, le *murabaha* d'un prêt à intérêt. Il se trouve, en

1. Ces sommes devront être, en principe, reversées à un organisme caritatif.

effet, que les profits des produits conventionnels et ceux des produits islamiques s'alignent les uns sur les autres dans un marché global. Toutefois, le taux pour les *murabaha* ne peut être que fixe, en aucun cas variable car le prix doit être fixé dès l'origine du contrat. Le *roll-over* n'est donc pas admis. Quant aux écarts de date dans le paiement de la dette, en avance comme en retard, ils ne peuvent donner lieu à modification du prix du bien, le banquier pouvant, à sa seule discrétion, consentir une remise en cas de paiement anticipé, ce point ne pouvant néanmoins pas être contractuel.

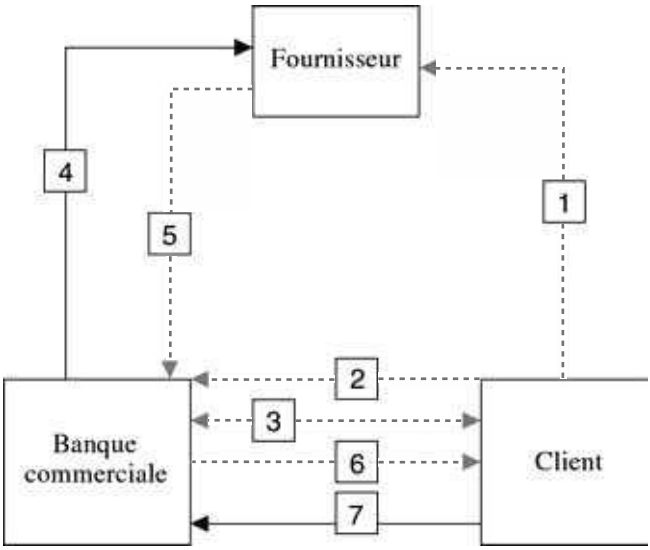
En second lieu, l'exigence de la spécification, au moment de la conclusion du contrat, du prix du bien et des conditions exactes de paiement, permet d'éviter la requalification du contrat en *gharar* et d'éloigner les causes de conflit entre les parties.

Enfin, le traitement des problèmes de délais et de défaut de paiement peut être envisagé de différentes façons :

– exiger du client défaillant qu'il verse une certaine somme à une œuvre charitable. La banque perçoit la somme en question et l'utilise au nom du client dans un but caritatif. Cette technique vise à éviter que le mauvais payeur tire profit de sa défaillance mais ne constitue pas une compensation pour la banque ;
– il est possible de demander au client de verser une compensation basée sur le taux de profit que réalise la banque sur ses comptes d'investissements. Toutefois, si la banque ne réalise pas de profit pendant la période de défaut, elle ne peut prétendre à aucune compensation. Par ailleurs, cette solution consistant à compenser la perte du banquier ne fait pas partie de la philosophie du droit islamique ;
– une clause de déchéance du terme peut être insérée dans le contrat mais cela peut causer des difficultés à l'emprunteur et compromettre encore plus la créance de la banque ;
– une solution classique est constituée par une prise de garantie sous forme d'hypothèque ou de gage sur un bien du client, également par l'obtention d'une caution d'un tiers. Des règles juridiques particulières s'attachent à ces garanties. Il est aussi possible à la banque de se faire donner une lettre de change ou un billet à ordre ;
– une autre solution est encore de restructurer la dette en modifiant son calendrier. Il va de soi que, conformément au droit islamique, le rééchelonnement n'entraîne pas de facturation au client ;

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

– enfin, on observe dans certains cas une clause permettant au créancier de placer le débiteur défaillant sur une liste de mauvais payeurs, accessible à l'ensemble des banques. Ce système existe en France avec l'enregistrement dans un fichier géré par la Banque de France. Selon la *charia*, toutefois, si cette liste est licite, le créancier ne doit procéder à la déclaration du débiteur défaillant qu'après s'être assuré que le défaut de paiement était volontaire, faute de quoi il doit consentir à ce dernier des délais de paiement conformément aux principes islamiques.



NB : les mouvements monétaires sont en trait continu noir.

1. Le client approche un fournisseur pour choisir le bien qu'il désire acquérir.
2. Le client approche la banque pour lui demander de mettre sur pied un *BBA-murabaha*.
3. En cas d'acceptation de l'opération, une promesse d'achat/vente est établie entre la banque et son client.
4. La banque acquiert le bien auprès du fournisseur et en règle le montant.
5. Le fournisseur effectue le transfert de propriété en livrant la banque (NB : la banque peut désigner son client comme agent auquel cas, c'est ce dernier qui est livré).
6. La banque vend le bien au client à un prix supérieur au prix au comptant et transfère le bien et la propriété de celui-ci à son client.
7. Le client règle le prix du bien à une échéance ultérieure (ou en plusieurs échéances).

Figure 3.3 – BBA-murabaha

D'une manière générale, afin de se prévaloir, autant que possible, d'une absence de conformité de l'opération au droit islamique, notamment d'une requalification en prêt à intérêt qui rendrait l'opération nulle, il n'est pas inutile que la banque fasse établir un certificat de conformité par un comité de *charia*.

La figure 3.3 représente une opération classique de *murabaha* à trois parties.

➤ **Salam : (avance de trésorerie)**

• *Problématique financière*

Dans certaines circonstances de la vie des affaires, il peut être nécessaire qu'une marchandise soit achetée et son prix réglé immédiatement mais que la chose soit livrée plus tard.

Plus généralement, le financement de l'exploitation générale de l'entreprise agricole, industrielle ou artisanale, de son besoin en fonds de roulement, sort du schéma simple dans lequel un emprunt permet la fabrication d'un bien particulier dont la vente fournira les fonds permettant le remboursement du concours financier. La finance classique connaît le financement de l'activité, le prêt pour le fonds de roulement, donnant une certaine souplesse d'utilisation à l'entreprise.

Cette formule générale se rencontre plus difficilement en finance islamique puisqu'il faut toujours rattacher un financement à un bien concret et, en principe existant. C'est cette question que résout le contrat *salam* qui se caractérise par un achat/vente immédiat de biens et services avec règlement/livraison dissociés : paiement immédiat et livraison différée.

L'objectif est de procurer aux entreprises un financement à court terme, essentiellement pour les besoins de leur exploitation courante ou même, aujourd'hui, pour le préfinancement à l'exportation.

La transaction entraîne un risque de marché pour la banque que celle-ci a néanmoins les moyens de couvrir.

La transaction salam

En principe, la vente *salam* concerne la vente d'un bien qui ne sera livré que plus tard même si son prix est réglé immédiatement sous peine de nullité. Cette technique peut être étendue pour permettre le financement de l'exploitation.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Faute de financer directement un produit existant à livrer immédiatement, le *salam* peut dissocier l'objet du financement et le bien qui servira à son remboursement : dans ces conditions, le financement immédiat pourra être utilisé pour des charges diverses liées à l'activité de l'entreprise et sera remboursé par une vente correspondant à la fabrication d'un produit de l'entreprise. La banque intervient alors comme acheteur de biens fabriqués par cette dernière, avançant immédiatement les fonds nécessaires, et acceptant de n'être livrée que plus tard ou encore d'être remboursée par la vente pour son compte des marchandises en question.

Concrètement, le contrat de *salam* enregistre un accord entre un financier (une banque en principe) et son client pour la transaction suivante :

– la banque commande à l'entreprise cliente une certaine quantité de marchandises, dont la valeur correspond au besoin de financement de celle-ci, contre une facture *pro-forma* détaillée, l'ensemble fixant la nature et la quantité de la marchandise, les délais et les modalités de livraison (ou encore les modalités de vente de la marchandise par l'entreprise pour le compte de la banque) ;

– la banque se fait livrer la marchandise pour la céder sur le marché ; elle peut aussi donner mandat à l'entreprise de vendre la marchandise à un tiers, l'entreprise s'engageant à recouvrer le produit de la vente pour le verser à la banque après avoir facturé la marchandise pour le compte celle-ci ; la banque peut encore demander au bénéficiaire du *salam* de livrer la marchandise à un tiers, par exemple dans le cadre d'un second *salam*, déconnecté du premier, qu'elle aura conclu à son profit ;

– si l'entreprise est mandatée par le banquier, elle peut recevoir, en échange, une rémunération calculée selon des modalités diverses (*ex ante* : intégration au montant de l'avance ; *ex post* : part de la marge dégagée lors de la vente).

La couverture du risque de la banque

La banque peut souhaiter se refinancer ou couvrir son risque résultant d'une possible baisse du prix de la marchandise. Elle ne peut pourtant pas céder le bien avant de l'avoir reçu sous peine d'une qualification de *gharar*. Elle met alors en place un *back to back salam* ou *salam* parallèle.

- Le client A vend une marchandise M à la banque et reçoit immédiatement son prix P1 pour une livraison différée.
- La banque vend une marchandise identique M à un client B et reçoit immédiatement son prix P2 pour une livraison differée.
- À l'échéance le client A livre la banque qui livre le client B puisque les deux marchandises sont identiques.

P2 – P1 constitue le profit éventuel de la banque. Si P1 = P2, la couverture est parfaite.

Une autre technique peut être utilisée : un tiers (T), dont, par exemple, le client A de la banque est un fournisseur, peut promettre à A d'acheter une marchandise du même type à un prix défini P2 pour une livraison le même jour que celui qui est prévu pour la banque pour le prix P1. Dans ce cas, la promesse de T à A est transférée à la banque qui livre T le jour dit et la banque couvre son risque par l'intermédiaire de la différence de prix P2 – P1 qui lui permet de réaliser un profit (si P2 > P1).

- *L'aspect juridique du salam*

Le bien faisant l'objet d'un contrat *salam* peut être un produit industriel ou agricole ou encore un service, mais pas une monnaie ou un produit alimentaire.

Il sert de garantie pour la banque en matérialisant la contrepartie de l'argent que celle-ci a fourni à l'entrepreneur.

Comme dans les autres contrats, le bien qui fait l'objet du *salam* doit être déterminé dès l'origine avec précision pour éviter les contestations ultérieures, d'autant que ce bien n'existe pas encore. De même, le bien pouvant se détériorer avant sa livraison définitive, la banque souhaite avoir l'assurance que l'engagement de l'entreprise puisse être honoré même si la livraison peut être échelonnée. Le cas échéant, un bien identique mais d'une autre provenance peut être livré.

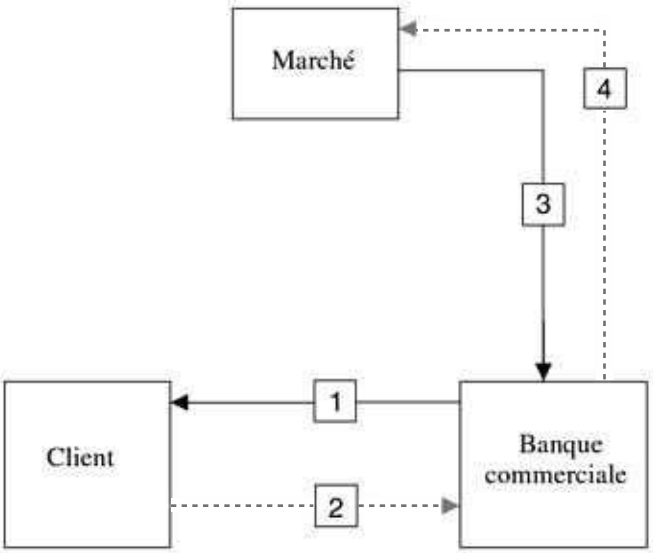
Une condition essentielle de validité est que le prix du bien soit réglé à l'entreprise dès la conclusion du contrat, lequel doit mentionner expressément, dès l'origine, les caractéristiques de la marchandise : nature, qualité, quantité, valeur… ainsi que le délai et le lieu de livraison. Si la banque et son client sont d'accord pour un paiement échelonné, les dispositions y afférentes ne peuvent figurer dans le contrat de *salam* mais dans un contrat spécifique pour chaque échéance.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Pour couvrir son risque, la banque peut utiliser diverses techniques comme on l'a vu au paragraphe précédent : prendre des garanties ; conclure une vente *salam* indépendante de la première tout en sachant qu'elle ne peut céder la marchandise avant de l'avoir reçue.

Plus précisément, pour réaliser les opérations de couverture que l'on a décrites dans le paragraphe ci-dessus, il ne faut pas que le bien objet du *salam* soit unique, sinon la banque aurait procédé à la revente de marchandises avant d'avoir été livrée. Pour éviter le *gharar*, il est donc préférable que les biens en question soient librement négociables sur le marché, ce qui est le cas des biens fongibles, mais pas d'un bien déterminé (immeuble…).

La figure 3.4 représente une opération de *salam* simple.



NB : les mouvements monétaires sont en trait continu noir.

1. Le client vend des marchandises au banquier pour une livraison ultérieure mais il en encaisse le prix au comptant.

2. Le client livre à l'échéance convenue.

3. La banque cède la marchandise sur le marché, l'écart de prix constituant sa marge (positive ou négative).

4. La banque livre la marchandise à sa contrepartie du marché.

Figure 3.4 – Salam

➤ **Ijara : (location)**

• *Problématique financière*

Les dépenses engagées par une entreprise en matière d'investissement peuvent être lourdes et un financement progressif sous la forme d'un achat avec paiement d'échéances peut être la seule manière de satisfaire les besoins d'équipement de l'agent économique.

Par ailleurs, pour des raisons diverses, notamment du fait du coût de certains biens ou équipements, les entreprises peuvent réaliser des opérations qui ne sont ni des achats ni des ventes mais des locations : elles ne sont pas intéressées par la propriété de l'équipement considéré mais par l'usage qui peut en être fait et donc par le profit que l'on peut retirer de cet usage. L'utilisateur ne détient pas l'équipement mais l'exploite pour la durée de la mise à disposition de celui-ci, durée en général assez longue. Le profit apparaît donc indépendant de la valeur du bien concerné, qui peut être immobilier ou mobilier.

L'opération peut être une location simple, le bien revenant à son détenteur à l'échéance, ou comporter une option d'achat que l'utilisateur peut exercer. Le financement sous forme de crédit-bail (leasing) répond à cette préoccupation : les charges annuelles se limitent au paiement d'un loyer qui comprend l'amortissement du crédit et l'utilisation du bien. L'objet du crédit-bail est ainsi à la disposition de l'entreprise sans qu'elle en ait la propriété. Celle-ci, titulaire d'une option d'achat, peut décider du moment d'exercer (ou non) cette option.

Dans la finance islamique, ce type de produit prend le nom d'*ijara*.

L'*ijara* est un contrat de location d'un bien comprenant une possibilité de transfert de la propriété de ce bien au profit du locataire.

Il fait donc intervenir trois acteurs : un fournisseur de biens, la banque (*ajir* ou *mujir)* qui achète l'équipement et devient bailleur en le louant, pour une période déterminée, à son client (*mustajir)* lequel devient locataire (ou preneur) et paye un loyer (*ujrat*). Le loyer couvre le prix du bien et une rémunération convenable du banquier. Il est susceptible de changer si les conditions économiques varient. On remarque que, comme dans le contrat de *murabaha*, la banque intervient à la demande de son client et ne devient propriétaire du bien que pour le mettre à la disposition de celui-ci.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Au terme du contrat de location, quatre options sont possibles :

– le client restitue le bien (location simple) ;

– le client a le choix d'acquérir ou de restituer le bien (option d'achat dans le contrat de crédit-bail) ;

– le client est contraint d'acquérir le bien (contrat de location-vente) ;

– le client proroge la location en renouvelant le contrat.

Si le client ne lève pas l'option, la banque peut se retrouver avec un bien inutilisable en stock. Si la durée de location du bien correspond à sa durée de vie économique, la valeur résiduelle en est faible et la banque peut faire cadeau de l'équipement à l'entreprise selon un contrat séparé. Si, au contraire, la valeur résiduelle est élevée et que la banque ne désire pas faire un don, elle peut essayer de vendre l'équipement, de conclure un nouveau contrat de location, ce qui est difficile si le bien est spécifique à une activité, ou encore espérer que le client lève l'option d'achat si elle a été prévue à l'origine.

L'*ijara* couvre ces diverses possibilités : on présentera successivement l'*ijara* classique, l'*ijara* avec agent, l'*ijara* avec option d'achat, l'*ijara lease back*, l'*ijara* combiné, et enfin l'*ijara* avec SPV.

*L'*ijara *classique (location simple)*

L'*ijara* classique est la location simple d'un bien, notamment d'un équipement.

On peut en résumer la démarche de la manière suivante :

– le client se met en relation avec le vendeur du bien et rassemble toutes les informations nécessaires ;

– le client prend contact avec la banque et lui propose de mettre sur pied un contrat d'*ijara* en lui promettant de prendre le bien en location une fois que la banque aura acquis celui-ci ;

– la banque paie le prix du bien au vendeur contre transfert de propriété ;

– la banque loue le bien au client en lui transférant le droit d'usage ;

– le client paie les loyers sur la période de location ;

– le bien revient à la banque *in fine*.

*L'*ijara *avec agent (location simple avec agent)*

Comme dans le cas du *murabaha*, la banque peut préférer que le client agisse comme agent pour son compte. Un contrat d'agent, entièrement différent du contrat de location, est alors établi qui se superpose au contrat d'*ijara*. C'est alors le client qui choisit le bien au nom de la banque. Il informe celle-ci par écrit des détails de la transaction, dont le nom du vendeur et le prix d'achat du bien ; le vendeur livre le bien au client (l'agent) sous le contrôle de la banque. Après paiement du bien par cette dernière, le contrat d'agent prend fin et le contrat de location se met en place conformément aux promesses initiales.

Dans les deux cas que l'on vient de voir, la banque récupère à l'échéance du contrat le bien loué, ce qui peut lui poser des problèmes aussi bien matériels que financier.

Il est des cas où le client est susceptible de conserver le bien en question.

*L'*ijara *avec option d'achat (*ijara wa iqtina*)*

Le contrat d'*ijara* est aussi une technique de financement de bien d'exploitation : la location présentée dans les paragraphes ci-dessous peut se transformer en vente si une option d'achat a été prévue à l'origine : c'est l'*ijara wa iqtina* conclue par le banquier avec son client. Le client peut ou non lever l'option et la banque doit se conformer à la décision de celui-ci. L'acquisition doit se faire à un prix prédéterminé par l'intermédiaire d'un contrat séparé dénommé *al ijara-thumman al bai* (AITAB).

Dans ce cas, dans les deux démarches décrites précédemment, la dernière étape est remplacée par : la banque transfère la propriété du bien par l'intermédiaire d'un contrat de vente ou de don.

*L'*ijara lease-back

Ce montage sert essentiellement au client à se procurer de la trésorerie immédiatement et pour un montant égal à la valeur du bien considéré : le client vend un de ses biens à la banque et le loue à celle-ci dans le cadre d'un contrat d'*ijara*. Même s'il appartient désormais à la banque, le bien reste à la disposition du client qui paie un loyer à la banque propriétaire pendant la durée du contrat. À l'échéance, le client ne récupère le bien que s'il s'agissait d'une location-vente.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

*L'*ijara *combiné*

Il est possible de combiner l'*ijara* avec d'autres formes de financement déjà présentées. C'est le cas, en particulier, avec le *mudaraba* et le *musharaka*, pour des montages assez répandus en matière d'achat de bien immobilier.

Dans cette formule, le client et la banque constituent un partenariat : chacun apporte une part du capital, la banque gère le partenariat qui acquiert le bien et s'engage dans un contrat d'*ijara* avec le client. Celui-ci paie un loyer régulièrement, remboursant ainsi progressivement la part du capital engagée par la banque, jusqu'à ce qu'il devienne pleinement propriétaire du bien.

*L'*ijara *avec véhicule financier spécifique (SPV)*

Il peut arriver que le montant demandé par le client excède les capacités d'une banque seule lorsque le bien à financer est d'envergure : usine, infrastructures… On peut alors mettre sur pied une co-*ijara*. Un véhicule financier spécifique (*special purpose vehicle* ou SPV) est créé pour acquérir le bien. La banque devient chef de file du financement qui peut prendre la forme d'un capital, par l'intermédiaire d'un *musharaka* ou d'un *mudaraba*, auquel on peut adjoindre un prêt, par l'intermédiaire d'un *murabaha* ou d'un second *ijara* avec l'autorisation du premier crédit bailleur, les deux loyers des deux *ijara*, cessibles à un tiers, pouvant être différents.

La rémunération perçue par le SPV, loueur du bien, est répartie, après perception par le chef de file de sa commission de direction, entre les crédit-bailleurs et les investisseurs en proportion de leur participation. *In fine*, la banque perçoit sa part dans la valeur résiduelle et transfère aux autres parties ce qui leur revient, la forme précise de la transaction étant différente selon le type de contrat initial qui a été mis en place.

• *L'aspect juridique de l'ijara*

On examinera les conditions générales de l'*ijara* puis les deux formes juridiques relatives, d'une part, à la location simple et, d'autre part, à la location avec option d'achat.

Les conditions générales

La nature du bien financé par l'*ijara* est encadrée : ce ne peut être ni de l'argent ni des biens de consommation sous peine de voir l'opération requalifiée en prêt et tomber sous la réglementation du *riba*.

Il est, par ailleurs, important de justifier la rémunération de la banque par une part de risque. En l'occurrence, la banque porte le risque du propriétaire du bien ainsi que les engagements qui s'y attachent quand le client n'est responsable que de l'usage de ce bien. Ainsi, toute perte ou détérioration du bien est, sauf faute caractérisée du client, supportée par la banque ; en revanche, contrairement aux cas de crédit-bail de la finance conventionnelle, le client n'est pas tenu de régler les échéances restantes si le bien est devenu inutilisable. Toutefois, la banque peut prévoir, en accord avec le client, une responsabilité de ce dernier ; elle peut aussi avoir recours à une assurance (*takaful*[1]), souscrite à son propre nom, dont la prime sera ajoutée au loyer, pour peu qu'il s'agisse d'un partage de risque avec l'assureur et non d'un transfert de risque à ce dernier.

Par ailleurs, un engagement portant sur un *ijara* futur est possible ; en revanche, il n'est possible en aucune manière que la banque touche de l'argent avant la livraison du bien au client.

En ce qui concerne le loyer, il doit être fixé au départ du contrat. Néanmoins, il est possible de découper la durée du contrat en périodes à l'issue desquelles le montant du loyer pourra varier, pour peu que ce mécanisme soit adopté au démarrage du contrat et que le montant des différents loyers soit ainsi connu dès le départ.

Le contrat doit se poursuivre jusqu'à l'échéance sauf si le client contrevient à une clause de la convention, auquel cas la banque peut prononcer la déchéance du terme.

Il peut aussi exister une option de confirmation ou de rupture du contrat après une certaine période dans le cadre du système du *al-khiyar*[2]. Si le contrat est rompu, le bien doit revenir à la banque et les loyers ne seront plus dus. En revanche, une compensation peut être demandée par le banquier si un dommage a été causé au bien du fait d'une mauvaise utilisation par le client.

1. *Cf. infra* chap. 6.
2. *Cf. supra* chap. 2.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

*La location simple (*operating lease*)*

Le détenteur du bien met ce dernier en location au bénéfice d'un tiers qui, incidemment, peut être le vendeur dudit bien (*lease-back*).

Il est essentiel que la période de location soit fixée sans ambiguïté. De même, la durée de la location et les modalités de paiement (montant du loyer payé d'avance, à terme, par tranches…, périodicité, délais de paiement) doivent être fixées lors de la conclusion du contrat, même s'il est aussi possible d'en prévoir une révision.

Quant au bien, qui ne peut être un bien consommable ou périssable, il doit être décrit avec précision dans le contrat et il doit pouvoir faire l'objet d'une mise à disposition, avec les accessoires nécessaires, dès le départ de la location. C'est en particulier le cas lorsque le bien est en indivision. Il doit être remis en parfait état au locataire sous peine d'offrir à celui-ci la possibilité de résiliation du contrat. Parallèlement, le locataire doit utiliser la chose conformément à la vocation de celle-ci et aux termes du contrat en la matière. En particulier, l'activité exercée avec le bien loué doit être licite, avec le tempérament que seul l'essentiel de l'activité doit avoir cette caractéristique.

Le loyer n'est pas dû à partir de la signature du contrat mais à compter de la livraison de l'équipement, qui peut être différée. Il peut progresser avec la rentabilité du bien loué pour peu que la méthode de calcul du loyer soit dépourvue d'ambiguïté. D'ailleurs, les caractéristiques du contrat (durée, loyer…) peuvent être revues périodiquement.

L'entretien courant du bien, quand les travaux nécessaires sont prévisibles dès l'origine, est pris en charge par le locataire. En revanche, si un imprévu apparaît, il sera à la charge du propriétaire, que les travaux soient effectués par ce dernier ou par le locataire avec l'accord de celui-ci. En cas de détérioration du bien indépendamment de la faute du locataire, le coût de réfection incombe aussi au propriétaire.

Enfin, le bien sera restitué dès l'échéance du contrat.

Le contrat de location est souple. En effet, le locataire peut effectuer une sous-location à condition que l'usage du bien ne soit pas modifié : il s'agit d'une location parallèle. D'autre part, le propriétaire du bien peut céder celui-ci à un tiers à condition, sous peine de nullité, que ce dernier soit pleinement informé de l'existence du contrat d'*ijara* : la location continue avec le nouveau propriétaire. En revanche, il n'est pas possible de rompre unilatéralement le contrat sauf défauts constatés sur

le bien, auquel cas le propriétaire peut offrir en remplacement un autre bien présentant les mêmes caractéristiques. En effet, la chose faisant l'objet du contrat n'est pas nécessairement un objet spécifique : ce peut être aussi un bien générique.

*La location avec option d'achat (*financial lease*) (*ijara wa iqtina*)*

Dans ce montage juridique, la possession du bien est transférée au locataire à l'échéance du contrat. Aux éléments présentés dans le paragraphe précédent concernant la location simple, s'ajoutent quelques dispositions supplémentaires.

Chronologiquement, comme on l'a vu plus haut, la banque acquiert un bien auprès d'un vendeur sur la demande de son client. Le vendeur, après paiement, livre le bien au banquier ou au tiers désigné par la banque, en principe le client qui est chargé de réceptionner le bien et d'en vérifier la conformité.

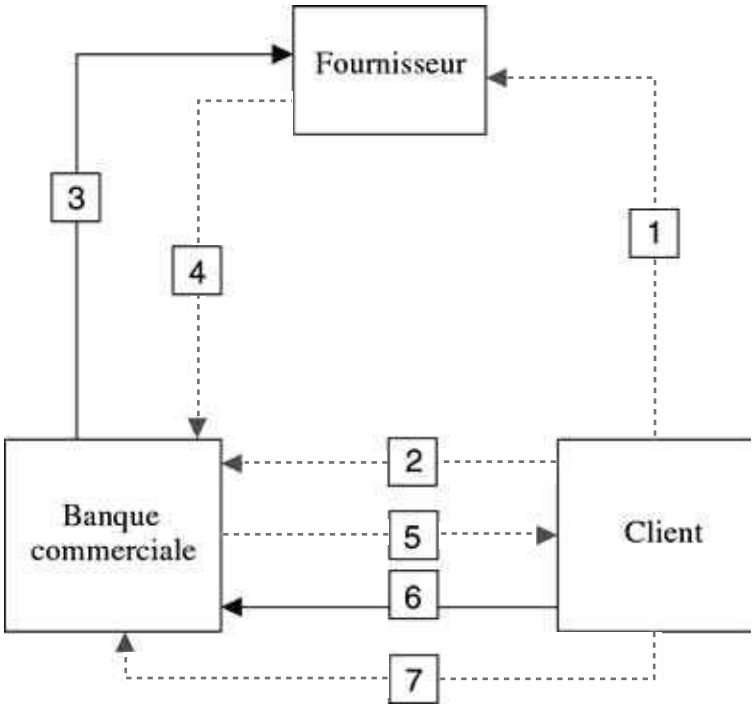
Le contrat de crédit-bail intervient alors, stipulant, notamment, les conditions de prise de possession par le client du bien primitivement loué.

Dans une première formule, le contrat comporte une clause de cession *in fine*, la cession étant matérialisée dans un acte séparé.

Dans une seconde formule, le locataire paie, à l'échéance du contrat, le dernier loyer auquel s'ajoute une soulte permettant le transfert de propriété.

La figure 3.5 représente une opération classique d'*ijara* équivalant à une location simple.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit



NB : les mouvements monétaires sont en trait continu noir.
1. Le client approche un fournisseur pour choisir le bien dont il a besoin.
2. Le client approche la banque pour lui demander de mettre sur pied un contrat d'*ijara*. Il formule une promesse de location du bien à la banque si celle-ci accepte l'opération.
3. La banque acquiert le bien auprès du fournisseur et en règle le montant.
4. Le fournisseur effectue le transfert de propriété en livrant la banque (NB : la banque peut désigner son client comme agent auquel cas, c'est ce dernier qui est livré).
5. Le contrat d'*ijara* se met en place : la banque loue le bien au client et lui transfère le droit d'utilisation du bien.
6. Le client règle les loyers.
7. À l'échéance, le bien revient à la banque.

Figure 3.5 – Ijara

➤ **Istisna : (contrat d'entreprise)**

• *Problématique financière*

Dans un certain nombre de cas, il est indispensable de dissocier le moment du paiement du moment de la fabrication : c'est le cas, par exemple, lorsqu'un marché dure une période significative et que le bénéficiaire du marché ne sera réglé qu'*in fine* ; c'est aussi le cas lorsque le financement anticipé permet à l'entreprise de fabriquer le produit demandé. La terminologie utilisée ici de contrat d'entreprise n'est pas entièrement satisfaisante mais elle permet, là encore, de fixer les idées d'une manière qui ne trahit pas trop le concept d'*istisna*.

Ainsi, on peut faire une transaction sur un bien qui n'existe pas encore au moment de la réalisation de cette transaction : c'est en particulier le cas en matière immobilière lorsque l'on achète un immeuble sur plan. Dans ce cas, la finance conventionnelle utilise souvent la technique de la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA), qui peut s'accompagner d'un étalement des paiements. Il est bien sûr possible d'utiliser cette technique pour le financement d'équipements lourds (avions, bateaux…).

La finance islamique a prévu également une opération particulière appelée *istisna*[1], qui est voisine du VEFA et peut être utilisée dans le cas du financement des infrastructures[2].

La plupart des juristes musulmans considèrent que l'*istisna* est un cas particulier de *salam*. Toutefois, l'école hanéfite y voit un contrat *sui generis*. Il est vrai que l'on y trouve des spécificités : au moment de la conclusion du contrat, la chose peut ne pas encore exister ; le prix du bien peut ne pas être réglé immédiatement ; l'achat concerne ici des produits destinés à subir une transformation, au contraire de la vente *salam* qui ne porte que sur des produits finis ; enfin, c'est sans doute le seul contrat qui porte sur le futur.

1. Toutefois, les écoles de pensée présentées au chapitre précédent divergent sur un point important : pour les unes, le bien doit exister au moment de la vente, même si le vendeur n'en est pas encore propriétaire, certaines autres écoles se contentant d'une existence de la chose au moment de la livraison.
2. C'est le cas, par exemple, des BOT (*Build Operate and Transfer*), sortes de contrats de concessions.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

L'*istisna* permet à la banque de financer des travaux de construction ou d'aménagement d'ouvrages ou encore d'équipements de production ou de transport…

Une partie, le preneur (*mustasnia*), demande donc à une autre, l'entrepreneur (*sania*), d'effectuer un travail de construction ou de fabrication pour son compte. La description de la marchandise, le prix, le délai de livraison et les modalités de paiement doivent être bien spécifiés dès le départ. Des paiements échelonnés accompagnent les diverses étapes de la fabrication de l'objet appelé *masnooa*. À la fin, le manufacturier livre le bien à la banque qui le transfère au client, lequel règle celle-ci selon les modalités convenues. Il s'agit d'une forme d'engagement irrévocable, le paiement pouvant être fait d'avance, différé ou échelonné.

Dans le double *istisna* (*istisna al-tamwili*), la banque intervient comme intermédiaire : dans le cadre d'un premier contrat, elle cède un bien à un client et dans le cadre d'un second, elle passe commande dudit bien à un fabricant, ce qui permet de mettre en œuvre l'équivalent des avances sur marché. À l'échéance, celui-ci livre le bien à la banque ou à la personne que cette dernière a désignée, qui, à son tour, transmet ce bien à l'acheteur final. La différence entre le prix réglé à l'entreprise et le prix versé par le client constitue la rémunération de la banque.

• *L'aspect juridique de l'istisna*

Le contrat *istisna* est une exception importante au principe de l'existence de la chose faisant l'objet de la convention. C'est un contrat irrévocable et synallagmatique qui peut s'apparenter à un contrat d'entreprise, contrat par lequel une des parties s'oblige à exécuter un ouvrage ou à accomplir un travail moyennant une rémunération à la charge de l'autre partie.

Une fois que la convention est signée, le bien à fabriquer appartient à l'acheteur et, en contrepartie, le prix demandé est acquis au fabricant même si le paiement peut être échelonné. Toutefois, l'acheteur final a, lui seul, l'option de ne pas remplir sa part du contrat si le bien n'est pas conforme à ce qui était prévu.

Le contrat *istisna* ne peut être conclu que pour des biens à construire et non pour des produits qui ne requièrent aucune élaboration précise (récoltes…).

Les matériaux servant à fabriquer le bien doivent être fournis par le fabricant sous peine, dans le cas où l'acheteur y pourvoirait, de voir le contrat requalifié en *ijara* (*cf. supra*). L'acheteur peut préciser la nature des matériaux à utiliser et même désigner tel ou tel fabricant pour élaborer le bien. Incidemment, ce point-là n'est pas prévu dans le contrat de *salam*.

Concrètement, un premier contrat est conclu entre l'acheteur final et la banque : la banque s'engage à livrer à une date donnée un bien dont la nature, le prix et les modalités de paiement (comptant ou différé) sont fixés de manière claire et précise.

Dans un second contrat, un entrepreneur s'engage, à la demande de la banque, à fabriquer le bien convenu selon des modalités arrêtées dans le document, de telle sorte que la date de livraison soit cohérente avec celle qui est prévue dans le premier contrat.

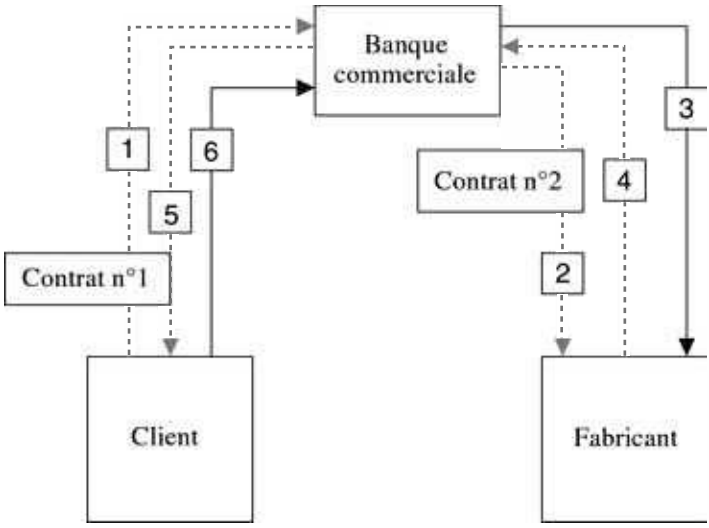
Il n'existe aucun lien juridique entre l'acheteur final et le fabricant. La banque est responsable à l'égard du fabricant, d'une part, et de l'acheteur final, d'autre part, des agissements de chacun.

Comme dans le cas du *salam*, le bien sert de garantie au banquier pour la somme que celui-ci verse à sa contrepartie mais, contrairement au *salam* qui stipule que la chose peut être remplacée par une chose similaire, dans le cas de l'*istisna*, au bien en question ne peut être substitué un autre actif de valeur comparable que s'il a été élaboré selon les spécifications imposées par la contrepartie.

Une telle opération entraîne, bien évidemment, un certain nombre de risques de construction et de non-conformité aux directives. Afin de diminuer ces risques, en dehors du cas de force majeure, des clauses de pénalités peuvent être insérées dans le contrat. La banque peut aussi désigner son client comme son agent afin qu'il supervise la réalisation du travail du manufacturier. En cas de nécessité, la banque peut aussi avoir recours aux services d'un spécialiste indépendant pour effectuer ce contrôle. Quant au risque de défaut, il peut être couvert par les techniques classiques (hypothèque, gage, garantie de tiers…).

La figure 3.6 représente une opération d'*istisna* simple.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit



NB : les mouvements monétaires sont en trait continu noir.
1. Le client approche la banque pour lui demander de fabriquer un bien décrit avec des spécifications précises.
2. La banque approche un fournisseur pour lui demander de fabriquer le produit demandé par son client.
3. Le fabricant construit le bien demandé en recevant des paiements périodiques du banquier selon un échéancier convenu d'avance.
4. Le fabricant effectue le transfert de propriété en livrant la banque.
5. La banque livre le bien au client.
6. Le client règle le prix du bien en totalité (ou en plusieurs échéances).

Figure 3.6 – Istisna

Avec ce produit se termine la liste des principaux contrats nommés. On verra (p. 130) un certain nombre d'autres contrats qui résultent de la pratique et dont la sécurité juridique n'est pas aussi assurée.

Il est temps, pour l'instant, de considérer les ressources de la banque dans le cadre de ses relations avec ses déposants.

Les relations avec les déposants

Les relations avec les déposants peuvent prendre la forme de services gratuits, de services payants et d'un partenariat pour l'investissement.

Services gratuits

Les services gratuits visent aussi bien le dépôt que le crédit.

➤ ***Wadiah*** **(compte de dépôt)**

Le compte de dépôt recueille des sommes d'argent déposées dans une banque et conservées gratuitement par celle-ci. Conformément au droit islamique, en contrepartie de l'absence de risque, il n'y a pas de rémunération pour le client. La banque peut utiliser cet argent sous sa propre responsabilité en assumant le risque qui s'ensuit et, bien sûr, en bénéficiant du profit éventuel.

Le compte de dépôt peut-être assorti de services supplémentaires comme les chéquiers, les distributeurs de billets, les cartes bancaires…

Il ne peut jamais être débiteur.

Il s'agit d'un compte garanti (*wadiah yad dhamanah*) que l'on peut aussi analyser comme un prêt gratuit (*qard hasan*) fait par le déposant à la banque.

➤ ***Qard hasan*** **(crédit gratuit)**

Le crédit gratuit s'inscrit surtout dans le rôle social que la banque joue dans la société. La gratuité du prêt (prêt *al-hasan*) est exigée sous peine de voir le contrat frappé de nullité absolue (*batil*). L'objet peut en être des biens fongibles (*al-qard*), comme l'argent, ou non fongibles dans le cadre du prêt à usage (*al-ariyat*). Ce dernier prêt est celui qui présente la plus haute valeur dans la morale islamique car il concrétise une aide au prochain.

Le mécanisme est simple : un agent économique emprunte une certaine somme d'argent pour une durée déterminée ou non. Le remboursement se fait sans paiement d'aucun intérêt à la date convenue

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

ou sur demande du prêteur. Ce dernier peut exiger un bien en garantie qui est régi par la règle du gage. Il a également le droit de facturer des frais administratifs de gestion du prêt.

Ce mécanisme est utilisé, notamment, pour des financements personnels temporaires, par exemple pour les cartes de crédit (*cf. infra*).

Services payants

Les services payants permettent aux banques d'augmenter leurs produits sans pour autant employer des fonds. On n'insistera pas outre mesure sur cette catégorie dans la mesure où elle présente peu de différences avec ce que pratiquent les banques conventionnelles.

Parmi les services payants, on signalera les plus courants comme la lettre de crédit, la lettre de garantie et les services divers.

➤ Lettre de crédit

La lettre de crédit est couramment utilisée dans le commerce. Dans la finance islamique, contrairement à la finance conventionnelle qui peut assortir cet instrument d'un prêt à intérêt, la lettre de crédit utilise le mécanisme de l'agence (*wakala*) dans lequel la banque est l'agent (*wakil*) de son client :

- un client demande à sa banque une lettre de crédit ;
- le client désigne la banque comme étant son agent pour une transaction donnée ;
- la banque réclame à son client un dépôt, constitué sous le régime du compte de dépôt (*wadiah*), pour le montant total de la transaction ;
- la banque établit la lettre de crédit et règle la banque négociatrice de la contrepartie de son client à la transaction ;
- la banque facture son service à son client sous la forme d'une commission (*ujr*) ;
- la banque transfère au client l'actif acheté grâce à la lettre de crédit ;
- le client règle la banque en totalité ou selon un calendrier fixé à l'origine.

➤ Lettre de garantie

La lettre de garantie facilite les transactions d'un client avec une contrepartie qui, ne connaissant pas nécessairement son interlocuteur, peut hésiter à lui accorder sa confiance. En tant que garant, la banque se substitue à son client, si ce dernier est défaillant, vis-à-vis de la contrepartie, la garantie se transformant ainsi en un prêt au client.

Alors qu'une banque conventionnelle perçoit une commission et, éventuellement, un intérêt pour le prêt consenti à son client, la banque islamique recourt au mécanisme du *kafala* selon la démarche suivante :

– la lettre de garantie couvre la réalisation d'un projet de construction, une opération commerciale, le règlement d'une somme d'argent… ;
– la banque réclame à son client un dépôt, constitué sous le régime du compte de dépôt garanti (*wadiah yad dhamanah*) ;
– la banque facture une commission pour son service.

Ce dernier point a pu susciter une controverse dans la mesure où le service du *kafala* doit, en principe, être gratuit, seuls les frais réellement engagés pouvant être remboursés. En effet, dans la mesure où la mise en place d'un prêt doit se faire à prix coûtant, de même, la mise en place d'une garantie, qui peut se traduire par un prêt si le client est défaillant, doit également se faire à prix coûtant.

Pour autoriser le recours à des commissions, les jurisconsultes ont employé la technique de la *nécessité* (*darura*) qui autorise, dans les cas qui en relèvent, la perception d'une rémunération. Or le commerce international, en particulier, qui met en relation des acheteurs et des vendeurs qui ne se connaissent pas et qui implique des délais entre l'envoi des marchandises et leur paiement, justifie à l'évidence la nécessité d'obtenir une lettre de garantie d'un tiers, notamment d'une banque.

➤ Services divers

Comme les banques conventionnelles, les banques islamiques peuvent rendre, contre commission (*ujr*), des services divers sur la base de :

– un contrat d'agent (*wakala*), la banque étant l'agent, (*wakil*) en étant dépositaire de titres, en tenant un service de caisse, en effectuant des transferts, en administrant des biens ;

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

– un contrat de confiance (*amanah*) ou de location (*ijara*) en louant des coffres ;
– le transfert comptable (*hawala*[1]) permet au débiteur de transférer à un tiers qui est lui-même son débiteur, la charge de régler la dette dans les mains de son créancier. Ce système permet de faire des transferts internationaux et connaît un certain succès[2].

Le partenariat pour l'investissement

Les clients désireux de voir leur épargne fructifier peuvent confier à la banque islamique des fonds que cette dernière placera dans des activités susceptibles de générer des profits.

À cet effet, les banques ouvrent à leurs clients des comptes d'épargne et des comptes d'investissement.

➤ Compte d'épargne

Le compte d'épargne se base sur des contrats déjà existants auxquels il ajoute un certain nombre de spécifications.

Ce compte d'épargne, basé sur le modèle du compte-courant (*wadiah*), est répandu dans les pays du sud est asiatique. Le principal en est garanti (*wadiah yad dhamanah*) et le client peut retirer ses fonds de manière discrétionnaire, ce qui lui permet d'utiliser ce compte comme support pour ses opérations avec les cartes bancaires ou les distributeurs de billets.

Ce compte procure un revenu modeste constitué d'une rémunération versée par la banque. Le montant en est discrétionnaire et il est considéré comme un cadeau, non contractuel, de la banque à son client. En général, un minimum de dépôt est requis pour qu'une rémunération soit versée.

1. Le terme *hawala*, que certains rapprochent du terme cambiaire aval, est sans doute un terme hindi qui signifie confiance. Il recouvre aussi bien lettre de change que billet à ordre, traite ou chèque, tous instruments du droit cambiaire.
2. Des organismes comme Western Union rendent ce type de service, notamment en Afrique, dans un cadre bancaire conventionnel.

Dans les clauses de ce genre de contrat, on trouve généralement des stipulations qui permettent au déposant de s'assurer que les fonds seront employés conformément à ses opinions. Le banquier, en échange, peut utiliser le montant des dépôts autant qu'il le souhaite et en conserver les revenus directs ou dérivés.

En résumé, la banque demande l'autorisation à son client d'utiliser les fonds déposés tout en lui fournissant les mêmes facilités que pour un compte-courant normal.

➤ Compte participatif

Il s'agit là du dépôt typique de la finance islamique puisque le déposant participe financièrement aux résultats du placement choisi par le banquier. Ce compte est basé sur le concept de *mudaraba* exposé plus haut, le *mudarib* étant la banque, le déposant le *rabb al-maal*. Il s'agit donc d'un dépôt risqué puisque les pertes éventuelles y sont imputées.

Il se présente sous plusieurs formes.

- *Compte participatif général*

Avec ce compte participatif, les fonds s'investissent dans différents projets de maturités successives, initiés par la banque de manière continue. Les profits sont calculés et distribués lors d'arrêtés comptables qui peuvent être trimestriels, semestriels ou annuels.

- *Compte participatif spécial*

Le compte participatif spécial diffère du compte participatif général dans le sens où le déposant doit effectuer un dépôt minimum et où la nature et le mode d'investissement, comme la répartition des résultats, peuvent être établis de manière personnalisée.

- *Dépôts à terme ou à vue*

Comme leur nom l'indique, ces dépôts peuvent être faits pour une période fixée ou à vue mais avec un délai de prévenance. Les résultats sont calculés et distribués à l'issue des arrêtés comptables.

En définitive, la banque islamique offre des services comparables à ceux que l'on peut trouver dans la banque conventionnelle sans modification fondamentale de l'économie des produits en question.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Toutefois, il est essentiel de prévenir tout type de relation créditeur-débiteur entre le banquier et le client. Si cette précaution est prise, tout risque de *riba* est, en principe, écarté et la banque peut percevoir, sous la forme d'une somme fixe, une rémunération assise aussi bien sur l'importance du service rendu que sur le bénéfice qu'en retire son client.

Autres techniques bancaires

Le droit islamique des affaires comprend des contrats nommés parce qu'ils sont, de longue date, reconnus par les jurisconsultes des différentes écoles de pensée.

Toutefois, à côté de ces conventions, il existe d'autres types de contrats que l'on va brièvement évoquer ici.

La première famille concerne les contrats nationaux qui sont proposés dans les États islamiques.

La seconde est une série de contrats innommés mais assez largement utilisés.

Les contrats des États islamiques

On citera tout particulièrement les contrats du Pakistan et les contrats d'Iran.

➤ Les contrats pakistanais

La banque centrale du Pakistan a établi une liste de douze types de contrats accessibles aux banques.

Ils se divisent en trois groupes : les contrats relatifs au commerce ; les contrats relatifs à l'investissement ; les contrats relatifs aux prêts.

La plupart de ces contrats ont déjà été étudiés dans les pages qui précèdent, d'autres n'en sont souvent que des variantes.

On citera, à titre d'illustration, quelques exemples dans le domaine commercial, dans le domaine de l'investissement et dans le domaine des prêts.

• *Le domaine commercial*

En matière commerciale, les banques pakistanaises ont largement recours, à la technique de la vente au comptant suivie d'un rachat avec paiement différé. Il faut être très attentif à la rédaction des contrats en question de nature à éviter le risque de *riba*.

Des six contrats de l'espèce, on mentionnera le financement du développement et l'achat de traites commerciales :

– le financement du développement : un client qui veut développer une activité cède un bien à la banque contre un paiement comptant. Un contrat de revente est négocié concurremment qui permet au client de racheter son bien avec un paiement différé. Le financement au comptant permet de couvrir les frais de développement. En cas de paiement accéléré, la banque consent une remise ;
– l'achat de traites commerciales : si l'achat des traites internes au Pakistan est traité à l'aide du contrat de *murabaha*, les traites internationales, tirées dans le cadre de lettres de crédit irrévocables, comportent un différentiel de change qui sert de rémunération à la banque.

• *Le domaine de l'investissement*

On mentionnera ici l'achat d'actions et l'achat de certificats de *mudaraba* :

– *l'achat d'actions :* les banques sont autorisées à acquérir des actions de sociétés, ce qui leur permet aussi bien d'influer sur leur ratio de créances que de réduire l'économie de dette dans le pays ;
– *l'achat de certificats de mudaraba :* les certificats de *mudaraba* sont émis par les sociétés constituées de la sorte et qui procurent un tel certificat aux apporteurs de fonds (*rabb al-maal*). La banque peut aussi lever des fonds en adoptant ce statut.

La banque peut également acquérir des certificats négociables représentatifs d'actifs de l'entreprise garantis par ces actifs.

• *Le domaine des prêts*

On relève dans ce domaine quelques particularités en ce qui concerne la rémunération et le *qard hasan* :

– *rémunération des prêts :* les prêts peuvent faire l'objet d'une rémunération calculée selon une formule arithmétique : cent fois les dépen-

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

ses administratives totales de l'année divisées par l'encours annuel moyen d'actifs ;

– *le prêt gratuit (qard hasan) :* le *qard hasan* est très rigoureux au Pakistan : pas de frais perçus à cette occasion ; seuls les sièges de banques ont le droit d'en mettre en place ; l'emprunteur rembourse s'il en est capable et quand il peut le faire.

➤ **Les contrats iraniens**

La loi bancaire iranienne de 1983 prévoit dix contrats islamiques. Parmi ceux-ci, on peut signaler :

– la transaction *salaf*, qui consiste, pour une banque, à financer le besoin en fonds de roulement de l'entreprise en achetant d'avance une partie de la production de celle-ci au moyen d'un paiement comptant. La banque ne peut revendre les marchandises ainsi acquises qu'une fois qu'elle les détient ;

– la vente à échéance, qui permet à la banque d'acheter des matériaux et des outils pour les revendre à l'entreprise qui paie à tempérament, ce qui permet de financer le fonctionnement de l'entreprise ;

– le contrat de *jo'alah*, aux termes duquel la banque peut faire rémunérer ses services ou, au contraire, payer pour l'achat de services à des tiers.

Les contrats innommés

On rencontre, en second lieu, des conventions que la sophistication croissante de la vie économique a conduit à mettre sur pied. On les appelle *contrats innommés* car ils résultent de l'ingénierie financière. Ils ne présentent pas la même solidité juridique que les autres du fait qu'ils ne figurent pas dans la *charia* et en raison de leur faible ancienneté.

Ces produits demeurent controversés au regard des principes du droit islamique car certains juristes les soupçonnent d'introduire le *riba* subrepticement. Quelques-uns sont acceptés dans la forme mais pas sur le fond. Ils sont souvent considérés par la doctrine comme des stratagèmes (*hiyal*) (*cf.* chap. 8).

On en citera ici cinq qui concernent la banque commerciale : le rachat, l'affacturage, la vente tripartite, le courant d'affaires avant de terminer par l'ingénierie des cartes bancaires. Les autres seront présentés dans le chapitre suivant, car ils intéressent la banque d'affaires.

➤ *Bai al-einah* (rachat)

Cette technique est utilisée notamment dans le Sud-Est asiatique. Elle consiste à mettre en place un *murabaha* où l'acheteur et le vendeur sont la même personne : la banque achète un bien à son client au comptant et le lui revend à un prix supérieur avec paiement différé.

Une forme plus simple consiste en un emprunt fait par le client qu'il rembourse avec un montant supérieur.

La plupart des juristes des pays du golfe Persique considèrent ces deux transactions comme entachées de *riba*.

En effet, dans le premier cas, on observe une simple création de dette : il n'y a pas vraiment de vente s'il n'y a pas de mouvement de marchandise entre le client et la banque. Cela peut être encore plus net si le prix de la transaction est indépendant du prix de marché du bien en question pour correspondre simplement à la somme recherchée par le client. La technique peut aussi bien se transformer en crédit revolving avec composition des intérêts. Il n'y a plus guère de différence avec un prêt classique.

Cette contrainte ne joue plus avec le contrat d'*ijara* dans la mesure où le loueur demeure propriétaire du bien : le client vend un bien à la banque puis le loue (*sale and lease-back*).

Certaines banques utilisent un bien immobilier (terrain) comme support à ces transactions. Pour la régularité des opérations, il faut alors qu'il y ait cantonnement pour chaque client et que les différents droits de cession soient réglés.

➤ *Bai al-dayn* (affacturage)

La traite et le billet à ordre matérialisent la dette de l'acheteur et peuvent faire l'objet d'un marché ou être conservés par le vendeur. L'escompte de ces titres comprend le paiement de la banque pour le

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

crédit accordé à son client. Cette pratique n'est pas acceptée par tous les juristes dans la mesure où la vente de dette (*bai al-dayn*) comme le transfert de dette (*shahada al-dayn*) doivent être réalisés à la valeur nominale sous peine de *riba*. Toutefois, certaines banques outrepassent cette interdiction et traitent les dettes comme n'importe quel autre actif.

Dans le cas de l'affacturage, la banque (*factor*) reçoit de l'entreprise cliente une masse de factures avec la mission de recouvrer les créances. Le banquier fournit un financement à l'entreprise à cette occasion. Si le banquier factor perçoit une commission pour sa tâche de recouvrement, l'opération est licite ; elle ne l'est pas si un intérêt est perçu.

➤ *Tawarruq* (vente tripartite)

Le *tawarruq* est une opération qui correspond à un *murabaha* inversé que l'on peut représenter par un schéma déjà complexe et qui nécessite des conditions juridiques précises.

- *La technique du* tawarruq

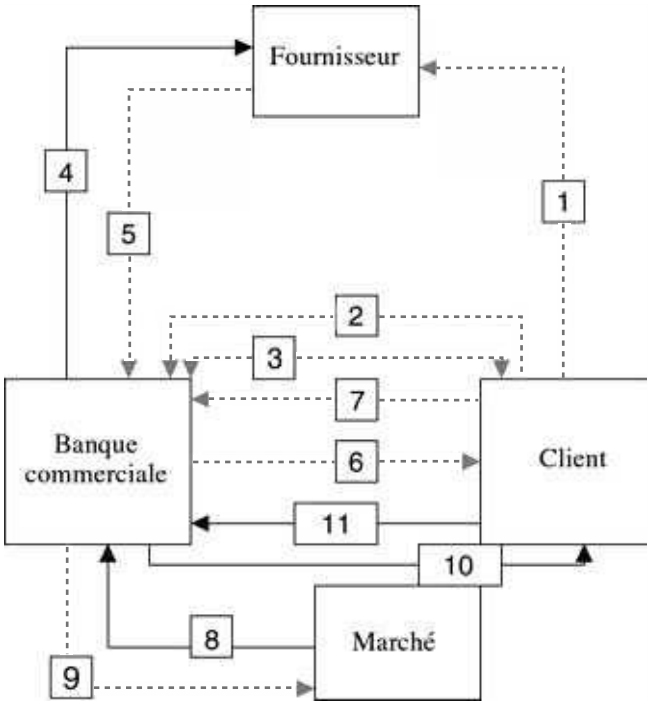
Le *tawarruq* est un mode de financement souvent considéré comme un stratagème licite (*hiyal*). Il est, pour autant, généralement autorisé par les jurisconsultes sous certaines conditions seulement.

Le montage comprend deux transactions séparées, l'une d'achat et l'autre de vente.

Un demandeur de capitaux acquiert une marchandise auprès d'un vendeur avec un paiement différé et cède immédiatement le bien sur le marché afin d'obtenir des liquidités. Cette opération est considérée, par certains, comme un stratagème dans la mesure où, en aucun cas, l'acheteur n'a eu l'intention, au départ, d'acheter ou de vendre le bien, son propos étant seulement de se procurer des liquidités.

La marchandise doit être un bien librement négociable sur le marché comme le platine ou le cuivre. Ce ne peut être l'or ou l'argent que le droit islamique considère comme des monnaies.

Le schéma de l'opération est présenté dans la figure 3.7.



NB : les mouvements monétaires sont en trait continu noir.

1. Le client approche un fournisseur pour choisir le bien qu'il désire acquérir.
2. Le client approche la banque pour lui demander de mettre sur pied un *tawarruq*.
3. En cas d'acceptation de l'opération, une promesse d'achat/vente est établie entre la banque et son client.
4. La banque acquiert le bien auprès du fournisseur et en règle le montant P1.
5. Le fournisseur effectue le transfert de propriété en livrant la banque.
6. La banque vend le bien au client à un prix supérieur P2 au prix au comptant P1 et transfère le bien et la propriété de celui-ci à son client.
7. Le client désigne la banque comme son agent pour céder le bien.
8. La banque cède le bien sur le marché au comptant au prix P3 qui peut être différent de P1 selon les conditions de marché
9. La banque livre le bien en question.
10. Le client reçoit le montant P3 qui correspond à son besoin de financement.
11. Le client règle le prix du bien à une échéance ultérieure (ou en plusieurs échéances)

Figure 3.7 – Tawarruq

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

• *Conditions juridiques*

Les jurisconsultes autorisent le *tawarruq* dans la mesure où il permet de satisfaire un besoin réel qu'est le financement en liquidités. Il s'agit de s'assurer que l'opération ne peut être entachée de *riba*.

Pour cette raison, il est indispensable que certaines conditions soient remplies :

1. Il doit s'écouler un certain laps de temps entre :

– l'achat de la marchandise par la banque et sa revente au client, conformément aux règles du *murabaha* ;

– l'achat de la marchandise par le client et la revente de celle-ci sur le marché.

L'existence de ces laps de temps est essentielle pour exposer les contractants à un risque de contrepartie et le client à un risque de prix : ainsi sera écartée la qualification de *riba* puisque la rémunération obtenue sera justifiée par le risque encouru.

2. Les trois parties (vendeur de la marchandise, client, acquéreur sur le marché) doivent être réelles et distinctes : l'acquéreur du bien sur le marché doit être effectivement un tiers ; sinon, il s'agit d'un rachat sans portée économique ;

3. Les trois parties ne doivent pas être de connivence dans une opération commerciale fictive : en effet, à l'instar de ce qui peut être fait avec le rachat (*bai al-einah*), les trois parties pourraient s'entendre pour que le prix de la marchandise corresponde au besoin de liquidité du client et soit sans rapport avec le prix effectif du marché. Cela pourrait apparaître si les conditions du *tawarruq* correspondaient aux conditions d'un crédit conventionnel.

Si ces précautions sont prises, le *tawarruq* a de bonnes chances d'être considéré comme licite.

➤ *Istijrar* (courant d'affaires)

Il est fréquent qu'un courant d'affaires s'établisse entre deux entreprises. Dans ce cas, le client achète au même fournisseur différentes quantités d'un même produit pendant une certaine période de temps. Certains jurisconsultes estiment que, dans ce cas de figure, une marge de flexibilité en matière de fixation de prix et de modalités de paiement peut s'instaurer. Ainsi, le paiement du prix peut être reporté à une date

future. Le prix lui-même peut être un prix historique ou un prix moyen en vigueur sur le marché.

➤ L'ingénierie des cartes bancaires

L'introduction des cartes bancaires dans les pays où existe la finance islamique a contraint les juristes à mettre en œuvre des techniques d'ingénierie financière.

C'est ainsi que les cartes bancaires peuvent avoir pour support les rachats (*bai al-einah*) ou les ventes tripartites (*tawarruq*), les deux mécanismes étant similaires dans cette application particulière.

- *Cartes bancaires et bai al-einah*

Le montage juridique des cartes bancaires utilise deux conventions.

La première est un *bai al-einah* dont le support est la part d'un bien immobilier appartenant à la banque, vendue au client puis rachetée à ce dernier à un prix inférieur et convenu qui constitue le profit de la banque.

Le montant versé au client est placé sur un compte de dépôt à son nom garanti par la banque (*wadiah yad dhamanah*) et il sert de gage pour les paiements que ce client effectue à l'aide de sa carte bancaire ou pour ses retraits au distributeur automatique.

Le client peut dépasser, sans frais, le solde de son compte de dépôt pour peu que la banque et son client aient conclu un contrat de crédit (*qardhul hasan*). Il devra simplement rembourser l'emprunt en question.

- *Cartes bancaires et tawarruq*

Le mécanisme comprend ici une première étape dans laquelle la banque avance une certaine somme d'argent dans le cadre d'un *tawarruq*.

La banque ouvre ensuite un compte de dépôt garanti pour le client dans le cadre d'un contrat de dépôt (*wadiah yad dhamanah*). Le client peut alors utiliser sa carte pour des achats de biens ou des retraits d'argent comme avec une carte de crédit conventionnelle à la différence près que les liquidités déposées sur le compte garantissent chaque transaction. À la fin de chaque mois, le montant des achats engagés par le client est calculé et le compte est rechargé par un nouveau *tawarruq*.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Conclusion

Avec ces mécanismes se termine l'exposé des principaux contrats que les banques commerciales mettent généralement en place avec leurs clients.

On a vu qu'elles avaient dû faire preuve de créativité pour s'adapter à l'économie monétarisée d'aujourd'hui.

Une évolution du métier bancaire a conduit, ces dernières décennies, à l'apparition d'une activité croissante sur les marchés nationaux ou internationaux. Les banques conventionnelles se sont sensiblement développées dans ce sens depuis environ trente ans. La finance islamique a aussi fait preuve d'initiative dans ce domaine.

C'est l'objet du chapitre 4.

RÉSUMÉ

L'importance du chapitre 2 se manifeste par la place donnée au droit dans les montages de la finance islamique. C'est pour cette raison qu'on en rappellera les points essentiels que sont l'équilibre des contrats, la liberté contractuelle et la sécurité juridique avant de proposer un tableau synthétique des principales opérations indiquant le besoin économique auxquelles elles essaient de répondre.

Les plus importantes de ces opérations sont les financements bancaires, qui tendent vers un partenariat avec les entrepreneurs. En effet, l'islam privilégie le financement en capital où le banquier est partie prenante dans les résultats des projets de l'entreprise (*mudaraba* et *musharaka* essentiellement). Le financement par la dette est néanmoins le plus fréquent (*murabaha*, *ijara*, *istisna*…). À chaque mouvement monétaire doit être, de toute manière, attaché un sous-jacent matériel qui est soit acheté, soit fabriqué. Le financement correspond à la transaction matérielle projetée. Pour chacun des produits bancaires cités (commandite, avance de trésorerie, location-vente…), on détaillera la problématique financière avant d'en présenter le contenu juridique pour terminer par un schéma de l'opération.

Les déposants peuvent aussi être partenaires du banquier pour des investissements dans des entreprises. À côté des services gratuits ou payants et des dépôts garantis existent, en effet, des placements à risque soumis à l'aléa des emplois que la banque en fait.

La quasi-totalité des produits présentés ainsi correspondent à des contrats *nommés*, c'est-à-dire des contrats types du droit islamique.

Il en existe d'autres, qu'ils soient plus particulièrement utilisés dans un pays donné, ou qu'ils aient été imaginés pour faciliter telle ou telle opération de financement, complétant ainsi le tableau des opérations de la banque commerciale.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

CHAPITRE 4

La finance islamique dans les banques d'affaires

Le métier de la banque se divise en deux grandes familles d'activités : la banque commerciale (*commercial banking*) et la banque de financement et d'investissement (*investment banking*) qui comprend, notamment, l'activité de banque de marché. Par mesure de simplification, on nommera cette dernière, par la suite, banque d'affaires.

Le banquier commercial se place généralement entre l'apporteur de fonds et celui qui a besoin de financement : c'est un intermédiaire.

Au contraire, le banquier d'affaires intervient plutôt comme conseiller des entreprises et arrangeur de leurs opérations : il pratique l'ingénierie financière en aidant l'entreprise à lever des fonds qui ne transitent pas nécessairement par lui.

Le métier de banque d'affaires comporte plusieurs types de services, notamment parce que les besoins des entreprises diffèrent selon qu'elles sont ou non cotées et que les fonds levés prennent la forme de titres destinés ou non à être introduits à la bourse.

Les services rendus aux entreprises par les banques d'affaires peuvent être distingués au travers de cette analyse. Ainsi :

– dans l'activité non cotée, on relève le placement privé (*private equity*) qui comprend le capital-risque ;

– dans l'activité cotée, on peut citer, notamment, les opérations d'introduction en bourse pour les actions ou les obligations ainsi que la tenue de marché. Les services sont connus sous différentes appellations techniques : *origination*, *underwriting*, *sales and distribution* et *brokerage*.

La banque peut aussi s'offrir comme arrangeur dans des opérations de financement de projets. Elle peut, enfin, proposer ses compétences à l'entreprise dans le cadre d'opérations de fusions ou d'acquisitions.

Le présent chapitre ambitionne d'indiquer comment la finance islamique réalise les opérations de banque d'affaires dans un cadre conforme au droit islamique.

À cet effet et avant de présenter les opérations de manière plus détaillée, on doit rappeler quelques points communs à l'ensemble des contrats de droit islamique :

– quelle que soit l'activité, il va de soi que les règles générales du droit islamique telles qu'elles ont été exposées au chapitre 2 et rappelées dans le chapitre 3 demeurent valables ;

– par ailleurs, la finance islamique se base sur des créances et des dettes attachées à un sous-jacent réel dont la rentabilité est, en conséquence, celle de l'instrument financier ;

– le principe de l'ingénierie financière islamique est donc d'utiliser des actifs sous-jacents pour créer des instruments synthétiques à partir de contrats nommés comme, par exemple, le *murabaha* et l'*ijara*.

Comme dans les opérations de la banque commerciale, le régime fiscal de ces activités n'est pas toujours simple. La France a clarifié récemment sa position (*cf.* chap. 8) quant aux émissions de *sukuk* présentées page 145.

Ces préalables étant apportés, on distinguera, parmi les activités principales de la banque d'affaires islamique, l'émission de titres, les opérations sur dérivés et, enfin, le financement de projets.

Émission de titres

L'émission de titres est une activité essentielle de la banque d'affaires et elle recouvre, en soi, plusieurs métiers. Après des dispositions générales, on distinguera le placement privé, l'émission publique de titres avant de donner un aperçu de l'activité de services qu'est le *brokerage*.

Dispositions générales

Si l'on suit à la lettre les prescriptions du droit islamique, bien peu d'entreprises se trouvent strictement respectueuses de la *charia*.

En effet, pour ce faire, les entreprises devraient respecter un certain nombre de prescriptions cumulatives très exigeantes. Cela réduit d'autant, pour les fonds islamiques, les possibilités d'acheter des titres de sociétés. Ainsi, à titre d'illustration :

– il n'est pas conforme au droit musulman d'investir dans des entreprises dont l'activité n'est pas licite : alcool, jeu… ;
– les actions de l'entreprise doivent donner droit à la possession de biens réels ;
– l'entreprise ne doit pas emprunter de l'argent en payant un intérêt comme elle ne doit pas placer ses ressources dans des comptes qui paient un intérêt ;
– enfin, l'existence de différents types d'actions conférant des droits distincts à leurs détenteurs est strictement encadrée.

Il apparaît alors que peu d'entreprises peuvent respecter l'intégralité de ces spécifications. Aussi des aménagements doivent-ils être opérés au cas par cas comme on peut le voir dans les pages qui suivant.

L'ingénierie juridique se révèle particulièrement précieuse pour y parvenir. C'est une des tâches notables des banques d'affaires.

La banque d'affaires joue également un rôle bénéfique dans la mesure où elle réduit l'asymétrie d'information qui serait trop forte, en son absence, entre l'entreprise et l'acquéreur potentiel de titres. Elle évite ainsi le risque d'ignorance (*jahl*) et d'incertitude (*gharar*).

Elle s'assure, également, qu'aucune manipulation n'apparaît au moment de la cession des titres : lors d'une vente aux enchères, il peut

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

arriver qu'un participant enchérisse pour faire monter artificiellement le prix du titre. Ceci est appelé *najash* en droit musulman et est, évidemment, prohibé.

Enfin, l'acheteur de titres doit avoir un objectif de placement à terme ou celui de participer à un projet industriel. La spéculation consistant à acquérir des titres avant de les revendre rapidement pour profiter des fluctuations des cours n'est pas considérée comme licite.

Placement privé

Le placement privé se confond ici avec le capital investissement, cette dernière notion devant être distinguée du capital-risque qui se place généralement à un stade plus précoce du développement de l'entreprise.

La procédure d'investissement est, dans la finance islamique, identique à ce qui prévaut en matière conventionnelle. On ne s'y attardera donc pas en rappelant simplement qu'il s'agit d'une démarche comportant les étapes suivantes : rencontre d'une entreprise et d'investisseurs potentiels ; présentation de l'entreprise : *business plan*, comptes, projections… ; due diligences exécutées pour les investisseurs potentiels ; négociation de la valeur de l'entreprise, du tour de table, des conditions d'investissement…

Par contre, la technique de placement présente quelques particularités en droit islamique.

Le placement privé destiné au développement de l'entreprise est l'opération la plus proche de l'idéal de l'investissement islamique tel qu'il a été décrit au chapitre relatif à la banque commerciale, avec les *mudaraba* et *musharaka*, puisqu'il met en avant l'idée de partenariat pour développer des projets créateurs de valeur.

Le modèle classique de capital investissement, en finance islamique, est le *musharaka mutaniqisa* (*decreasing partnership*) qui permet à une banque d'accompagner la croissance de l'entreprise tout en se dégageant progressivement du capital de celle-ci.

Dans une émission de titres aux fins de placement privé, les seuls types d'actions acceptables sont les actions normales ou les actions préférentielles qui donnent droit à des dividendes d'un montant différent des autres. Toutefois, on ne peut privilégier telle catégorie d'actionnaire en cas de vente de titres ou de liquidation de l'entreprise.

En tout état de cause, il n'est pas possible d'avoir recours à quelque instrument lié à la production d'intérêt (*riba*) ou générateur d'incertitude (*gharar*).

Toutefois, rien n'interdit d'utiliser des taux d'intérêt pour le calcul de la valeur de l'entreprise, que ce soit une estimation faite en calculant le *return on asset* ou la comparaison avec un portefeuille de titres similaires.

De même, il est licite d'avoir recours à des accords particuliers pour peu que leurs contenus soient équitables. Il s'agit des clauses classiques de droit de *first refusal on sale*[1] et de *tag-along rights*[2] que l'on peut retrouver sous la forme de *shufa*, sorte de préemption, en droit islamique.

Une fois l'investissement réalisé, l'entrepreneur et le capital investisseur gèrent ensemble l'entreprise, supportant les responsabilités selon les conditions convenues au départ ; les profits sont partagés selon la clé de répartition prévue à l'origine, la part revenant à l'entrepreneur lui permettant de racheter peu à peu la part du capital de l'investisseur, les pertes étant prises en compte à due proportion par les deux partenaires.

Ce *process* peut être répété si plusieurs tours de table doivent être réunis

Émission publique de titres

L'émission publique de titres recouvre deux types d'opérations selon que la levée de fonds permet d'acquérir des actifs, ce que l'on peut appeler préfinancement, ou que celle-ci s'effectue une fois les actifs acquis, ce que l'on peut appeler titrisation.

1. La clause de *first refusal on sale* oblige le propriétaire d'actions qu'il souhaite céder à proposer celles-ci d'abord au détenteur du droit de *first refusal*. En cas de refus de ce dernier, les autres acheteurs ne pourront bénéficier d'un tarif plus bas que celui qui a été annoncé au détenteur du droit de *first refusal*.
2. Aux termes de la clause de *tag-along rights*, si les majoritaires au capital d'une entreprise cèdent leurs droits dans cette dernière, les minoritaires au capital peuvent se joindre à la vente aux mêmes conditions.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

➤ Préfinancement

Le financement en capital existe, en finance islamique, comme on a pu le voir dans le chapitre précédent consacré à la banque commerciale avec le *mudaraba* et le *musharaka*, tout comme le financement par la dette avec, notamment, le *murabaha*, le *salam*, l'*ijira*, l'*istisna*.

Toutefois, la banque commerciale est un intermédiaire entre l'apporteur de fonds et le demandeur de financement car ce dernier, de fait, obtient les ressources requises auprès de la banque. La banque commerciale est alors toujours partie prenante dans le montage financier qui recourt aux produits cités plus haut.

En revanche, la banque d'affaires est un conseilleur en matière de levée de fonds : le prêteur de l'entreprise n'est plus la banque mais le marché. Les mêmes produits peuvent être utilisés mais la structuration du financement est différente car la banque d'affaires n'intervient pas, en général, à l'aide de ses propres ressources.

La technique de financement qui recourt au marché porte le nom générique de *sukuk*. Elle prend la forme d'une émission de titres de capital dont on détaillera le fonctionnement avant d'en présenter les principales déclinaisons avec le *sukuk al-murabaha*, le *sukuk al-ijara*, le *sukuk al-salam* et le *sukuk al-istisna*. On terminera par un exemple de montage complexe, le *sukuk* fiduciaire, avant de proposer quelques remarques.

- *L'émission de titres de capital : muqarada*

Une société peut émettre des titres dans le cadre, en général, d'un contrat de *mudaraba*. Le capital émis est composé de titres appelés *muqarada bonds*, en l'espèce *muqarada sukuk bonds* (MSB). Le contrat (*aqd*) de *muqarada sukuk* est constitué par le prospectus d'émission, le souscripteur étant considéré comme l'offreur de capitaux et l'émetteur comme celui qui les accepte. La convention doit, bien entendu, être conforme aux dispositions du droit islamique : il lui faut, en particulier, fournir toute l'information juridiquement requise et indiquer, notamment, les modalités de partage des résultats. Sa durée couvre celle de l'activité pour laquelle l'émission a été lancée. Les souscripteurs, dont le nom est enregistré par la société émettrice, bénéficient identiquement de tous les droits attachés à la propriété des titres, notamment la possibilité de les céder selon les règles du droit islamique : au prix d'achat si les investissements n'ont pas encore été réalisés ; à un prix de marché dans le cas contraire.

Le gestionnaire (*mudarib*[1]), qui porte la responsabilité du projet, ne peut être rémunéré par une somme forfaitaire. Sa part du résultat est fixée à l'avance dans le contrat d'émission. Enfin, une garantie peut être apportée pour compenser certaines pertes, mais certainement pas le capital ni un revenu déterminé à l'avance. Toutefois, un tiers peut, par contrat séparé, promettre de compenser une perte. Plus que *muqarada sukuk*, ces titres sont communéments appelés *sukuk* pour simplifier. C'est cette dénomimation qui sera utilisée par la suite.

• *Fonctionnement*

Les *sukuk* sont ainsi des titres à moyen terme négociables, acceptés par le droit islamique pour peu qu'une attestation de conformité ait été délivrée par une instance appropriée, comme un Comité de *charia*. Ils sont émis sur l'initiative de gouvernements, d'agences gouvernementales ou d'entreprises depuis que la *Fiqh Academy* de l'Organisation of the Islamic Conference les a validés en 1988. Ils peuvent être utilisés comme instruments de marché pour la finance islamique.

Schématiquement, ce sont des titres émis pour une valeur identique et qui confèrent à leurs détenteurs un droit de propriété indivis sur un actif sous-jacent.

La mécanique en est la suivante.

Sur le conseil de la banque d'affaires, un entrepreneur procède d'abord à la création d'un *special purpose vehicle* (SPV) qui n'est autre, ici, qu'un *SPV-mudaraba*, société spécifique dont la banque d'affaires, ou l'entrepreneur, est le gestionnaire (*mudarib*). La tâche du *SPV-mudaraba* est, d'abord, d'émettre des titres à destination du public et de lever les fonds.

Une fois les fonds levés, le SPV-*mudaraba* réalise, en son nom propre, l'investissement prévu par l'entrepreneur, ce qui se traduit souvent par l'acquisition d'un actif, l'actif sous-jacent de l'opération. On relève que les titres émis par le SPV ont bien comme contrepartie un actif réel. À ce stade, l'entreprise n'est donc pas propriétaire des actifs constitutifs du projet financé par cette technique puisque ceux-ci appartiennent au SPV.

1. Voir *supra* au chapitre 3 la description du contrat de *mudaraba*.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

La rémunération des porteurs dépend de la performance de l'actif sous-jacent : elle peut être nulle en cas de perte de l'activité ; elle est, en général, plafonnée à un taux convenu au départ.

La durée du SPV-*mudaraba* est égale à celle du projet ou de l'entreprise. Le profit retiré du projet est versé, en principe, à l'entrepreneur, après rémunération des porteurs de titres et versement de la commission revenant au gestionnaire. *In fine*, le remboursement du capital peut être partiel si la valeur finale de l'actif est insuffisante, étant entendu que, si, au contraire, cette valeur excède le capital emprunté, le plus souvent, les porteurs ne bénéficient pas d'un bonus.

À l'échéance, les actifs sont transférés à l'entreprise selon des formules différentes correspondant au type de *sukuk* mis sur pied. Il en existe, en effet, différentes sortes : l'Organisation pour la comptabilité et l'audit des institutions de finance islamique (AAOIFI) reconnaît quatorze sortes de *sukuk*, traités par le système malaisien *Scripless Securities Trading System* (SSTS)[1].

C'est la technique sous-jacente (*murabaha*, *ijara*…) utilisée par l'entreprise pour acquérir le bien réel financé par l'émission de *sukuk* qui donne son nom au montage et aux titres émis. On observe que, sur le plan du vocabulaire, l'émission prend le nom de la technique de transfert si celle-ci est connue dès l'origine.

Les pages suivantes décrivent les principaux d'entre eux.

- *Sukuk al-murabaha*

Ce type de montage peut être représenté par un schéma avant de faire l'objet de quelques commentaires.

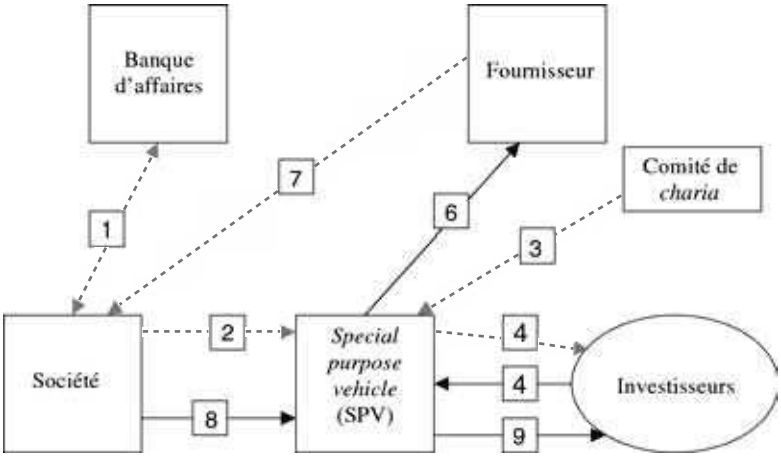
Le montage

Dans cette formule, le transfert des actifs détenus par le SPV créé selon la procédure décrite au paragraphe ci-dessus s'opère par l'intermédiaire d'un contrat de *BBA-murabaha*.

1. Le SSTS est un système géré par le Real Time Gross Settlement/Delivery versus-Payment System de la Bank Negara Malaysia (BNM). Ce système traite des titres gouvernementaux ou *corporate* et opère leur enregistrement, leur compensation et leur règlement au travers du Real-time Electronic Transfer of Funds and Securities (RENTAS), système également malaisien.

La démarche est, plus précisément, la suivante : une société veut acquérir un actif. Elle crée un *SPV-mudaraba* dont elle est agent. Le *SPV-mudaraba* émet des obligations (*sukuk*) qui lui permettent d'acquérir le bien en question. En tant qu'agent, la société prend livraison du bien directement livré par le vendeur. Le mandat d'agent prend fin et un contrat de vente à paiement différé (*BBA-murabaha*) est mis sur pied dans lequel la société acquiert le bien vendu par le *SPV-mudaraba* avec un profit fixé dès le départ. Le prix de vente incluant le profit est versé par la société au *SPV-mudaraba* selon un échéancier arrêté dans le contrat. Les sommes ainsi recueillies peuvent être utilisées par le SPV pour payer les coupons aux investisseurs selon un échéancier prévisible.

La figure 4.1 synthétise l'opération.



NB : les mouvements monétaires sont en trait continu noir.

1. La société se fait conseiller par la banque d'affaires qu'elle a sollicitée.
2. Un SPV *ad hoc* est créé par la société.
3. Le comité de *charia* émet un avis favorable quant à la conformité du SPV et à celle des *sukuk* à émettre.
4. Le SPV émet des obligations (*sukuk*) à destination des investisseurs.
5. Le SPV collecte les fonds auprès des investisseurs.
6. Le SPV verse au fournisseur le montant du bien acheté.
7. La société, agent du SPV, prend livraison du bien.
8. La société acquiert le bien auprès du SPV avec un paiement différé comportant un règlement par échéance.
9. Le SPV répercute ces versements auprès des investisseurs après avoir déduit les commissions revenant au gestionnaire (*mudarib*) et à l'agent (*wakil*).

Figure 4.1 – Sukuk al-murabaha

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Commentaires

Une faiblesse notable du *sukuk al-murabaha* est que le titre créé par le SPV n'est pas négociable sur un marché secondaire. En effet, les porteurs du titre *sukuk* détiennent, par l'intermédiaire du SPV, une dette puisque telle est la nature du *murabaha*. Or l'instrument représentatif de cette dette (*shahada al-dayn*) ne peut être transféré, aux termes du droit islamique, qu'à sa valeur faciale, ce qui limite sa liquidité.

Pourtant, on a pu observer la vente de ce type de dette (*bai al-dayn*) à un prix négocié, notamment en Malaisie, sous l'appellation de *al-murabahah notes issuance facility* (MuNif) et de *al-bai-bithaman ajil* (ABBA), produits démembrés en un zéro coupon représentant le principal et en un coupon pour la rémunération.

Cette innovation ne semble pas acceptée dans la plupart des autres pays qui considèrent que la négociation d'une dette à une valeur différente de la valeur faciale ou avant son terme est génératrice de *riba*.

Les autres formes de *sukuk* peuvent être représentées par une figure identique à la figure 4.1, même si la signification de certaines flèches peut être différente, ainsi qu'on peut l'imaginer d'après les descriptions suivantes.

- Sukuk al-ijara

On décrira là aussi le montage avant d'apporter quelques commentaires.

Le montage

Le *sukuk al-ijara* est bâti sur le même modèle que le *sukuk al-murabaha* : création d'un *SPV-mudaraba* par la société qui souhaite acquérir un actif, émission de titres (appelées quelquefois *ijara bonds*) de la part du *SPV-mudaraba*, qui utilise les fonds ainsi levés pour investir dans une opération d'*ijara* en achetant le bien demandé par l'entreprise initiatrice de l'opération. Le bien est alors donné en location par le *SPV-mudaraba* à la société contre un loyer périodique transféré, ensuite, par le *SPV-mudaraba* aux détenteurs des titres *sukuk al-ijara*.

Les étapes sont identiques à celles qui ont été décrites pour un *murabaha* sauf que le libellé de l'étape 8 est remplacé par : la société reçoit le bien du SPV dans le cadre d'un contrat d'*ijara*.

Commentaires

À l'inverse du *murabaha,* le contrat d'*ijara* ne génère pas de dette. En effet, dans le cas du *murabaha*, la propriété du bien est transférée à l'entreprise et le *SPV-mudaraba* conserve une créance sur celle-ci lorsque le paiement est différé ou effectué par tempéraments. Dans le cas de l'*ijara*, la propriété du bien demeure au *SPV-mudaraba*.

Dans ces conditions, le titre émis par le SPV, le *sukuk al-ijara*, représente un actif réel détenu par l'entreprise et non plus une dette : il peut être valorisé librement sur le marché secondaire et être cédé à un prix négocié. En contrepartie, le détenteur du *sukuk al-ijara* étant partiellement propriétaire de l'actif, il est exposé aux risques inhérents à la propriété de biens et à l'obligation d'entretenir celui-ci de manière à ce que le preneur du bail puisse l'utiliser convenablement.

Cela dit, l'instrument fonctionne, économiquement, comme un produit de dette dans la mesure où les revenus, basés sur les loyers, sont aisément prédictibles, bien que des frais annexes (entretien, assurance…) doivent aussi être pris en compte.

- Sukuk al-salam

Le montage

La technique du *salam* peut être utilisée par le *SPV-mudaraba* dans les conditions décrites pour ce produit au chapitre 3 : les fonds versés par les acheteurs des obligations (*sukuk al-salam*) ont comme contrepartie la livraison future d'un bien ; le versement doit être réalisé en totalité à l'origine ; les biens sous-jacents à la vente doivent être fongibles ou standardisés ; leurs caractéristiques doivent être fixées sans ambiguïté quant à leur qualité, leur quantité, la date et l'endroit de leur livraison.

Un agent peut être désigné pour s'occuper de l'achat et de la livraison des biens. La différence entre le prix d'achat et le prix de vente représente le profit du *SPV-mudaraba* répercuté sur les détenteurs des obliga-

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

tions *sukuk al-salam.* Ce profit est justifié par le risque que le porteur prend du fait de la volatilité du prix des biens sous-jacents.

Comme dans le cas du *salam* classique, le risque de marché peut être couvert si un tiers s'engage unilatéralement à acquérir les biens à un prix déterminé à une date fixée. Les droits résultant de la promesse peuvent être transférés au *SPV-mudaraba* qui réalise la vente.

Commentaire

Une des conditions constitutives de la vente *salam* (*bai-salam*) est que les biens achetés ne puissent être revendus avant l'échéance qui en voit le transfert. Le détenteur du *sukuk al-salam* ne peut donc disposer des biens sous-jacents avant leur livraison.

De ce fait, les titres représentatifs des biens ne peuvent être cédés et l'instrument est peu liquide.

• Sukuk al-istisna

Le montage

Comme son nom l'indique, le *sukuk al-istisna* est basé sur un contrat *istisna* tel qu'il est décrit dans le chapitre 3. Le *SPV-mudaraba* qui émet les *sukuk al-istisna* se charge de faire construire le sous-jacent, tâche qu'il confie à un sous-traitant. La réalisation progressive du bien permet d'établir différentes échéances correspondant à des maturités successives du *sukuk al-istisna* telles que prévues au départ.

Commentaire

Il s'agit là du support d'une dette (*shahadah al-dayn*) dont la valeur totale doit correspondre exactement au montant du prix différé. En conséquence, le droit islamique interdit la cession des certificats représentatifs de cette date à un tiers à un autre prix que leur valeur nominale.

• Sukuk *fiduciaire*

Les montages de finance islamique que l'on rencontre aujourd'hui en France concernent essentiellement des opérations immobilières. Il peut s'agir de schémas complexes comme on va le voir dans le cas ci-dessous à titre d'illustration.

Un groupe d'investisseurs veut placer ses disponibilités dans un immeuble locatif pour une certaine durée dans le cadre d'une opération conforme à la *charia* sans pour autant se charger de la gestion opérationnelle de son bien.

Ce type de montage complexe peut être représenté par un schéma avant de faire l'objet de quelques commentaires.

Le montage

Le groupe d'investisseurs crée d'abord un véhicule spécifique (SPV) qui réalisera l'investissement immobilier. Le SPV se finance grâce à l'émission de *sukuk* souscrit par les investisseurs. Parallèlement, il conclut un contrat d'*ijara* avec une société opérationnelle qui reprendra le bien à l'échéance fixée après avoir versé un loyer pendant une période donnée. Cette société peut louer à son tour l'immeuble pour en percevoir des revenus.

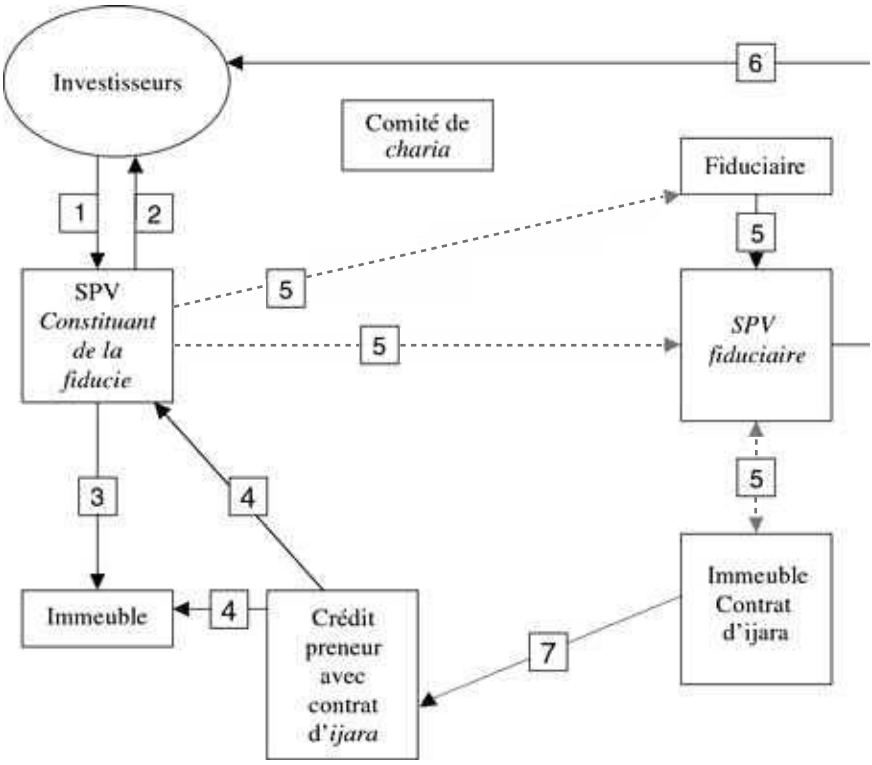
Pour éviter d'avoir à gérer l'opération, un contrat de fiducie[1] est conclu entre la SPV (constituant) et un fiduciaire à qui est transférée l'intégralité du patrimoine du SPV (immeuble, contrat d'*ijara*, contrat de *sukuk*…) qu'il doit gérer au bénéfice des investisseurs. Ce patrimoine transféré est isolé du patrimoine du fiduciaire dans un SPV fiduciaire.

Au terme de l'opération, les investisseurs ont récupéré leur mise initiale ainsi qu'un profit par l'intermédiaire du rendement du *sukuk* assuré par les loyers de l'*ijara*.

La figure 4.2 synthétise l'opération.

1. La fiducie a été introduite en droit français par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 complétée par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009. Elle correspond au *trust* de la *common law*. Le contrat de fiducie fait intervenir un constituant qui transfère une partie de son patrimoine à un fiduciaire à charge pour ce dernier de le gérer au profit d'un bénéficiaire, qui peut être le constituant ou le fiduciaire, ou un tiers. Il bénéficie d'une totale transparence fiscale assurée par un enregistrement au service des impôts dans le mois de sa conclusion.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit



NB : les mouvements monétaires sont en trait continu noir.

L'ensemble du montage est présenté au comité de *charia* et validé par lui.

1. Le groupe d'investisseurs constitue un SPV destiné à acquérir l'immeuble.
2. Une émission de *sukuk* est opérée avec le concours d'une banque d'affaires (non représentée sur le schéma) souscrite par les investisseurs.
3. Le SPV acquiert l'immeuble grâce au produit de l'émission de *sukuk*.
4. Une société opérationnelle gère matériellement l'immeuble et verse un loyer au SPV dans le cadre d'un contrat d'*ijara*.
5. Aux termes d'un contrat de fiducie, le SPV, en tant que constituant, transfère son patrimoine à un SPV fiduciaire géré par un organisme ayant qualité à être fiduciaire (établissement de crédit, entreprise d'investissement, avocat…).
6. Le SPV fiduciaire verse aux investisseurs le revenu du *sukuk* après avoir déduit les commissions revenant au gestionnaire (*mudarib*).
7. À l'échéance, la société opérationnelle reprend l'immeuble ce qui permet de mettre un terme au *sukuk* et de dissoudre les SPV utilisés dans l'opération.

Figure 4.2 – Sukuk fiduciaire

Commentaires

Ce montage présente quelques différences par rapport à un investissement classique dans un bien immobilier.

Ainsi, en cas d'incident, les porteurs des *sukuk* seront indemnisés avant les associés de l'émetteur (SPV), ce qui n'a toutefois de portée que s'il s'agit de personnes différentes, comme en cas de cession des *sukuk*.

La rémunération peut être plafonnée contractuellement en se basant sur l'évolution d'un indice.

Par ailleurs, si la valeur des actifs financés excède la valeur nominale des titres, il est possible de limiter le versement de la plus-value.

Il faut toutefois souligner que ce montage, nouveau et admis en droit français depuis une instruction fiscale du 25 février 2009 (cf. chapitre 8), pourrait ne pas recueillir l'assentiment des spécialistes du droit islamique du fait de l'interposition d'un SPV fiduciaire entre les porteurs des titres et le sous-jacent qui transforme, pour ces derniers, la propriété d'un actif en détention de créance.

• *Remarques*

Avant de proposer quelques commentaires, on proposera un exemple concret de ce type de montage.

Exemple

À titre d'illustration, on peut imaginer qu'un gouvernement souhaite lever des fonds. Il désigne une banque d'affaires, chef de file d'un syndicat bancaire, pour effectuer l'ensemble du montage incluant l'ingénierie juridique et financière et pour collecter, par l'intermédiaire de l'émission d'un *sukuk*, des fonds auprès des autres banques souscriptrices.

Du fait que les banques en question vont porter les titres, il n'est pas nécessaire que les certificats représentatifs du *sukuk* soient essentiellement négociables : on peut avoir recours à la technique la plus simple qu'est le *sukuk al-salam*. En contrepartie, le sous-jacent, élément nécessaire à toute opération de financement, doit être fongible et librement négociable sur un marché. Un métal non ferreux et non précieux fait l'affaire. On peut choisir, par exemple, l'aluminium.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

C'est ainsi que le gouvernement du pays en question, en échange des fonds versés, s'engage à livrer à une date convenue une certaine quantité d'aluminium. La banque d'affaires et le syndicat bancaire, ne souhaitant pas recevoir d'aluminium physique, désignent le gouvernement concerné comme son agent pour négocier la vente de ce métal sur le marché au jour de la livraison. Le prix de vente de l'aluminium devra permettre aux porteurs des titres du *sukuk al-salam*, c'est-à-dire le syndicat bancaire, de percevoir une rémunération équivalente à celle que des banques conventionnelles auraient reçue pour un placement sur le marché : les titres en question présentent, au plan financier, les mêmes caractéristiques qu'un bon du Trésor.

Dans ce montage, les détenteurs des titres du *sukuk* portent un risque de contrepartie, du fait que le gouvernement pourrait ne pas livrer l'aluminium à la date convenue, et un risque de marché résultant d'une incapacité potentielle du même gouvernement à céder le métal au prix permettant la juste rémunération des banquiers. Concrètement, dans le cas d'espèce, il s'agit, en réalité, uniquement d'un risque souverain.

Commentaire

Après quelques mots sur la liquidité des titres, on présentera un tableau récapitulatif des différentes catégories de *sukuk*.

La liquidité des sukuk

En définitive, l'émission de titres (*sukuk*) de financement d'un projet ou d'une entreprise passe par la création d'un véhicule spécifique intermédiaire entre l'entrepreneur et l'apporteur de fonds. C'est ce véhicule qui, recevant le financement, doit acquérir le bien qui en est le sous-jacent. Il lui faut ensuite transférer ce bien à l'entrepreneur bénéficiaire du financement. Pour ce faire, on a recours aux instruments classiques de la banque islamique commerciale tels qu'ils ont été décrits dans le chapitre précédent.

Il s'agit notamment du *BBA-murabaha* utilisé pour le commerce, de l'*istisna* pour les projets d'infrastructures, du *salam* pour les biens fongibles, de l'*ijara* pour les équipements…

Ces types de contrats (*murabaha*, *ijara*, *salam* or *istisna*) permettent ainsi de connaître la nature du bien financé. On en déduit la nature de la rémunération auquel donne droit le *sukuk* : si le taux de profit du projet est fixe, le rendement du *sukuk* est fixe, il est variable dans le cas contraire.

En général, les montages s'orientent vers un titre de dette que le droit islamique, afin d'éviter tout risque de *riba*, interdit de négocier à un prix différent de sa valeur faciale, ce qui en réduit sensiblement la liquidité. Seul le *sukuk al-ijara* est à l'origine d'un titre de propriété librement négociable sur un marché secondaire. Ce produit peut donc générer un marché actif.

On peut toutefois joindre les produits comme le *sukuk-murabaha*, *sukuk-salam* ou *sukuk-istisna* à un produit négociable comme le *sukuk-ijara*, le *sukuk-mudaraba* ou le *sukuk-musharaka* (*cf. infra*) de manière ce qui l'ensemble soit négociable, pour peu que les premiers ne représentent qu'une faible partie de l'ensemble.

On peut imaginer également l'échange d'une dette à sa valeur faciale en échange d'un autre bien dont il sera possible de disposer librement.

Les catégories de sukuk (tableau 4.1)

La technique du *sukuk* peut être largement utilisée comme le montre le tableau 4.1 qui en décrit les principales structures. Il a été établi par le Global Investment House KSCC, une société régulée par la banque centrale du Koweït.

Les certificats ont tous la même valeur faciale.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Tableau 4.1

Types de *sukuk*	Description de l'investissement	Caractéristiques
Certificats de propriété de biens loués	Les certificats sont émis par le propriétaire d'un bien déjà loué ou à louer ou encore par son agent financier. L'objectif est de vendre le bien tout en récupérant sa valeur grâce à la souscription de certificats dont les détenteurs deviennent les propriétaires du bien.	*Émetteur* : le vendeur d'un bien loué ou à louer (promesse). *Souscripteurs :* les acquéreurs du bien. *Fonds mobilisés* : le prix d'achat du bien. *Porteurs des certificats :* ils deviennent les propriétaires du bien avec les profits et les risques qui s'y attachent.
Certificats de propriété de l'usufruit de biens	Ils sont émis par le détenteur de l'usufruit d'un bien existant ou que le bailleur se charge de fournir dans le futur. L'objectif de la location du bien est de recevoir un loyer afférent à la possession du titre. Dans ce cas, les porteurs des certificats deviennent propriétaires de l'usufruit du bien présent ou futur.	*Émetteur* : le vendeur de l'usufruit d'un actif existant ou à rendre disponible dans le futur. *Souscripteurs :* les acquéreurs de l'usufruit. *Fonds mobilisés* : le prix d'achat de l'usufruit. *Porteurs des certificats :* ils deviennent les propriétaires de l'usufruit avec les profits et les risques qui s'y attachent.
Certificats de *salam*	Ces titres sont émis pour mobiliser le capital d'un contrat de *salam* et les articles susceptibles d'être livrés sur la base de ce contrat appartiennent aux porteurs des certificats.	*Émetteur* : le vendeur de biens faisant l'objet d'un contrat de *salam*. *Souscripteurs :* les acquéreurs des biens. *Fonds mobilisés :* le prix d'achat des biens. *Porteurs des certificats :* ils ont un droit sur les biens et sur leur prix de vente éventuel.

Certificats d'*istisna*	Ces titres sont émis pour mobiliser les fonds nécessaires pour fabriquer un certain bien qui devient la propriété des détenteurs des certificats.	*Émetteur :* le fabricant. *Souscripteurs :* les acquéreurs du bien à produire. *Fonds mobilisés :* le prix du bien. *Porteurs des certificats* : ils ont le droit de recevoir le bien ou le prix de vente de celui-ci.
Certificats de *murabaha*	Ces titres sont émis pour financer un bien acheté dans le cadre d'un contrat de *murabaha* et le bien en question devient la propriété des porteurs des certificats.	*Émetteur* : le vendeur d'un bien faisant l'objet d'un contrat de *murabaha.* *Souscripteurs :* les acquéreurs du bien. *Fonds mobilisés :* le prix d'achat du bien *Porteurs des certificats :* ils ont le droit de recevoir le bien ou le prix de vente de celui-ci.
Certificats gérés sur la base d'un contrat de *musharaka*	Ces titres sont représentatifs de projets ou d'activités gérés dans le cadre d'un contrat de *musharaka* en nommant l'une ou l'autre des parties pour gérer l'opération.	*Émetteur* : le promoteur de l'opération. *Souscripteurs :* les partenaires au contrat de *musharaka.* *Fonds mobilisés :* la contribution des souscripteurs au capital de l'opération. *Porteurs des certificats :* ils possèdent les biens du partenariat et ont droit à une part du profit.
Certificats gérés sur la base d'un contrat de *mudaraba*	Ces titres sont représentatifs de projets ou d'activités gérés dans le cadre d'un contrat de *mudaraba* en nommant le *mudarib* pour gérer l'opération.	*Émetteur :* le *mudarib.* *Souscripteurs* : les commanditaires. *Fonds mobilisés :* le capital du *mudaraba.* *Porteurs des certificats :* ils possèdent les biens du *mudaraba,* ont droit à une part du profit et doivent supporter les pertes.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

➤ **Titrisation**

Comme ce qui a été fait dans le paragraphe précédent, on décrira le montage avant d'apporter quelques commentaires et de proposer un schéma général.

• *Le montage*

Dans cette situation, les actifs préexistent aux titres. Ceux-ci vont être émis en représentation desdits actifs.

La première étape consiste à identifier les actifs d'une société générateurs de revenus, estimer la nature de ceux-ci et leur montant avec une précision suffisante.

Dans une seconde étape, un *special purpose vehicle* (SPV) est créé sous la forme d'un SPV-*mudaraba* dont le banquier joue le rôle de gestionnaire (*mudarib*). Les actifs y sont transférés.

Le SPV-*mudaraba* émet alors des obligations (*sukuk*), en principe à revenu fixe, à destination d'investisseurs qui, après déduction d'une commission pour le gestionnaire, percevront les revenus des actifs détenus par le SPV-*mudaraba.*

• *Commentaire*

Un certain nombre de questions juridiques s'attachent à la titrisation. Elles concernent le transfert des actifs qui fait appel aussi bien au *BBA-murabaha* qu'à l'*ijara.*

Titrisation par l'intermédiaire d'un murabaha

Ce montage s'observe notamment en Malaisie.

Les titres émis par le SPV-*mudaraba* évoqué plus haut permettent à ce dernier de récolter les fonds nécessaires pour acquérir les biens titrisés auprès de la société initiatrice de l'opération. Dans le même mouvement, la société rachète, dans le cadre d'un *BBA-murabaha*, ces biens avec un paiement différé incluant une marge. Le SPV-*mudaraba* reçoit alors un paiement échelonné qui lui permet de régler les coupons du *sukuk*.

On remarque que l'opération comprend une transaction dénommée *BBA-murabaha* alors que, en réalité, il s'agit d'une *bai al-einah* (un rachat, *cf.* chap. 3) dans la mesure où elle ne fait pas apparaître un tiers : le vendeur n'est autre que le client. Il n'y a pas de vente réelle mais création artificielle d'une dette puisque le prix du bien n'est pas nécessairement un prix de marché. Comme on l'a vu au chapitre 3, ce montage évoque un emprunt non exempt de *riba*.

Au surplus, le *sukuk al-murabaha* ainsi créé constitue une dette qui peut être traitée (*bai al-dayn*) librement à un prix négocié, lequel se trouve être, le plus souvent, inférieur à sa valeur nominale. De ce fait, le marché ainsi créé ne fait pas l'unanimité chez les juristes musulmans en dehors de la Malaisie.

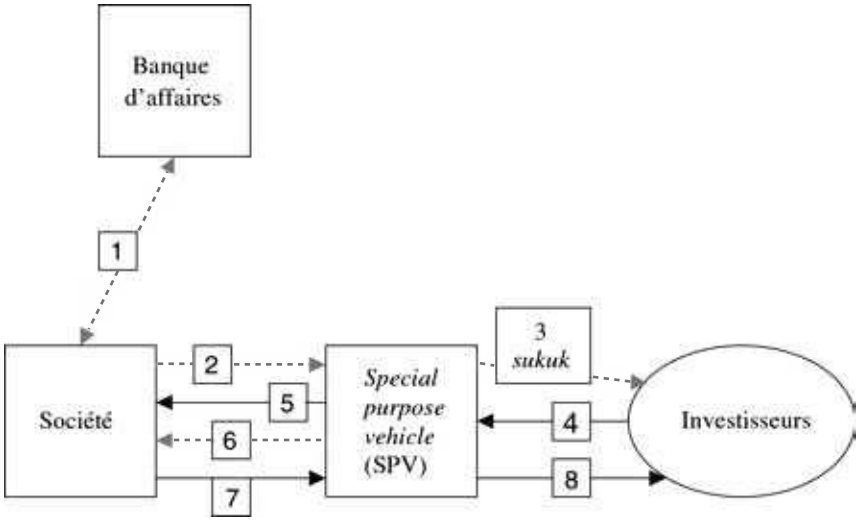
Titrisation par l'intermédiaire d'un ijara

Si la procédure de vente et de rachat (*bai al-einah*) du bien suscite des réserves juridiques, celle qui consiste à vendre un bien pour le prendre immédiatement en location ne souffre pas des mêmes réserves. Aussi, elle ne risque pas de requalification en *riba*. Le transfert de propriété a bien lieu et les risques et les profits des biens titrisés sont affectés au SPV et donc aux investisseurs.

Chaque investisseur devient ainsi un propriétaire partiel des actifs titrisés et donnés en location à l'entreprise. Dans ce cas de figure, on observe que les investisseurs continuent à être propriétaires des actifs et que, en conséquence, ils sont exposés aux risques correspondants et bénéficiaires des profits afférents.

La figure 4.3 peut être utilisé pour une titrisation aussi bien avec un *murabaha* qu'avec un *ijara*.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit



NB : les mouvements monétaires sont en trait continu noir.

1. La société consulte une banque d'investissement en vue de réaliser une titrisation. Des actifs sont identifiés et regroupés.

2. La société crée un SPV auquel elle cède des actifs existants.

3. Le SPV émet des obligations (*sukuk al-murabaha*, respectivement *sukuk al-ijara*) destinées à des investisseurs avec comme contrepartie les actifs retenus.

4. Le SPV recueille les fonds des investisseurs.

5. Le SPV règle à la société le prix des actifs qu'elle a acquis.

6. La société rachète les actifs par l'intermédiaire de la banque avec un paiement différé et une marge (*BBA-murabaha*) (respectivement : la société prend les biens en location (*ijara*)).

7. Le SPV reçoit de la société des paiements échelonnés (respectivement les loyers correspondants).

8. Le SPV rétrocède ces versements aux investisseurs une fois prélevée la commission du gestionnaire.

Figure 4.3 – Schéma de titrisation

Brokerage

Le *brokerage* consiste, notamment, à fournir un certain nombre de services (tenue de compte des titres nominatifs de l'entreprise, service de secrétariat pour les envois groupés…) habituellement proposés par une banque d'affaires à ses clients.

Dans le cas d'une banque islamique, l'achat de titres pour le compte du client se fait par l'intermédiaire d'un contrat de *murabaha* : au coût d'achat, la banque ajoute une marge. Ceci est licite au regard du droit islamique puisque les actions sont représentatives de la propriété des actifs de l'entreprise et peuvent donc faire l'objet d'une vente avec un profit. Il va de soi que le vendeur doit auparavant avoir acquis les titres en pleine propriété, d'une part, et que, d'autre part, la vente sans dessaisissement est interdite tout comme le rachat des mêmes titres (*buy back*).

La tenue de compte et les travaux de secrétariat se font dans le cadre de contrats de services rémunérés par une commission fixe (*ujr*) correspondant essentiellement aux frais engagés par la banque.

Opérations sur dérivés

L'ingénierie financière dans l'activité de banque d'affaires consiste à créer des produits bancaires permettant, notamment, de réduire le risque et l'incertitude en fixant les prix et les quantités (*futures* et *forwards*, p. 164), en donnant la possibilité de décider plus tard (options, p. 166) ou encore en donnant la possibilité d'échanger des risques (*swaps*, p. 170).

Au regard du droit islamique, la licéité de ces produits peut être appréciée, d'une manière générale, en invoquant l'intérêt général (*maslaha*) de la communauté financière. Toutefois, il existe une hiérarchie des normes en droit islamique et la notion d'intérêt général cède le pas devant les règles issues de sources plus importantes (Coran, *sunna*, *ijma*)[1] : le bénéfice apporté par ces produits pour la communauté ne peut compenser les risques de *riba*, *gharar* ou *maisir*[2]. Si le droit tolère une faible dose de *gharar*, il proscrit rigoureusement le *riba* et le *maisir*. C'est là l'obstacle principal posé par le droit islamique aux opérations sur *futures* et à l'absence de livraison des biens sous-jacents.

1. *Cf.* chap. 2 : « Droit islamique des affaires ».
2. *Ibid.*

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Au surplus, même si le droit islamique approuve le principe de la couverture des opérations économiques et financières, le recours à une technique qui voit une partie perdre lorsque l'autre gagne ne répond pas aux exigences du principe du partenariat et se trouve donc potentiellement génératrice d'une rupture de l'harmonie sociale, d'autant que la possibilité de spéculer à grande échelle est susceptible de perturber l'ensemble du système.

On examinera donc successivement chacun de ces produits en essayant de dégager des solutions licites au regard du droit islamique.

Futures

On montrera dans un premier temps en quoi les opérations sur *futures* pratiquées par la finance conventionnelle ne peuvent être acceptées par le droit islamique avant de tenter de dessiner un montage acceptable à cet égard.

➤ Illicéité des contrats de *futures* de la finance conventionnelle

Les contrats de *futures* consistent essentiellement 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.

Toutefois, il se trouve que la livraison est extrêmement rare, voire impossible lorsque le sous-jacent est un produit synthétique. Le droit islamique considère alors que ces contrats consistent à échanger deux dettes (*bai-al-dayn-bi-al-dayn*), ce qui est regardé comme illicite. De même, la vente à terme d'un bien que l'on ne détient pas n'est pas admise (*gharar*) sauf si l'on peut penser raisonnablement que ce bien sera disponible le jour de la livraison, comme c'est le cas dans la vente *salam* : dans ce cas, le prix convenu (*thaman*) doit être payé immédiatement pour que l'opération soit licite.

➤ Solutions licites

Dans le modèle idéal de la vente, en droit islamique, livraison de la marchandise et paiement de la chose sont immédiats et simultanés. Le système des *futures* ne correspond pas à ce modèle.

Pour autant, on a vu que les jurisconsusltes, notamment de l'école hanéfite, acceptent des dérogations à ce schéma.

C'est le cas avec le contrat *bai-istisna*, contrat d'entreprise, qui permet de s'affranchir de l'obligation de livrer ou de régler au moment de la conclusion du contrat ainsi que de celle de fixer le prix à des conditions de marché. C'est aussi le cas avec le contrat d'*istijrar* et, partiellement avec la vente *salam*. Ces trois exemples ont été largement présentés au chapitre 3. Cette latitude a été donnée aux financiers et aux entrepreneurs pour le bien de la communauté car cela permet de favoriser l'activité économique, en particulier sur des produits fongibles et génériques dans le cas du *salam*.

L'école hanéfite accepte ces exceptions pour peu qu'elles ne favorisent pas de spéculation sur les prix, risque que ne sont pas prêtes à prendre les autres écoles, réticentes envers ces produits (*bai-istisna* et *bai-istijrar*) dès lors qu'ils permettent de reporter à plus tard les obligations des deux parties.

Il est possible de mettre en place un contrat de *salam* pour recevoir immédiatement la contre-valeur d'une devise dont on craint la dépréciation, devise qui sera livrée ultérieurement. Toutefois, il semble que la plupart des écoles aient des réticences face à cette mécanique.

L'ingénierie financière islamique a aussi mis sur pied des produits permettant d'atteindre le même objectif que les *futures* en étant conformes au droit islamique des affaires : c'est la technique des contrats synthétiques. En la matière, on peut utiliser un *murabaha* dans la mesure où ce contrat a un support réel et que le profit est fixé au départ.

Par exemple, pour une couverture de change, un importateur qui prévoit de régler à terme une certaine somme d'argent en devise va demander à sa banque de mettre en place un *murabaha* synthétique bâti sur le modèle de l'exemple ci-dessous.

Un importateur doit verser une certaine somme en devise à un exportateur étranger à une certaine date. Il demande à une banque d'emprunter pour le même terme à un investisseur local la somme correspondante en monnaie locale, déflatée du taux du marché du *murabaha* sur le marché étranger, qu'elle rémunère au taux du *murabaha* sur le marché local et que, parallèlement elle facture à l'importateur. La banque met ensuite sur pied un contrat de *murabaha* pour le montant en devise déflaté du taux du marché du *murabaha* sur le

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

marché étranger, placement qui lui rapporte à terme le montant en devise à verser par l'importateur, somme qu'elle reverse à ce dernier. Celui-ci, transfère, *in fine*, ce montant à l'exportateur.

Options

De même que pour les opérations sur *futures*, on examinera le caractère de licéité des opérations sur options pratiquées par la finance conventionnelle au regard du droit islamique. On donnera un exemple chiffré d'une solution couramment utilisée bien que contestée, l'*arboon*, avant de tenter de dégager un montage licite au regard du droit islamique.

➤ Caractère de licéité des contrats d'options

L'option est une convention entre deux parties permettant à l'une, moyennant le paiement d'une prime, de réaliser ou non une opération à un certain prix à une certaine date.

Or on a vu au chapitre 2 qu'un contrat de droit islamique ne pouvait avoir n'importe quel objet (concept de *maal*). Ainsi, les juristes islamiques estiment qu'une promesse ne peut faire l'objet d'un achat ou d'une vente car cela correspondrait à une appropriation délictueuse du bien d'autrui. Certains considèrent qu'une option est une promesse et, en conséquence, que le droit d'exercer une option ne peut faire l'objet d'un contrat, ce qui pose fondamentalement la question de la licéité de ces produits.

En revanche, d'autres juristes incluent toutes sortes de profits (*manfaa*) dans le concept d'objet du contrat (*maal*). Or l'achat d'une option donne l'avantage à l'acquéreur de bénéficier d'un droit sans obligation, ce qui rend ainsi la transaction licite. C'est l'opinion de la Securities Exchange Commission de Malaisie qui considère que les options d'achat présentent les caractéristiques d'un actif transférable puisque l'on peut le posséder et en bénéficier. Cette vision libérale d'une transférabilité des droits semble acceptée par des juristes chiites.

Pour autant, la finance islamique ne dispose pas du contrat équivalent à l'option de la finance conventionnelle. Le contrat de *bai al-arboon*, sorte d'achat avec versement d'arrhes, s'en approche néanmoins : l'acheteur verse une certaine somme qui est perdue s'il ne poursuit pas l'achat et déduite du montant total s'il s'exécute. Une

option d'achat (*call*) présente une certaine similarité avec cette technique bien que, dans ce cas, la prime soit perdue pour l'acheteur quel que soit son choix ultérieur.

Parmi les écoles sunnites, il semble que seule l'école hanbalite accepte cette technique du *bai al-arboon* dont on va donner un exemple chiffré ci-dessous.

➤ Exemple d'utilisation du *bai al-arboon*

On peut utiliser le montage du *bai al-arboon* pour faire un placement comportant à la fois relativement peu de risque et une espérance de gain, comme dans le cas des montages conventionnels avec un coupon zéro et un panier d'action.

Ainsi, à titre d'illustration, un gestionnaire disposant d'une somme de 100 peut en utiliser 95 dans un placement sans risque, par exemple un *murabaha* rémunérant le placement à hauteur de 5 %, ce qui permet de protéger le capital sur une période donnée.

Les 5 restants sont consacrés, dans le cadre d'un *arboon*, à verser cette somme comme arrhes pour l'achat d'un panier d'actions de croissance valant 100. Si, à l'échéance convenue, le panier a baissé, le gérant abandonne ses arrhes. Si, au contraire, le panier a pris de la valeur, par exemple 15 %, alors il verse le reliquat de 95 et cède les titres à 115, réalisant ainsi une plus-value de 15.

Il va de soi que cet exemple a pour seul but d'illustrer l'utilisation conjointe d'un contrat de *murabaha* et d'un contrat d'*arboon* pour atteindre des résultats similaires à ceux de la finance conventionnelle.

Des différences existent néanmoins puisque, contrairement aux options dont la valeur peut varier, les arrhes sont fixes et forment une partie du prix d'achat. Par ailleurs, les actions du panier doivent rester en possession du vendeur pendant la durée du contrat, la vente à découvert n'étant pas admise.

➤ Solution licite : le cadre du *al-khiyar*

Comme on l'a vu au chapitre 2, la notion d'*al-khiyar* (option islamique) recouvre le droit d'une partie, ou des deux parties, à un contrat de confirmer ou non la convention, ce qui permet d'ajuster les conditions afin de parvenir à un contrat équilibré.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Les options islamiques peuvent être utilisées en droit financier pour couvrir les risques, notamment ceux du banquier. C'est ainsi que, pour faire face au risque de défaut d'un client, le banquier peut insérer dans un contrat de prêt la possibilité de convertir un prêt en action de l'entreprise. Cette option peut aussi s'attacher aux titres de dette comme les obligations.

Plus généralement, afin de gérer le risque, le droit musulman utilise des options contractuelles comme l'option de stipulation et l'option de choix, traitées au chapitre 2 et adaptées plus spécialement aux opérations de marché, ou encore la pension.

• Khiyar al-shart *(option de stipulation)*

L'option de stipulation, qui donne le droit à chacune des parties de confirmer ou non le contrat pendant une certaine période, peut être insérée dans tout contrat impliquant un échange de valeurs et qui sont, par nature, annulables à tout moment.

On peut utiliser cette option dans le cas de divers contrats comme le BBA-*murabaha*, l'*ijara*, l'*istijrar*.

BBA-Murabaha

Dans le contrat de *murabaha* (*cf.* chap. 3), la banque, à la demande d'un client, acquiert un bien auprès d'un fournisseur pour le revendre à son client. Celui-ci peut, dans l'intervalle, changer d'avis et ne plus acheter le bien que la banque risque alors de devoir conserver. Pour couvrir ce risque de contrepartie, la banque peut insérer une option de stipulation dans le contrat avec le fournisseur, annulant l'opération si le client de la banque change d'avis. Le risque est alors reporté sur le fournisseur qui peut, alors, augmenter son prix de vente pour le couvrir.

Cette technique peut être utilisée directement par un acheteur ou un vendeur à terme (BBA) : l'option est levée ou non et le prix de l'option est intégré au prix convenu du bien sans faire l'objet d'une transaction à part comme dans la finance conventionnelle. Elle peut porter sur une évolution du prix comme sur une information insuffisante au moment de la transaction relativement au bien.

Ijara

Les contrats d'*ijara* (location ou crédit-bail) prévoient le versement d'un loyer au propriétaire du bien. Pour couvrir le risque de marché, le

contrat peut être assorti d'options à certaines dates permettant la rupture du contrat si l'évolution générale des loyers diffère d'un certain taux par rapport au loyer d'origine.

Une option peut aussi assortir le montant du loyer à l'utilisation effective du bien loué.

Istijrar

Les contrats d'*istijrar* permettent de financer le capital circulant des entreprises sur une base régulière, le *murabaha* correspondant plutôt à des opérations isolées. Dans ces contrats, la banque achète à l'instant T0 au prix P0 et revend à l'instant T*x* au prix P*x*. Dans le contrat de *murabaha*, le prix P*x* est fixé à l'origine, ce qui n'est pas le cas du contrat *istijrar*. Le risque de marché peut être, là aussi, couvert par l'option de stipulation en donnant à l'une ou l'autre des parties la possibilité d'exécuter la transaction au prix moyen d'une fourchette prédéfinie ou au prix d'une des extrémités de la fourchette et choisi à un certain moment (ou à tout moment) avant l'échéance.

• Khiyar al-tayeen *(option de choix)*

Cette option, exerçable à tout moment par l'acheteur ou par le vendeur, permet d'acquérir ou de céder un article particulier choisi parmi plusieurs variétés d'un objet donné, permettant ainsi de diminuer le risque découlant d'une information insuffisante.

L'option de choix peut être utilisée en matière de biens et de matériaux dans le cadre des contrats de *murabaha* en combinant une option *khiyar al-shart* et une option *khiyar al-tayeen* : le client final ayant le choix entre plusieurs variétés de biens, il risque moins de faire défaut à la banque.

Cette technique peut aussi être utilisée dans les contrats d'*ijara* où plusieurs structures de loyers donnent au preneur le choix ou non de prendre possession des biens.

Cette option est particulièrement utile dans la gestion de portefeuille puisqu'elle permet à l'investisseur de choisir entre plusieurs compartiments d'un même fond.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Bai bil-wafa *(pension)*

La pension islamique est un contrat composite comprenant une vente (*bai*) et une mise en gage (*rahn*).

Les deux parties conviennent d'échanger un bien contre une somme d'argent pour une durée convenue à l'issue de laquelle le bien et l'argent sont restitués à leurs détenteurs d'origine. L'acheteur, qui bénéficie de l'usufruit du bien, ne peut céder ce bien à un tiers et ne rémunère pas le vendeur puisque le prix de rachat est identique au prix d'achat. Le contrat donne aux deux parties la faculté de résilier le contrat à tout moment.

Dans une variante appelée *bai bil-istighlal*, le vendeur peut prendre en location le bien qu'il a vendu à son acheteur grâce à un contrat d'*ijara* dont le contenu peut contrebalancer l'option de résiliation à tout moment attachée au contrat *bai bil-wafa.*

Al-muragaha *(swaps)*

En tant que tels, les *swaps* ne sont pas licites au regard du droit islamique du fait de leur combinaison d'éléments de *futures* et de l'intérêt qui s'attache à la rémunération qu'ils procurent.

D'autres solutions peuvent être imaginées.

Le *swap* islamique, par exemple dans le domaine des opérations de change, consiste en un échange de devises au temps T0 suivi d'un échange en sens inverse pour le même montant au temps T. Dans l'intervalle, les deux parties ont pu placer sur le marché correspondant les ressources ainsi échangées et en retirer le bénéfice. Ces bénéfices ne peuvent pas être échangés dans la mesure où ils ne peuvent être prédéterminés.

Pour autant, cette technique est controversée. Certains estiment qu'il s'agit là d'un échange de dettes que le droit islamique n'autorise pas. Au surplus, les deux transactions sont liées et concomitantes quand le droit exige que l'une précède l'autre.

La situation est différente dans le cas de l'*ijara* puisqu'il s'agit de sous-jacents en pleine propriété. De plus, les loyers étant fixés par avance, le *swap* islamique peut les prendre en compte et pas seulement le princi-

pal. Il est ainsi possible de construire un *swap* de devises à partir de contrats d'*ijara* dont l'un a un loyer fixe et l'autre un loyer variable, le sous-jacent étant un titre monétaire.

Financement de projets

Le financement de projets d'infrastructures entre bien dans les objectifs de la finance islamique.

Ce genre d'opération prend souvent la forme générique d'un *build operate transfer* (BOT) qui voit un opérateur construire à ses frais un équipement, l'exploiter grâce à une concession puis le transférer au pays dans lequel se fait le projet.

Ces projets de grande envergure font intervenir un grand nombre de participants, ce qui suppose de très nombreux contrats qui doivent respecter le droit islamique, ce qui signifie, en particulier, qu'ils doivent être libres de *riba*, de *gharar*, de *maisir*, de *darar*. C'est ainsi, en tout premier lieu, que le droit islamique exige que les contrats soient indépendants les uns des autres bien qu'ils concernent le même projet afin d'éviter le *gharar* : il ne peut y avoir deux contrats en un.

L'ingénierie classique d'un projet comprend en premier lieu la création d'un véhicule spécifique (*special purpose vehicle*) que l'on peut nommer société de projet.

Une fois créée, la société de projet devient le chef d'orchestre d'un ensemble de spécialistes à même de contribuer, chacun pour sa part, au succès de l'entreprise.

La société de projet contracte avec un entrepreneur principal chargé de la réalisation matérielle des infrastructures. Il n'est pas interdit à ce dernier de prendre une participation dans la société de projet.

L'infrastructure est ensuite exploitée par la société de projet ou par un sous-traitant avec lequel elle aura conclu une convention d'exploitation et de maintenance. Là encore, celui-ci peut être appelé au capital de la société de projet.

Enfin, si les circonstances le permettent, un contrat de commercialisation pourra être conclu avec les utilisateurs, éventuellement également parties prenantes au capital de la société de projet, de préférence

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

sous la forme d'un contrat dit de *take or pay* qui oblige le client à régler le prix de sa consommation, qu'il consomme ou pas.

Au préalable, lorsqu'il s'agit d'infrastructures importantes ou de services publics, il aura fallu obtenir un contrat de concession de la part de l'État.

On va passer en revue chacun des types de contrats constitutifs du projet, le contrat de concession, le contrat de construction, le contrat de gestion avant de relever quelques difficultés juridiques.

Le contrat de concession

Le contrat de concession lie le gouvernement et la société de projet, véhicule spécifique créé à cet effet.

La société de projet peut compter dans son actionnariat divers partenaires comme la société de construction, la société gestionnaire de l'installation future, des banques, des investisseurs de long terme et même le gouvernement du pays d'accueil.

Un problème juridique important se pose avec le contrat BOT classique qui comprend le transfert, au départ, de la propriété du terrain à la société de projet, et, *in fine*, la propriété des installations au pays d'accueil. En effet, aucun contrat nommé de ce type n'existe en droit islamique.

Le recours au contrat de don (*heba*) auquel on peut penser spontanément n'est pas satisfaisant car la promesse de don à une date future n'oblige pas et la révocation du premier don n'est pas opérante du fait des constructions effectuées sur le terrain.

C'est un contrat *build-own-operate* (BOO) qui sera alors privilégié dans la mesure où existe le don conditionnel, en l'espèce un don à condition que le terrain donné soit valorisé par une construction. Il suffit alors de mettre en œuvre un contrat de *musharaka* dégressif entre le gouvernement et la société de projet dont la part dans la propriété du bien construit diminue jusqu'à s'annuler. En définitive, le résultat est le même qu'avec un BOT.

Une autre technique consiste à recourir à un contrat de *mudaraba* avec un engagement limité des associés, les parties privées s'engageant à réduire progressivement leur part au bénéfice du gouvernement. Dans

ce schéma où, contrairement au contrat de *musharaka*, la responsabilité est limitée, les gestionnaires (*mudarib*) sont les principaux acteurs du projet alors que les commanditaires (*rabb al-maal*) sont les investisseurs de long terme.

Le contrat de construction

Le contrat de construction est conclu entre la société de projet et la société de construction. Il s'agit en général d'un contrat clé en main bien que, parfois, la société de projet puisse participer à la construction des installations. Dans ce cas, elle doit conclure des contrats avec des fournisseurs et des banques : contrats de *bai-istisna*, *bai bithman ajil*, *ijara* ou *bai-salam*.

C'est ainsi, par exemple, que le financement de la construction de l'infrastructure pourra se faire au moyen d'un contrat d'*istisna* et que les besoins en fonds de roulement seront financés par une vente *salam* des biens produits par les infrastructures. Dans ces derniers cas, la banque pourra aussi être intermédiaire entre la société de projet et le constructeur, ou encore agent.

Un problème de responsabilité important se pose dans le cadre de ce contrat. En effet, dans la finance conventionnelle, la société de construction supporte l'essentiel des responsabilités du fait qu'elle est chargée de réaliser l'infrastructure : tout problème pouvant survenir (retard…) lui est imputé dans la mesure où il s'agit d'une responsabilité objective.

Or les contrats de droit islamique impliquent plus largement la banque dans la mesure où elle doit prouver la faute de son cocontractant pour pouvoir sauvegarder son apport. Cela rend l'indemnisation difficile, notamment en cas de défaut, alors qu'elle existe plus aisément dans les contrats de droit conventionnel. Les sûretés sont aussi difficiles à prendre puisque ne peuvent être gagés des biens non encore existants.

Surtout, les différents contrats envisagés (*murabaha, istisna, salam*) emportent, comme on l'a vu, transfert de propriété, même momentané, au banquier. En dehors du risque de contrepartie qu'il peut encourir, celui-ci doit donc assumer diverses garanties comme la garantie des vices cachés. Il faut donc imaginer un montage spécifique, qui peut être coûteux, pour éviter le risque en question au banquier.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Dans le cas du contrat d'*ijara*, le banquier demeurant propriétaire du bien conserve le droit d'exercer l'action en garantie à l'encontre du fournisseur mais supporte donc le risque de l'échec de cette action.

Enfin, un contrat *istisna* peut être annulé, ce qui entraîne la restitution du bien au banquier, en cas de non-conformité, le tout étant de savoir quel degré de non-conformité entraîne résolution du contrat.

Contrat de gestion

Une fois la construction de l'installation terminée, la société de projet est le propriétaire ou bien le locataire (avec option d'achat) de l'équipement.

Lorsque la gestion et l'entretien de l'installation sont confiés à une société spécialisée tierce, une société de gestion, on établit une convention, par exemple un contrat de *jo'alah* : la société de gestion acquiert de la société de projet, moyennant une commission, somme forfaitaire ou pourcentage déterminés à l'avance, la possibilité de percevoir les revenus de l'installation en échange de l'entretien et de la gestion de celle-ci.

Une autre formule voit la société de projet conclure un accord d'*ijara* avec la société de gestion, qui, étant locataire de l'installation, reçoit alors le droit de percevoir, pour une période donnée, tous les revenus afférents à celle-ci, ce qui lui permet de régler ses loyers. Cette période peut être la durée restant à courir avant que le gouvernement reçoive la propriété complète des installations.

Dans le cas spécifique de l'exploitation de ressources naturelles (gaz, électricité), un accord d'enlèvement des matières premières est établi entre le producteur et la société de projet qui peut désigner comme agent une société de distribution des matières premières. Cet accord peut prendre les formes des contrats nommés comme *bai-istisna* ou *bai-salam*, dans le cadre desquels doivent être fixés à l'avance le prix, la quantité et toutes les spécifications nécessaires pour bien définir le produit concerné : c'est pourquoi on peut avoir recours à un contrat de courant d'affaires, *bai-istijrar*, qui est plus flexible en termes d'échéances de paiement.

Quelques difficultés juridiques

Un certain nombre de difficultés peuvent surgir à l'occasion de la vie de ces contrats, notamment des conflits d'intérêt entre les promoteurs du projet, même si, comme on l'a vu, ces contrats doivent être indépendants les uns des autres pour éviter tout risque de *gharar*. Les conflits d'intérêt apparaissent essentiellement du fait que les financeurs peuvent aussi être gestionnaires dans le cadre des contrats de *musharaka* ou de *mudaraba*.

Par ailleurs, quel que soit le pays dans lequel est réalisée l'infrastructure, la conformité au droit national, ou même le choix d'un droit tiers, peut ne pas exonérer, pour autant, le contrat d'être conforme à la *charia* dans la mesure où la plupart des législations nationales y font référence.

D'autre part, il est généralement confié à des cabinets internationaux le soin d'émettre des opinions quant à la capacité juridique des contreparties. Or ces cabinets ne sont pas habilités, en principe, à ce faire en droit islamique. Au surplus, les comités de *charia* n'ont pas de compétence territoriale et leurs décisions ne s'imposent à aucun juge.

L'ensemble est encore plus compliqué si le montage est composé d'une tranche conventionnelle et d'une tranche islamique juxtaposées, d'autant que cela peut introduire des distorsions dans le traitement des prêteurs.

Enfin, le traitement fiscal dû à la succession d'opérations d'achat et de vente peut générer des difficultés par rapport aux formules classiques de prêt.

Au cas par cas, il faut donc insérer dans les divers contrats les clauses permettant de prévoir au mieux ces conflits, ce qui nécessite une ingénierie juridique experte et complexe.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

RÉSUMÉ

Le métier de la banque se divise en deux grandes familles d'activités selon que le banquier se place essentiellement comme intermédiaire entre l'apporteur de fonds et l'entrepreneur ou bien qu'il intervient plutôt comme conseiller des entreprises et arrangeur de leurs opérations : on distingue ainsi la banque commerciale de la banque d'affaires. C'est sur les opérations de cette dernière que porte le chapitre 4.

La banque islamique ne peut traiter qu'avec des sociétés dont l'activité est conforme aux règles du droit islamique. La banque d'affaires privilégie le financement de ces entreprises par une émission de titres. Ceux-ci peuvent être placés directement auprès d'investisseurs privés, par l'intermédiaire de techniques déjà rencontrées au chapitre précédent (*mudaraba* et *musharaka*), ou encore être offerts à un large public par l'intermédiaire du marché. Il peut s'agir alors d'une émission de titres (*sukuk*) destinée à un préfinancement de l'activité ou encore permettant de refinancer des actifs déjà en possession de l'entreprise (titrisation). La banque peut fournir des services administratifs pour ces opérations.

La banque d'affaires peut aussi opérer comme banque de marché au bénéfice de l'entreprise. L'ingénierie financière islamique a permis de proposer des techniques bancaires conformes au droit musulman des affaires et à peu près équivalentes aux techniques conventionnelles que sont les *futures*, les options (avec le *bai al-arboon*, les *khiyar* et la pension livrée), et les *swaps*.

Enfin, une activité importante de la banque d'affaires est le financement de projet où elle agit à divers titres dans la constitution du dossier de conduite et de réalisation, notamment en effectuant une partie de l'ingénierie juridique portant sur les divers contrats nécessaires (concession, construction…), ou en intervenant directement dans certains montages (location-vente…) pour des détentions temporaires d'actifs, ce qui ne va pas toujours sans quelques difficultés juridiques.

CHAPITRE 5

Gestion d'actifs

Si l'on met de côté la gestion privée pour les grandes fortunes, la gestion d'actifs consiste essentiellement à créer des fonds d'investissement qui servent d'intermédiaires entre des investisseurs et des entreprises dont les fonds acquièrent les titres. Détenteurs aujourd'hui d'un volume de titres négociables très élevé, ils pèsent de manière significative sur les marchés, que ce soit les marchés de titres, de matières premières, immobilier…

Le gestionnaire de fonds assure la gestion de ces fonds pour le compte des investisseurs qui en détiennent des parts ou des actions selon la forme juridique du véhicule d'investissement. Les investisseurs bénéficient ainsi de l'expérience des gestionnaires, de la diversification de leurs placements comme d'économies d'échelle dans les mouvements sur les titres ou dans l'étude des valeurs susceptibles d'être acquises. Les gestionnaires assurent également la liquidité de ces parts ou actions soit en animant un marché secondaire soit en augmentant ou en réduisant le capital variable de ces fonds.

Les fonds islamiques de gestion d'actifs sont répandus et très appréciés car leur gestion est, par construction, plus transparente que celle des banques du fait de leur objectif unique : faire fructifier des fonds levés auprès d'investisseurs.

Bien entendu, les conditions prévues par le droit islamique doivent prévaloir. C'est ainsi qu'il n'est pas possible de mettre des dettes dans

l'actif des fonds. De même, la notion d'action du droit conventionnel n'a pas de correspondant direct en droit islamique. Toutefois, le droit islamique accepte ces titres émis par les entreprises pour peu que certaines conditions soient respectées comme on le verra plus bas.

On en déduit deux points :

– les fonds islamiques doivent être constitués à partir des contrats nommés. On donnera, dans un premier temps, un aperçu de ces fonds, qui sont bâtis avec les outils financiers détaillés dans le chapitre 3 ;

– les techniques de gestion (choix des titres…) doivent être conformes au droit islamique. On en fournira, dans un second temps, quelques éléments.

Les fonds islamiques

Les fonds islamiques peuvent être classés en trois grandes catégories : les fonds de dette, les fonds d'actions et les *hedge funds*.

Dans tous les cas de figure, on crée, dans un premier temps, un fonds en utilisant la structure du *mudaraba* ou du *musharaka* (*cf.* chap. 3). Le fonds émet alors des certificats (*cf.* chap. 4), que l'on peut appeler *sukuk*, titres qui matérialisent l'investissement et donnent droit aux revenus correspondants. Ces certificats permettent au fonds de lever des ressources.

La démarche varie ensuite selon la nature de l'actif traité.

Les fonds de dettes

Les fonds levés sont investis dans des opérations de *murabaha* et d'*ijara*, produits de dettes classiques de la finance islamique qui sont à même de produire un revenu fixe. Le montant de ces revenus peut être prévu avec une bonne approximation. Cela permet, une fois déduite la rémunération du gestionnaire (*mudarib*), de servir ensuite à l'investisseur (*rabb al-maal*) porteur de certificat un revenu garanti.

Cette technique ne peut être assortie de *riba* dans la mesure où il existe un risque pour l'investisseur et où les transactions portent sur des actifs réels.

On distinguera les fonds utilisant le *BBA-murabaha* des fonds basés sur l'*ijara*.

➤ Les fonds basés sur le BBA-*murabaha*

Un fonds utilisant la technique du *BBA-murabaha* (*cf.* chap. 3) pourra investir, notamment, dans des matières premières.

Celles-ci, une fois acquises, seront revendues immédiatement à un tiers mais avec un paiement différé qui constitue une créance pour le fonds. Le profit de la vente représente le revenu du fonds, distribué au prorata entre les investisseurs. Dans ces conditions, le portefeuille du fonds ne contient plus d'actifs réels mais compte de la trésorerie et des créances. Ni l'une ni les autres ne sont négociables au regard du droit islamique comme cela a été expliqué dans les chapitres 2 et 3.

Pour être licite au regard du droit islamique, le fonds doit donc avoir un capital fermé et ses certificats ne peuvent être négociables, sauf à être échangés à la valeur nominale.

➤ Les fonds basés sur l'*ijara*

La technique de l'*ijara* se rapportant à la location ou à la location-vente, l'actif des fonds de location est investi dans l'achat d'actifs réels comme des biens immobiliers ou mobiliers (équipements, véhicules…) afin de les mettre en location. La propriété des biens demeure au fonds qui récupère les loyers et distribue ces revenus aux investisseurs au prorata de leurs apports une fois prélevée la commission de gestion, fixe ou proportionnelle aux loyers.

Les certificats (*sukuk*) représentant une part de la propriété d'actifs réels, ils sont négociables notamment sur un marché secondaire. Leur prix s'établit sur la base des cours du marché.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Les fonds d'actions

Ce type de fonds investit dans des titres dont le revenu est variable comme ceux des *mudaraba*, des *musharaka* et les titres de capital (actions) licites au regard du droit islamique.

En ce qui concerne ces derniers, les juristes modernes font la distinction entre les sociétés personnelles (*partnership*) et les sociétés anonymes.

Dans le premier cas, les décisions prises peuvent être attribuées à chacun des associés. Dans le second cas, la politique de l'entreprise étant fixée par la majorité des actionnaires, une décision donnée ne peut être attribuée à chacun des actionnaires en tant qu'individu. C'est ainsi que, si une société active dans un marché licite perçoit incidemment un intérêt, cela ne rend pas pour autant l'ensemble de l'activité illicite. Le point illicite ne peut, en tout cas, être imputé à chaque actionnaire.

C'est dans cet esprit qu'un certain nombre de critères ont été établis pour l'investissement en actions :

– l'activité principale de la société doit être licite : sont exclus la fabrication ou le commerce d'alcool, de porc, de viande *haram* (contraire d'*halal*), le jeu, l'activité des *night-clubs*, la pornographie ou encore les activités financières entachées de *riba ;*

– si une société a une activité marginale l'amenant à verser ou percevoir un intérêt, le gérant du fonds d'investissement doit manifester sa désapprobation expressément en particulier lors de l'assemblée générale annuelle ;

– si le dividende perçu contient une part provenant de la perception d'un intérêt, la somme correspondante ne doit pas être conservée mais être versée à une œuvre charitable ;

– les actions de la société ne sont négociables que si l'actif de celle-ci détient une part (de préférence au moins 51 %) d'actifs non liquides. Dans le cas contraire, notamment si l'actif est entièrement liquide, ces titres ne peuvent être vendus qu'à leur valeur nominale.

Les hedge funds

Les techniques développées par les *hedge funds* entrent difficilement dans le cadre du droit islamique : en effet, celui-ci interdit les opérations spéculatives, les ventes à découvert, l'utilisation des produits dérivés conventionnels (options, *futures*…).

Toutefois, l'ingénierie financière islamique peut amener à constituer des fonds dont les résultats pourraient être comparables aux *hedge funds* conventionnels. Les produits décrits aux chapitres 3 et surtout 4 peuvent être les briques pour bâtir des produits plus élaborés.

Le recours au contrat de *bai-salam* permet de synthétiser des contrats de *futures* dont le sous-jacent est composé d'actions en réglant immédiatement le prix d'actions à livrer ultérieurement à une date convenue. Le *bai al-arboon* peut également se révéler utile pour synthétiser une option conventionnelle.

Les techniques de gestion

C'est dans cette section que l'on va retrouver les éléments présentés dans le chapitre 1 et qui ont trait à la finance éthique, c'est-à-dire, schématiquement, une finance dont l'objectif n'est pas en tout et pour tout de faire fructifier un capital.

On distinguera donc, comme on l'a fait dans ce chapitre 1, les objectifs et les critères d'évaluation. On décrira ensuite une technique spécifique au droit islamique qui est la purification des revenus avant de traiter des produits complexes.

Les objectifs des investissements

Les fonds d'investissement doivent afficher clairement leurs objectifs de gestion. Pour la plupart, le but déclaré est d'assurer une appréciation du capital investi à moyen et long terme grâce à des investissements licites au regard du droit islamique.

Certains fonds malaisiens ajoutent un objectif relatif au revenu des placements. Cet ajout vient du fait que le droit islamique, dans son

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

interprétation malaisienne, accepte le *bai al-einah* (*buy-back*) et le *bai al-dayn* (vente de dette) (*cf.* chap. 3), ce qui a pu conduire à un marché de la dette auquel peuvent accéder les fonds d'investissement.

Certains fonds ont une visée éthique au sens occidental du terme tel qu'on l'a vu dans le chapitre 1 : ainsi un fonds prévoit-il d'investir dans des titres qui permettent d'accroître le rôle des femmes malaises dans la société en les faisant participer plus activement à la vie économique du pays (Amanah Saham Wanita – ASNITA).

Les critères de choix

Les critères de choix utilisés par les gestionnaires visent plutôt à éliminer les entreprises dont les caractéristiques ne satisfont pas les dispositions du droit islamique (critères négatifs) plutôt que de rechercher les sociétés présentant les caractères souhaités (critères positifs), alternative exposée au chapitre 1.

Il s'agit des exclusions déjà mentionnées plus haut portant par exemple sur le jeu, l'alcool… ou encore sur les entreprises trop dépendantes des activités générant de l'intérêt. Toutefois, le périmètre des interdictions n'est pas figé, des modifications étant possibles au fil du temps : l'activité relative au tabac, par exemple, peut aussi être prohibée.

Les critères de choix sont à la fois qualitatifs, basés sur des exclusions, et quantitatifs par l'intermédiaire de ratios.

À titre d'illustration, on présentera les critères utilisés par l'indice Dow-Jones Islamic Market Index et par le Shariah Advisory Council (SAC) de la Commission des opérations de bourse malaisienne (Malaysian Securities Commission).

➤ Les critères de l'indice Dow-Jones Islamic Market Index

Un indice des valeurs admises par le droit islamique a été créé sous le nom de Dow-Jones Islamic Market Index. Il opère une sélection qualitative à partir de la nature de l'activité et quantitative grâce à une batterie de ratios.

- *Les critères qualitatifs*

Ne peuvent faire partie de l'indice les producteurs d'alcool et de porc ainsi que des produits connexes, les fournisseurs de services financiers

classiques (banques, assurances…) et les fournisseurs de services de divertissement (hôtels, casinos, jeux d'argent, le cinéma, la pornographie, la musique, etc.). Les producteurs de tabac ainsi que l'industrie de l'armement, bien qu'ils ne soient pas écartés strictement par la *charia*, sont également exclus de l'indice.

• *Les critères quantitatifs*

En plus de cette sélection par la nature de l'activité, le financier islamique doit choisir des sociétés dont les comptes satisfont un certain nombre de ratios pour éliminer les entreprises dont l'activité est trop liée aux marchés de la dette.

C'est ainsi qu'ont été créés les ratios suivants :

– le total des dettes divisé par la capitalisation moyenne de l'entreprise sur douze mois glissants doit être inférieur à 33 % ; le total des dettes comprend, bien entendu, les dettes à court, moyen et long terme ;

– le total des titres représentatifs de la trésorerie (liquidités et titres portant intérêt) divisé par la capitalisation moyenne de l'entreprise sur 12 mois glissants ne doit pas être supérieur ou égal à 33 % ;

– le montant des créances divisé par la capitalisation moyenne de l'entreprise sur douze mois glissants ne doit pas excéder 33 % ;

– le montant des intérêts perçus ne doit pas excéder 5 % des revenus de l'entreprise.

Ces ratios sont toutefois discutés et ils sont susceptibles de changer autant en ce qui concerne la valeur du ratio que le mode de calcul de celui-ci : pourquoi apprécier la valeur d'un actif selon son cours sur le marché plutôt qu'à partir de sa valeur d'usage ? Au surplus, augmenter le dénominateur pour satisfaire le ratio peut conduire à acheter des actions lorsqu'elles sont chères pour les vendre quand elles sont bon marché.

➤ Les critères de la Commission des opérations de bourse malaisienne

À titre d'illustration complémentaire, le Shariah Advisory Council (SAC) de la Commission des opérations de bourse malaisienne (Malaysian Securities Commission) a établi un certain nombre de critères définissant les titres conformes à la charia (*shariah compliant*) ou non.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

• *Les critères qualitatifs*

Les entreprises ne sont pas conformes à la *charia* (*shariah non compliant*) si leur activité principale est[1] :

– les services financiers basés sur l'intérêt (*riba*) ;

– le jeu ;

– la fabrication ou la vente de produits ou de produits connexes non *halal* ;

– l'assurance conventionnelle ;

– les activités de distraction non autorisées par la *charia* ;

– la fabrication ou la vente de tabac ou de produits connexes ;

– l'activité sur les actions non conformes à la *charia* ;

– les autres activités non conformes.

La commission prend en compte le niveau de contribution des intérêts reçus par l'entreprise dans le cadre de ses activités de finance conventionnelle et des dividendes perçus de sociétés non conformes à la *charia*. En ce qui concerne les sociétés dont l'activité comprend des opérations conformes et des opérations non conformes, la commission prend en considération deux critères complémentaires :

– la perception par le public de l'image de la société, qui doit être bonne ;

– l'activité principale de la société, qui doit être importante et considérée comme d'intérêt général pour la communauté des musulmans et pour le pays ; les activités connexes et non conformes devant être marginales et inévitables, notamment, de par la coutume.

• *Les critères quantitatifs*

Afin de déterminer le niveau d'acceptabilité de la part non conforme dans le chiffre d'affaires de l'entreprise, la SAC a établi une série de *benchmarks*. Elle n'est pas la seule en la matière puisque l'on en rencontre aussi cette méthode dans l'Islamic 500 Index de Standard & Poor ou

1. Cette liste provient d'un document de mai 2007 établi par la SAC et intitulé : *List of Shariah-compliant Securities by the Shariah Advisory Council of the Securities Commission*

encore dans les cinq TII-FTSE indices lancés par une société basée au Koweït (The International Investor) avec FTSE international.

En Malaisie, le benchmark est croissant selon la nature des activités, de la moins licite à la plus licite.

Ainsi, le benchmark de 5 % concerne le niveau des contributions au chiffre d'affaires provenant clairement d'activités non conformes à la *charia ;* le *benchmark* de 10 % s'adresse aux revenus provenant des activités difficiles à éviter (rémunération des dépôts) ou des activités tolérées (tabac) ; le *benchmark* de 20 % vise les revenus de la location à des entreprises ayant une activité non conforme ; le *benchmark* de 25 % considère les activités conformes, qui ont un élément d'intérêt général, mais qui présentent certains traits affectant cette conformité : opérations hôtelières, *brokerage*…

Lorsque le statut d'une société change, les titres qui s'y rapportent doivent être cédés sauf si le prix de marché est inférieur au prix d'acquisition. Le profit éventuel est conservé s'il se rapporte à une période antérieure à la constatation du changement de régime et versé à une œuvre charitable dans le cas contraire.

La purification des revenus

Lorsque les gains proviennent d'activités illicites, ils doivent être versés à un organisme charitable. La doctrine n'est pas unanime sur la portée de cette obligation : pour les uns, seules les rémunérations comme les dividendes y sont soumises, pour les autres, il faut y ajouter les plus-values sur les titres puisque toute augmentation des cours est présumée prendre en compte l'augmentation globale de la valeur de l'entreprise. Dans ce dernier cas, la part de plus-value qui relève des activités illicites est difficile à apprécier.

La règle du tiers est souvent recommandée : un fonds peut investir dans des sociétés qui font apparaître un ratio *revenus d'intérêt* sur *chiffre d'affaires* inférieur au tiers s'il donne à une œuvre charitable la part des revenus correspondant aux intérêts.

Certains juristes se demandent, néanmoins, si cette solution est convenable, même si les revenus d'intérêt ne doivent pas être intentionnels.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Produits complexes

Pour éviter le *gharar*, les produits proposés aux clients pour améliorer la gestion d'actifs ou couvrir certains risques ne doivent pas être trop complexes. Un certain nombre d'entre eux font l'objet de discussions lorsqu'ils utilisent les techniques de financement sophistiquées comme celles qui ont pu être décrites au chapitre 4, notamment les *futures* et les options. Il s'agit aussi des produits améliorés par des prestations complémentaires proposées aux porteurs comme des contrats d'assurance pour les investisseurs importants…

RÉSUMÉ

Parmi les intermédiaires entre les épargnants, d'un côté, et les entreprises, de l'autre, figurent les banques commerciales, comme on a pu le voir au chapitre 3, mais aussi les fonds d'investissement qui se chargent de la gestion d'actifs pour le compte des investisseurs.

Il va de soi que les règles du droit islamique doivent être respectées par les gestionnaires, notamment dans le choix des actifs qu'ils se proposent de placer dans leurs fonds.

Comme cela est le cas chaque fois qu'une ingénierie juridique et financière est employée, elle se fait sur la base des contrats nommés : ainsi, les fonds sont-ils des structures juridiques émettrices de titres (*sukuk*) comme on l'a vu au chapitre 4, et effectuent-ils leurs opérations sur les bases des contrats présentés dans le chapitre 3, que ce soit le *murabaha*, l'*ijara*… C'est sur ce mode que sont créés et fonctionnent les fonds islamiques, que l'on peut classer en trois catégories, les fonds de dette, les fonds d'actions et les *hedge funds*.

Les fonds, dont les objectifs doivent être clairement définis, ne peuvent s'intéresser qu'à des entreprises exerçant une activité conforme aux principes de la *charia*. C'est pour cela que des critères bien précis ont été établis pour définir l'éligibilité de telle ou telle société à l'investissement islamique. L'indice Dow-Jones Islamic Market Index d'une part, les travaux de la Commission des opérations de bourse malaisienne (Malaysian Securities Commission) d'autre part, en fournissent deux exemples. Pour les cas qui ne satisferaient pas entièrement les spécifications, des techniques de purification des revenus sont prévues, surtout si l'on a recours à des produits complexes.

CHAPITRE 6

L'assurance islamique

Le concept même d'assurance peut poser un problème en droit islamique dans la mesure où les questions touchant à l'avenir ne sont pas du domaine humain. En matière financière, plus spécialement, le risque est nécessaire, le plus souvent, à la licéité des rémunérations provenant de l'activité économique, ce qui peut paraître contradictoire avec l'assurance.

Toutefois, la couverture des risques doit pouvoir se faire pour des raisons d'équité aussi bien que d'efficience économique.

C'est cette difficile équation que se proposent de résoudre les jurisconsultes musulmans.

Ces généralités méritent un bref développement avant que l'on aborde les produits d'assurance islamique.

L'assurance au regard du droit islamique

Lorsqu'il analyse ses risques, un agent économique définit ceux qu'il est prêt à assumer et ceux qu'il souhaite reporter sur un tiers. Les techniques d'assurance permettent ce transfert de risque d'un agent économique donné (l'assuré) vers l'agent économique (l'assureur) qui accepte,

dans le cadre d'un contrat spécifique (la police d'assurance) et en échange d'une commission (prime), d'indemniser l'assuré en cas de réalisation du risque. Financièrement, il y a échange de l'incertitude de la perte, qui peut être élevée, contre l'assurance du versement de la prime, qui est modeste.

La question de l'assurance est délicate en droit musulman. Certains estiment, en effet, que, la vie de l'homme étant entièrement entre les mains de Dieu (*swt*), cette dépendance (*tawakkul*) doit être entièrement acceptée et l'assurance n'a pas lieu d'être. La plupart des jurisconsultes estiment, en revanche, que le fait de prendre des précautions ne modifie en rien la dépendance de l'homme à l'égard de Dieu. Encore faut-il que l'assurance soit pure.

On peut ainsi opérer une distinction, importante en finance islamique, entre l'assurance pure et l'assurance spéculative. La première permet de couvrir un événement imprévu et en cas de réalisation, l'assuré percevra un dédommagement. La seconde envisage également des événements imprévus mais, en cas de réalisation, l'assuré peut enregistrer un gain.

Le débat sur la licéité de l'assurance au regard de la *charia* a porté sur les trois principales prohibitions du droit financier islamique : le *riba*, qui vise l'enrichissement sans cause, le *gharar* qui poursuit l'incertitude et le *maisir* qui interdit l'enrichissement aux dépens d'autrui, et donc le jeu. On n'abordera pas la discussion longue et difficile qui a porté sur cette matière et a abouti à un consensus international lors de la première conférence internationale d'économie islamique tenue à Mascate en 1976.

Les conclusions en sont les suivantes : l'assurance conduisant à un profit est illicite aux yeux de la *charia*, notamment au regard du *maisir*.

En revanche, le conseil des juristes de la Ligue musulmane mondiale a jugé que l'assurance coopérative était licite : il s'agit de la constitution, par un groupe de personnes qui travaillent dans le même secteur, d'un fonds commun mutuel destiné à indemniser tout participant qui doit faire face à des pertes spécifiques pour des raisons inattendues.

Cette formule démarque sensiblement l'assurance islamique de l'activité exercée par les compagnies d'assurances conventionnelles pour un certain nombre de raisons :

– d'abord, les règles en sont fixées par le droit islamique peu susceptible de modification sur l'initiative des hommes, ce qui lui donne une certaine solidité et donc une certaine prévisibilité ;

– le contrat d'assurance islamique n'est pas un contrat d'achat à un tiers de protection contre une rémunération car l'accent est mis sur la solidarité d'un groupe ;

– les primes font obligatoirement l'objet d'investissements licites sous le contrôle des assurés ;

– cette formule ne permet pas de profit car, lors de la dissolution du fonds, le solde est rétrocédé aux participants au prorata de leur participation ou encore donné à des œuvres de charité ;

– le gestionnaire, agent des participants, reçoit une commission qui rémunère son activité : il ne perçoit pas le surplus apparaissant, le cas échéant, entre les primes et les sinistres, qui revient à une société commerciale sous forme de *bénéfice technique*, ce qui évite le conflit d'intérêt entre le gestionnaire et les assurés ;

– la société d'assurance islamique paye l'impôt religieux, le *zakat*.

En principe, ce fonctionnement, où l'on ne trouve aucun élément de jeu ou d'enrichissement injustifié, ne génère pas d'avantage indu au bénéfice de tiers.

On remarque, incidemment, qu'un certain nombre des caractéristiques ainsi soulignées se retrouvent, dans l'assurance conventionnelle, dans le discours des assureurs mutualistes.

L'assurance autorisée par le droit islamique revêt la forme de garantie mutuelle (*takaful*) ou de coopération mutuelle (*ta'awun*).

Les produits d'assurance du droit islamique

Le *takaful* est un accord entre membres d'un groupe donné et aux intérêts communs, appelés participants, qui décident collectivement de se garantir les uns les autres contre un certain nombre de revers ou de pertes potentiels, clairement définis dans l'accord, par l'intermédiaire d'un fonds commun alimenté par les ressources de chacun des membres

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

du groupe et qui doit servir à indemniser les participants. Le fonds est investi conformément au droit islamique et sa gestion avisée doit procurer des profits. Il s'agit donc d'une entraide solidaire par l'intermédiaire d'une mutualisation des risques et des ressources.

Le *takaful* est une structure que l'on nommerait, en France, à but non lucratif, ce qui ne l'empêche pas, tout comme les associations dites de la loi de 1901, de réaliser des profits[1].

C'est d'ailleurs souvent selon ce modèle que fonctionnent les *takaful* lorsqu'ils rassemblent un petit nombre de participants aidés par un gestionnaire chargé des opérations quotidiennes. Si le groupe d'associés est plus important, ils peuvent être créés sur l'initiative d'un promoteur, une société spécialisée dénommée *gestionnaire de takaful* qui en assure ensuite la gestion.

Plusieurs formes de *takaful* existent selon la nature des diverses composantes de la gestion du fonds et selon ses objectifs.

On distingue l'assurance associative de l'assurance gérée commercialement.

L'assurance associative

L'assurance sans but lucratif utilise le modèle appelé *tabarru-based takaful*.

Dans ce modèle, originaire du Soudan, les promoteurs du *takaful*, pas plus que les assurés évidemment, ne perçoivent de revenu. La contribution versée à l'origine par les promoteurs est un prêt gratuit (*qard hasan*). Les participants font, quant à eux, un don (*tabarru*) au fonds de garantie mutuelle. Les pertes temporaires sont couvertes, également, par des prêts gratuits faits par les promoteurs. Les assurés sont en même temps les gestionnaires du fonds.

1. On sait que, en la matière, ce qui distingue les associations des sociétés n'est pas le fait de réaliser ou non des profits mais celui de les distribuer aux actionnaires dans le cas des secondes et de les mettre en réserves dans celui des premières.

Cette organisation se rencontre, le plus souvent, dans l'économie sociale, notamment sur initiative gouvernementale.

L'assurance commerciale

L'assurance gérée commercialement maintient, en tout état de cause, la distinction entre le fonds mutuel des assurés et un fonds constitué par les promoteurs, gestionnaires du *takaful*.

On en rencontre plusieurs formes selon qu'ils utilisent le *mudaraba* (commandite), le *wakala* (contrat d'agent), à côté de formes moins classiques.

➤ Le montage avec commandite

Le montage avec commandite utilise le contrat de *mudaraba :* le *mudaraba-based takaful*.

Cette formule se met en place en deux temps :

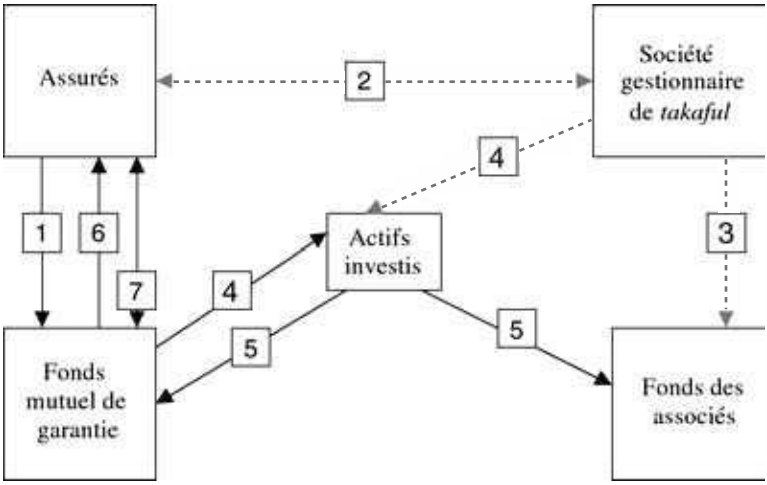
– les assurés constituent, d'une part, un fonds de garantie mutuelle, le *takaful* en tant que tel ;

– d'autre part, les assurés et une société mettent sur pied un accord de *mudaraba* dans lequel les premiers apportent leurs ressources (*rabb al-maal*) sous la forme du fonds de garantie mutuelle et la seconde sa capacité gestionnaire (*mudarib*). C'est uniquement du *mudaraba* que le gestionnaire de *takaful* retire son revenu grâce aux placements qu'il réalise, revenu bien entendu partagé avec le fonds mutuel de garantie selon les termes du contrat de *mudaraba*.

Plus précisément, les opérations se déroulent selon la démarche reprise dans la figure 6.1.

De cette manière, même si le *takaful* est géré de manière commerciale, il demeure une activité à but non lucratif. Les profits proviennent seulement du résultat des placements financiers.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit



1. Les assurés règlent leur prime qui est portée au compte du fonds mutuel de garantie.
2. Les assurés et une société gestionnaire de *takaful* conviennent d'un accord de *mudaraba* dans lequel la société gestionnaire est *mudarib* alors que les assurés sont *rabb al-maal* ; les assurés doivent alors bénéficier d'une représentation adéquate au conseil des directeurs du gestionnaire de *takaful* de manière à pouvoir surveiller les comptes et les investissements.
3. Les associés de la société gestionnaire de *takaful* créent un fonds appelé fond des associés distinct du fonds mutuel de garantie des assurés.
4. Le gestionnaire de *takaful*, en tant que *mudarib*, investit les ressources du fonds mutuel de garantie en respectant le droit islamique.
5. Les profits générés par l'investissement des ressources du fonds mutuel de garantie sont partagés entre les assurés et la société gestionnaire de *takaful*, selon l'accord de *mudaraba*, par crédit respectivement du fonds de garantie mutuel des assurés et du fonds des associés, sur lequel s'imputent les charges relatives aux opérations d'investissement. Ces deux fonds peuvent, d'ailleurs, être gérés ensemble pour peu qu'une comptabilité adéquate permette de faire la part des choses. Les pertes éventuelles sont imputées au fonds mutuel de garantie des assurés.
6. Les sinistres font l'objet d'une indemnisation conformément aux règles du *takaful* ; si le fonds mutuel de garantie dégage une perte technique (sinistres supérieurs aux primes), le gestionnaire de *takaful* (*mudarib*) doit, de lui-même, effectuer un prêt gratuit (*qard hasan*) pour maintenir la gestion.
7. Périodiquement, le surplus du fonds mutuel de garantie (primes diminuées des sinistres) est distribué aux assurés qui se voient demander une contribution complémentaire dans le cas contraire ; cette rétrocession peut aussi se faire sous la forme de primes moins élevées l'année suivante ; dans certains cas, la rétrocession n'est pas versée si le participant a connu un sinistre ou encore si le montant du sinistre excède le montant de la rétrocession. Il peut aussi ne pas y avoir de distribution mais report sur l'année suivante ou encore constitution de réserves distribuables ultérieurement ou non distribuables si les primes sont considérées comme des dons.

Figure 6.1 – Madaraba-based takaful

➤ Le montage avec agent

Dans cette formule, dénommée *wakala-based model,* le gestionnaire de *takaful* opère comme agent (*wakil*) des assurés qui le rémunèrent en tant que tel.

Les opérations se déroulent sensiblement comme dans le paragraphe précédent sauf que :

– le contrat de *mudaraba* est remplacé par un contrat de *wakala* (*cf.* chap. 3) ;
– la rémunération de l'agent peut être fixe ou bien représenter un pourcentage des primes encaissées par le fonds mutuel de garantie des assurés ;
– les dépenses afférentes aux opérations d'investissement sont imputées au fonds mutuel de garantie des assurés.

Le contrat de *mudaraba* est plus intéressant que le contrat de *wakala* pour le gestionnaire de *takaful* car il comporte un espoir de rémunération plus élevé alors que le second n'incite pas, en soi, le gestionnaire à gérer au mieux des intérêts des assurés.

Parallèlement, le contrat de *wakala* permet aux assurés d'avoir une meilleure transparence sur la rémunération de l'agent (*wakil*) que sur celui du *mudarib*, en évitant également diverses controverses juridiques sur le mode de rémunération (*cf. infra*).

➤ Montages différents

On rencontre des montages qui ne répondent pas exactement au cadre dessiné plus haut. C'est le cas avec le *mudaraba based takaful* malaisien[1].

Parmi les montages en commandite que l'on peut observer en Malaisie, on relève quelques exceptions :

– la prime est établie par la coutume (*urf*) ;
– le bénéfice technique (différence entre primes et sinistres) n'est pas reversé mais fait partie des profits du contrat de *mudaraba ;*
– les dépenses relatives aux opérations d'investissements ne sont pas imputées au *mudarib* (au fonds des associés de la société gestionnaire de *takaful*) mais au *rabb al-maal* (le fonds mutuel de garantie des

1. Voir *www.takaful-malaysia.com* et *www.takaful.com.my.*

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

assurés) ; dans certains cas, l'imputation se fait avant répartition des résultats.

La raison avancée pour cette particularité est que le montant des primes serait trop élevé si le gestionnaire n'améliorait pas ainsi ses revenus.

C'est également le cas avec un contrat d'agent[1] établi par la Bank al-Jazira où l'agent voit entrer dans sa commission une part du bénéfice technique, qu'il justifie comme élément d'incitation à bien gérer.

Pour terminer cette brève présentation, on ajoutera que la réassurance est possible (*retakaful*) même avec un assureur conventionnel du fait de la faiblesse de l'offre de réassureurs de droit islamique.

Dans ce cas, le gestionnaire de *takaful* ne peut recevoir de commission du réassureur à qui il transmet la gestion du fonds mutuel de garantie des assurés car il n'est pas son agent, mais il peut conserver une part des primes avant de les transférer au réassureur ou organiser un partage de profit avec lui.

Exemples de contrats

Il existe un grand nombre de contrats d'assurance de type *takaful* pour couvrir divers risques comme cela est le cas dans l'assurance conventionnelle : les contrats à caractère familial et les contrats généraux.

➤ Les contrats à caractère familial

Les contrats à caractère familial se divisent en contrats individuels, contrats collectifs, contrats hypothécaires et contrats d'épargne.

Les contrats individuels sont conclus essentiellement à long terme pour constituer une épargne destinée à couvrir différents risques (maladie, invalidité, décès…) ou encore la retraite, l'éducation des enfants…

Les contrats collectifs sont des contrats de prévoyance conclus par diverses organisations pour leurs membres.

1. Voir *www.baj.com.sa.*

Les contrats hypothécaires et les contrats d'épargne servent à rembourser un prêt en cas d'incapacité de l'emprunteur. Ils peuvent être à court, moyen ou long terme.

➤ Les contrats généraux

Comme leur nom le laisse supposer, les contrats généraux sont très variés.

Ils concernent l'incendie et ses conséquences, le vol, le bris d'objets, les pannes, les accidents du travail, les accidents personnels ou les accidents causés à des tiers…

RÉSUMÉ

L'assurance n'est pas une activité essentielle de la finance islamique dans la mesure où le principe même de l'assurance peut poser des problèmes de fond au regard de la *charia*.

En effet, un certain nombre d'écueils existent sur le plan religieux mais aussi plus spécifiquement dans le droit islamique qui proscrit le *riba*, la *gharar* et le *maisir*. Cette activité a longtemps suscité des interrogations qui ont nécessité une conférence internationale sur la question pour définir les contours d'une assurance licite.

L'assurance acceptée par la *charia* est basée sur le principe de la solidarité d'un groupe ou d'une communauté par l'intermédiaire d'un fonds permettant la mutualisation des risques. S'il arrive à l'assurance de s'organiser autour d'un modèle associatif, le plus souvent, c'est une démarche professionnelle qui est adoptée : les assurés confient la gestion de leur fonds à un spécialiste qui exerce les fonctions d'une compagnie d'assurances. Toutefois, les règles en sont spécifiques : c'est le modèle du *takaful,* que l'on peut mettre en place dans un contexte collectif, ou simplement familial.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

CHAPITRE 7

Les banques et la finance islamique

Les chapitres précédents ont exposé l'essentiel des contrats qui encadrent les opérations de finance islamique. La plupart des transactions sont faites avec des banques bien que certains fonds d'investissement puissent travailler de façon indépendante : environ 90 % des actifs seraient liés au secteur bancaire[1].

On a pu voir que la finance islamique présentait des différences notables avec la finance conventionnelle. Il n'est donc pas étonnant que les banques islamiques se distinguent également des banques conventionnelles.

Avant de mettre en avant quelques particularités des banques islamiques, on dressera un bref panorama de ces organismes dans le monde.

1. Voir Rapport d'information du Sénat du 14 mai 2008 sur la finance islamique.

Panorama des banques islamiques dans le monde

La finance islamique peut se rencontrer dans des banques conventionnelles comme dans des banques intégralement islamiques.

Banques conventionnelles et finance islamique

D'après un rapport récent du Sénat[1], environ 40 % des actifs à caractère islamique seraient portés par des banques conventionnelles. La finance islamique s'intègre ainsi peu à peu dans l'économie mondiale et, notamment, en Grande-Bretagne, aux États-Unis, en Suisse et aussi en France. La Banque mondiale, par l'intermédiaire de la Société de financement internationale, participe à la création de banques islamiques.

Les grandes banques internationales (HSBC, Deutsche Bank, Citigroup) s'y intéressent de près : c'est ainsi qu'une vingtaine d'établissements ont, par l'intermédiaire de filiales, une offre islamique. C'est le cas, par exemple, de HSBC ou de Lloyds TSB qui a ouvert le premier compte étudiant islamique en 2006.

Cette offre étant spécifique, il a été nécessaire de mettre en place un code de bonne conduite pour les annonceurs de manière à éclairer les consommateurs sur la nature des produits proposés, notamment sur les contraintes qui s'y attachent. L'autorité de régulation britannique, la FSA, veille sur ce point.

Les banques françaises ont fait des efforts importants pour manifester leur présence dans ce créneau : BNP Paribas à Bahreïn (2003) où elle fournit des solutions financières islamiques aux clients du groupe dans le monde entier, le Crédit Agricole (2004) et Sofinco (2007) disposent déjà de départements spécialisés dans leurs établissements du golfe Persique (à Bahreïn), tandis que SGAM AI, la filiale de la Société Générale, a lancé des produits financiers islamiques indexés sur des actifs structurés.

BNP Paribas a, d'ailleurs, mis en place la seconde émission la plus importante de *sukuk* en Arabie Saoudite, pour un montant de 650 millions de dollars.

1. *Ibid.*

Soumises aux mêmes contraintes et dispositions légales que la maison mère, notamment en matière de connaissance des clients, de lutte contre le blanchiment d'argent, etc., elles présentent quelques particularités : comité de *charia*, organismes caritatifs éligibles pour purifier les revenus…

Banques islamiques

On rencontre des banques islamiques dans les pays musulmans mais aussi dans les pays occidentaux.

➤ Les banques islamiques des pays musulmans

Avant de donner la liste des principales banques islamiques, il est intéressant de présenter les pays les plus actifs dans la finance islamique.

- *Les pays les plus actifs en finance islamique*

Tableau 7.1

Rang 2007	Pays	Actifs conformes à la *charia* (millions de dollars)
1	Iran	154 616
2	Arabie Saoudite	69 379
3	Malaisie	65 083
4	Koweït	37 684
5	Émirats arabes unis	35 354
6	Brunei	31 535
7	Bahreïn	26 252
8	Pakistan	15 918
9	Liban	14 316
10	Royaume-Uni	10 420
11	Turquie	10 066
12	Qatar	9 460

Source : *The Banker*.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

On constate l'importance de l'Iran en matière de finance islamique. Deux éléments expliquent cette situation : d'une part, l'importance de la population, d'autre part, l'ancienneté de la révolution iranienne (1979), contemporaine du début de la finance islamique, et qui a vu l'islamisation de l'ensemble du système bancaire du pays.

Par ailleurs, la Malaisie apparaît comme le pôle asiatique de la finance islamique. On a d'ailleurs vu, à plusieurs reprises, dans les pages qui précèdent, l'importance des innovations que les financiers et juristes malaisiens ont opérées en la matière.

• *Les banques islamiques*

On compte environ trois cents institutions islamiques travaillant dans près de cinquante pays.

C'est surtout dans le golfe Persique qu'on les rencontre avec quarante-trois organismes actuellement, dont un, originaire de Malaisie, fonctionne à Bahreïn. On en dénombre quinze, dont trois originaires du golfe Persique, en Malaisie.

Sur le plan de la taille, les banques islamiques les plus importantes se trouvent à Bahreïn, au Koweït, en Arabie Saoudite et en Iran.

Elles peuvent y opérer dans un environnement entièrement islamisé, par exemple en Arabie Saoudite où fonctionne la Banque islamique de développement. Cet organisme a un rôle international dans la mesure où son objectif est de renforcer le développement économique et le progrès social des pays membres et des communautés musulmanes.

Le tableau 7.2 donne un aperçu condensé du panorama bancaire islamique.

Tableau 7.2 – Aperçu condensé du panorama bancaire islamique

Rang	Raison sociale	Pays d'origine	Actif total (M$)	Dépôts (M$)
1	Bank Melli	Iran	21 860	16 066
2	Al Rahji	Arabie Saoudite	17 247	12 586
3	Bank Saderat	Iran	16 094	12 632
4	Bank Mellat	Iran	12 981	8 921
5	Bank Tejarat	Iran	11 038	7 665
6	Kuwait Finance House	Koweït	10 319	7 805
7	Bank Sepah	Iran	7 833	5 942
8	Dubai islamic bank	Émirats arabes unis	6 201	5 413
9	Bank Islam Malaysia	Malaisie	3 310	3 254

Source : Euromoney, *Trends in Islamic Banking 2005*, chiffres pour 2003.

À ce classement par les actifs peut s'ajouter un classement par rentabilité comme l'indique le tableau 7.3.

Tableau 7.3 – Classement des banques par rentabilité

Rang (ROA)	Raison sociale	Pays d'origine	Actifs conformes à la charia (millions de dollars)
1	Al Rajhi Bank	Arabie Saoudite	28 093
2	Qatar Islamic Bank	Qatar	4 090
3	Investment Dar	Koweït	3 978
4	ABC Islamic Bank	Bahreïn	3 484
5	Ithmaar Bank BSC	Bahreïn	3 180

Source : The Banker, 12 janvier 2008.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

➤ Les banques islamiques des pays occidentaux

Londres est le centre occidental de la finance islamique depuis l'implantation d'une première banque en 2004, l'Islamic Bank of Britain. Il est vrai que le gouvernement britannique a fait en sorte que la réglementation locale permette à cette finance de prospérer.

On compte aujourd'hui quatre autres banques islamiques à Londres : l'European Islamic Investment Bank (2005), the Bank of London and the Middle East (2007), the European Finance House (janvier 2008) et the Gatehouse (avril 2008) mais une seule banque de détail propose des produits compatibles avec la *charia*. Deux établissements se présentent comme étant des établissements spécifiquement islamiques.

Enfin, la Turquie dispose de quatre banques islamiques sur son territoire, dont trois sont contrôlées par des investisseurs bancaires du golfe Persique.

Particularités des banques islamiques

La seconde moitié du XX^{e} siècle a vu apparaître deux phénomènes largement concomitants : un suivi plus rigoureux des prescriptions religieuses par les fidèles et un enrichissement considérable de certains pays musulmans grâce à la hausse des prix de l'énergie. Il s'est alors agi d'utiliser cette masse d'argent selon les principes islamiques. La création de banques islamiques a été la réponse retenue par bon nombre de pays.

Les objectifs d'une banque islamique sont sensiblement différents de ceux des banques conventionnelles.

Ainsi, si, à titre d'illustration, on reprend les documents de présentation de la Shamil Bank of Bahrein, on constate qu'ils mettent en bonne place la *promesse* de la banque, dont les principaux éléments sont les suivants : atteindre un haut niveau de services conformes aux principes de la *charia* et aux attentes de ses clients ; assurer que toutes les actions de la banque répondent aux standards moraux les plus élevés pour satisfaire son engagement à respecter les enseignements de la *charia*. La philosophie de la banque islamique, rappelle ce document, est basée sur la redistribution de la richesse. La banque se distingue par son engagement ferme envers les valeurs islamiques et s'engage à perpétuer

l'emploi qu'elle fait de sa richesse dans des actifs productifs, des investissements, des transactions et dans la création de valeur pour la société dans sa totalité. En même temps, la banque se consacre au bien-être de ses employés et des communautés au sein desquelles elle travaille.

Comme on l'a vu dans les chapitres précédents, le principe de base de la finance islamique est que l'argent ne doit pas naître spontanément de l'argent. Dans ces conditions, la banque agit essentiellement comme un intermédiaire entre les apporteurs et les demandeurs de fonds. Elle agit en son nom propre ou par procuration au nom des déposants qui lui ont confié des ressources. À l'intérêt, elle substitue une rémunération du service rendu ou encore un partage du profit.

C'est pour cette raison que de nombreuses opérations classiques comme le prêt à intérêt, l'escompte, l'affacturage, le crédit documentaire ne font pas partie des produits proposés par ces établissements.

De ce fait, un certain nombre de particularités sont intéressantes à souligner. Il s'agit de la structure du bilan, des questions de *conformité* et des objectifs sociaux des banques islamiques.

Structure du bilan

La structure du bilan d'une banque est la résultante de la nature des relations entre celle-ci et ses clients qui engendrent des risques spécifiques à la finance bancaire islamique.

➤ Les relations juridiques entre la banque et ses clients

Les contrats établis avec les clients se reflètent dans la comptabilité de la banque.

- *Les contrats entre la banque et ses clients*

Les relations contractuelles se font sur la base des contrats nommés présentés dans le chapitre 3.

Il est intéressant de mettre en regard les activités de la banque conventionnelle et celles de la banque islamique.

Les principales relations contractuelles sont alors, schématiquement, présentées dans le tableau 7.4.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Tableau 7.4 – Principales relations contractuelles

Banque islamique	Contrat islamique correspondant	Banque conventionnelle
Débiteur-créditeur	*Ijara, Mudaraba, Wadiah*	Agent (services de conservation), débiteur-créditeur (dépôts, crédits, crédit-bail)
Conservateur	*Wadiah*	
Acheteur-vendeur	*Murabaha, salam, istisna*	
Investisseur-entrepreneur	*Mudaraba*	Investisseur-gestionnaire (capital investissement)
Investisseur-gestionnaire	*Musharaka*	

• *La comptabilisation des opérations*

Comme toute banque universelle, une banque islamique est une institution qui reçoit des dépôts, fait des crédits et prend des participations dans des projets et des entreprises.

Toutefois, la banque islamique réalise une intermédiation beaucoup plus active entre les apporteurs de capitaux et les demandeurs de fonds dans la mesure où elle peut servir d'agent pour les déposants et, surtout, de promoteur pour les projets et de partenaire actif avec les entreprises clientes.

C'est ainsi que le passif d'une banque islamique est sensiblement différent de ce que l'on peut rencontrer dans le bilan d'une banque conventionnelle. Il est, en effet, constitué de différentes catégories de dépôts : d'une part, les dépôts constitués par les clients et confiés à la banque à des fins d'investissement (dépôts *mudaraba* et *wakala*) et qui ne sont pas garantis en échange d'un partage des profits et des pertes ; d'autre part, les dépôts garantis ne procurant aucune rémunération. On les distingue selon les appellations ci-dessous (*cf.* chap. 3) :

– les comptes courants non rémunérés (*wadiah jariya*) représentent une part faible du passif d'environ 10 % ;

– les comptes d'épargne (*wadiah al-idhdhikhar*) utilisent le système associatif même si les modalités varient d'une banque à l'autre. Le montant de la distribution des revenus est décidé par la banque en

fonction des résultats de l'année, les pertes de la banque ne pouvant s'imputer sur ces comptes. Leur part est très faible dans le passif, environ 1 % ;

– les comptes d'investissement (*wadiah al-istithmar*), comptes typiquement islamiques, font intervenir intégralement le principe du partage des résultats, profits et pertes (environ 70 % des ressources totales de la banque).

Les uns sont à court terme et renouvelables, d'autres à moyen ou long terme. On distingue aussi les comptes correspondant à des dépôts d'investissement affectés à un investissement spécifique pour les uns, non affectés pour les autres. Dans ce dernier cas, l'argent alimente un fonds commun que la banque est supposée employer au mieux, en particulier dans le système de la commandite (*cf.* chap. 3, *mudaraba*).

À l'actif, on trouve les participations de la banque dans les entreprises induisant un partage des risques et les crédits finançant notamment l'actif circulant, l'ensemble étant conforme aux principes de la *charia* (notamment *mudaraba*, *musharaka*, *murabaha*).

Il est difficile d'obtenir des statistiques globales sur les emplois des banques islamiques car les rapports annuels ne distinguent pas toujours de manière détaillée la nature des actifs. Toutefois, il semble que l'on ne soit pas loin des proportions habituelles si l'on estime que le *murabaha*, le *musharaka* et le *mudaraba* représentent respectivement 70 %, 20 % et 10 % des emplois. Il s'agit donc essentiellement de financement à court terme, à caractère commercial et à risque limité.

Il est vrai que les banques souhaitent attirer les déposants et les retenir, ce qui les amène à limiter les risques de perte pour ceux-ci et à leur apporter des rendements élevés. De fait, la banque islamique se trouve dans cette double contrainte de réaliser des opérations à caractère islamique au bénéfice des entreprises de la communauté tout en conservant ses clients en leur offrant des rémunérations et une sécurité intéressants.

On peut alors mettre en regard le bilan type, d'une part, d'une banque conventionnelle et, d'autre part, d'une banque islamique, les particularités de cette dernière étant en italique.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Tableau 7.5 – Comparaison des structures de bilan

Banque conventionnelle		**Banque islamique**	
Actif	**Passif**	**Actif**	**Passif**
Immobilisations	Capitaux permanents	Immobilisations	Capitaux permanents
Titres d'investissement	Dépôts	*Stocks (murabaha)*	*Réserve pour risque d'investissement*
Titres de placement		Titres d'investissement	*Réserve pour égalisation des revenus*
Crédits	Autres dettes	*Investissements en capital-risque (musharaka)*	*Dépôts à profits partagés*
Trésorerie		*Investissements en commandite (mudaraba)*	*Comptes de dépôts (wadiah)*
Autres actifs		*Crédit-bail (ijara)*	Autres dettes
		Biens achetés à recevoir (salam)	
		Crédits gratuits (qard hasan)	
		Trésorerie	
		Autres actifs	

On remarque les différences sensibles entre les bilans dues aux spécificités de certains produits islamiques qui ont été détaillés au chapitre 3.

Au surplus, il n'existe pas de cantonnement à caractère juridique dans les ressources des banques conventionnelles alors que, dans le cas des banques islamiques, les dépôts pour investissements spécifiques (*cf.* chap. 3) sont cantonnés.

On peut, à partir de là, dresser une cartographie des risques de l'activité bancaire islamique.

➤ Les risques de la banque islamique

On a vu que les banques islamiques se proposaient de fournir à leurs clients des financements équitables et socialement responsables, de préférence sous forme de prise de participation, engagements qui doivent être entièrement *collatéralisés* par un support physique.

Cela rend l'analyse des risques classiques que sont la liquidité, la solvabilité et la rentabilité plus difficile à opérer chez elles que dans les banques conventionnelles.

On s'y essaiera donc avec toute la réserve qu'une différence de perspective peut générer.

Si l'on reprend les opérations présentées dans le paragraphe précédent et que l'on y ajoute les risques correspondants, on constate que la banque islamique encourt des risques différents de ceux que l'on relève dans les banques conventionnelles (tableau 7.6).

Tableau 7.6 – Comparaison des risques bancaires

Banque islamique	Contrat islamique	Risque	Banque conventionnelle	Risque
Conservateur	*Wadiah*	Banque	Agent, débiteur-créditeur (services de conservation, dépôts, crédits, crédit-bail)	Banque
Acheteur-vendeur	*Murabaha, salam, istisna*	Banque		
Débiteur-créditeur	*Ijara*	Banque		
Investisseur-entrepreneur	*Mudaraba*	Banque-déposant	Investisseur-gestionnaire (capital investissement)	Banque
Investisseur-gestionnaire	*Musharaka*	Banque-déposant		

Ce tableau conduit à établir deux cartographies différentes des risques bancaires comme le proposent les listes ci-dessous (tableau 7.7).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Tableau 7.7 – Cartographie des risques

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

Les réponses catégoriques oui ou non figurant dans le tableau 7.7 sont sans doute trop schématiques et méritent quelques commentaires.

On voit que la banque islamique, qui refuse le principe même de l'intérêt, n'est pas soumise directement au risque correspondant.

En revanche, son mode de fonctionnement en partenariat avec ses clients génère des risques spécifiques et en accentue d'autres :

– le risque de stock, dans la mesure où la banque islamique acquiert des biens pour le compte de ses clients et qu'elle peut avoir à gérer des stocks pendant un certain temps ou, à tout le moins, à en porter le risque (cas des contrats de *murabaha* et d'*ijara* notamment) : il se décompose en risque de contrepartie en cas de défaillance du client *in fine*, en risque de marché si le prix des biens varie et en risque opérationnel dans le cadre de la gestion courante du bien ;

– le risque de rentabilité au sens où les résultats de la banque dérivent directement de la profitabilité des entreprises ou des projets (cas de *mudaraba* et de *musharaka* notamment), ce qui est moins le cas des banques conventionnelles dont le crédit portant intérêt est la source de revenu principale ; pour autant, la volatilité de ce risque semble

moins importante selon certains travaux[1], ce que l'on peut expliquer par le fait que le coût du refinancement suit la rentabilité des placements ou qu'il est nul en raison des nombreux comptes de dépôts ;

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

– le risque de solvabilité concerne surtout les nombreuses banques islamiques qui n'ont pas atteint une taille critique ;

– enfin, le risque de concentration est spécifique dans la mesure où, pour l'instant, les emplois bancaires destinés à gérer les liquidités sont peu variés, où les grandes entreprises admises pour le placement des investissements sont peu nombreuses à satisfaire les critères islamiques et où, au passif, le nombre de contreparties institutionnelles est peu élevé.

Une mention particulière doit être faite pour certains autres risques :

– le risque juridique est important du fait que la finance islamique formule des exigences fortes en matière de conformité au droit islamique, qui se superposent au cadre juridique national dans lequel la banque évolue. Ce risque est crucial pour les banques islamiques puisque le principal argument qu'elles peuvent mettre en avant pour leurs clients est leur respect du droit islamique ; ceci inclut un risque de *conformité* important dans le contexte du fait de l'aspect moral du droit islamique ;

– le risque de marché dans la mesure où les possibilités de couverture sont limitées en raison de l'illicéité, au regard du droit islamique, de la plupart des instruments habituels ;

– le risque de liquidité pour des raisons similaires tenant au faible nombre d'instruments permettant de gérer la trésorerie et au manque de profondeur des marchés correspondants, le tout étant associé à la longueur des emplois face à la brièveté des ressources ;

1. Hassoune A., « Islamic banks profitability in an interest rate cycle », *Arab Review*, oct. 2002, vol. 4, n° 2, p. 54.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

– le risque de crédit, car un certain nombre de contrats prévoient un remboursement *in fine* et, surtout, le traitement des créances impayées, notamment en cas de défaut de l'emprunteur, n'est pas simple puisqu'il faut, selon le droit des contrats islamiques, que la banque démontre la faute ou la négligence de l'emprunteur pour pouvoir récupérer sa mise.

Gouvernance

La gouvernance des banques islamiques est particulière dans la mesure où ses relations avec les déposants sont différentes de celles que peut avoir une banque conventionnelle avec ses propres clients : en effet, la banque islamique est essentiellement un partenaire de ses déposants avec lesquels elle partage le fruit de ses investissements et un partenaire avec ses clients emprunteurs avec lesquels elle partage également le fruit de l'activité économique de ceux-ci. Le partenariat (*shirkah*) est, en effet, le maître mot de la finance islamique comme on a pu le voir à de multiples reprises.

Par ailleurs, l'objectif premier des banques islamiques est de promouvoir l'activité dans le respect des règles morales et religieuses islamiques. Cette attitude s'impose à l'ensemble du personnel de la banque et guide la gouvernance interne de l'établissement.

Comme dans le système bancaire conventionnel, la *conformité* est une priorité mais la question y est sensiblement plus complexe. En effet, dans les banques islamiques, la *conformité* comprend aussi le respect des prescriptions de la *charia*. Cela se traduit par le recours à deux fonctions :

– l'expression des *fatwa*, c'est-à-dire l'opinion des juristes musulmans (*fuqaha* sgl : *faqih*) sur les affaires nouvelles. La banque peut avoir son spécialiste interne, plus généralement son comité de *charia* aussi dénommé Bureau de supervision religieuse (Shariah Supervisory Board) ou avoir recours à un conseil des ulémas à compétence nationale dont l'avis est requis avant la mise en place de contrats nouveaux ; ce point est essentiel du point de vue religieux et moral mais aussi parce qu'on estime que le respect des règles du droit islamique, permettant notamment de réduire l'asymétrie d'information,

assure une meilleure efficience de l'économie en général et de la finance en particulier ;

– l'audit de conformité à la *charia*. Le plus souvent, il s'agit là encore d'un audit interne mais la banque peut avoir recours à un audit externe qui produira des recommandations.

Les Bureaux de supervision religieuse sont intégrés aux organigrammes des banques. Ce sont des instances le plus souvent consultatives chargées d'examiner la licéité, au regard du droit musulman, des opérations bancaires. Elles expriment une opinion juridique appelée *fatwa,* l'ensemble de ces opinions étant conservées dans un recueil interne. Les consultations portent sur des sujets divers, politiques, économiques, financiers, soulevés aussi bien par les conseils d'administration que par la clientèle. Il peut s'agir d'opérations concernant les métaux précieux, les devises étrangères, les commissions sur opérations… Le plus souvent, la *fatwa* émet une argumentation faisant référence aux avis des écoles de pensée et, lorsqu'une réserve est formulée, elle rappelle les principes islamiques à respecter.

Ces bureaux sont composés de juristes spécialisés dont la réputation fait la valeur de l'opinion juridique émise. Ils peuvent donc contribuer au succès de la banque et des produits que celle-ci propose. Cette association satisfait, notamment, l'école hanéfite dont le fondateur proclamait : « Tout marchand devrait se faire accompagner par un faqih lui permettant, par ses conseils, d'éviter le riba dans ses opérations[1]. » Pour autant, cela suppose que le bureau de supervision religieuse fasse preuve d'indépendance et d'intégrité pour que la confiance dans ses avis ne puisse être altérée. C'est un point auquel les banques doivent porter une attention toute particulière.

Les prérogatives de ces organes sont variables : certains sont purement consultatifs, d'autres peuvent surveiller l'application de leurs recommandations en pratiquant une sorte de contrôle interne ou de contrôle de conformité comme on le voit dans les banques occidentales aujourd'hui.

1. Voir Galloux M., *Finance islamique et pouvoir politique. Le cas de l'Égypte moderne*, Paris, PUF, 1997, p. 47.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Il n'est pas inutile d'observer que les banques occidentales attachent désormais, elles aussi, un grand intérêt aux questions de *conformité*. Le contenu du concept est sans doute différent de ce que l'on a présenté pour la banque islamique puisqu'il recouvre notamment toute la réglementation nationale qui s'impose aux établissements : lois et règlements notamment. S'y ajoutent des codes de déontologie ou de bonne conduite divers aux contenus imposés par la profession (en particulier pour les titres ou la lutte contre le blanchiment de l'argent) ou déterminés par la direction de la banque. Le rôle du responsable de la conformité s'accroît et il n'est pas rare que de simplement consultatif, il devienne aussi délibératif.

On constate ainsi un rapprochement des approches entre la finance islamique et la finance conventionnelle tout simplement du fait du retour de la morale (appelée éthique) dans la vie économique occidentale.

Objectifs sociaux

La banque islamique occupe une place particulière dans la communauté qu'elle marque par des actions spécifiques.

➤ Une place particulière dans la communauté

Les banques conventionnelles existent depuis de nombreuses années dans les pays musulmans. Elles s'y sont développées selon le modèle international et ont marqué l'appartenance de ces pays à la communauté économique et financière internationale.

À leurs côtés, les banques islamiques semblent être des établissements plus proches de la population, dont la culture demeure essentiellement traditionnelle et religieuse. En effet, « la culture islamique ne peut intégrer l'utopie occidentale d'un système de marché autonome […], qui suppose que l'homme n'agisse qu'en fonction de son intérêt individuel et de la possession de biens économiques. Tout à l'opposé, l'économie s'insère en islam dans une rationalité qui n'est ni individuelle ni possessive, mais essentiellement réglée par le besoin de sauvegarder l'intégration du groupe social[1] ».

1. Badie B., *Culture et politique*, Economica, Paris, 1986, p. 97.

C'est ainsi que « la banque islamique est une institution autant culturelle qu'économique, qui sera à même de créer et développer dans la société un courant propageant les valeurs et les principes correspondant aux nécessités du développement[1] ».

Juridiquement, une banque islamique est d'abord un établissement qui se déclare comme tel même si l'on peut mettre en évidence telle ou telle caractéristique fonctionnelle propre. Par ailleurs, son statut peut prendre diverses formes : public ou privé, société de placements de fonds, succursale ou département islamique de banque conventionnelle.

C'est « le principe de partenariat entre le financier et l'entrepreneur qui fonde la légitimité religieuse des actuelles banques islamiques[2] ». En réalité, la banque servant d'intermédiaire entre le déposant et l'entrepreneur, il existe un partenariat entre le déposant et la banque et également un partenariat entre la banque et l'entrepreneur. Vis-à-vis des épargnants et des emprunteurs, la légitimité de l'établissement se fonde ainsi sur une rémunération des dépôts et sur des modalités de prêt et d'association spécifiques et aussi sur la constitution d'un fonds de *zakat*, fonds qui accueille les sommes correspondant à l'impôt islamique destiné à des œuvres pieuses.

L'État peut souhaiter favoriser ce genre d'établissement dont l'action sociale conforte la sienne propre. C'est ainsi que la banque islamique Faysal d'Égypte, de capital saoudien à 49 %, a, lors de sa création en 1977, bénéficié d'un statut dérogatoire au droit commun : non-soumission aux textes sur le contrôle du crédit (à l'exception des opérations en devises locales), à la réglementation sur le contrôle des changes, aux dispositions de la législation du travail, protection contre tout risque de nationalisation…

1. Galloux M., *Finance islamique et pouvoir politique. Le cas de l'Égypte moderne*, Paris, PUF, 1997, p. 23.
2. *Id.*, p. 18.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

➤ Des actions spécifiques

Les chapitres précédents ont montré que l'islam encourage l'enrichissement par le travail, par le commerce et l'investissement, mais qu'il le prohibe quand il provient de l'intérêt. Il refuse aussi la thésaurisation qui retire l'argent du circuit productif au détriment de la communauté. L'enrichissement doit aussi profiter à tous les membres de la communauté par l'intermédiaire du *zakat*. Cet enrichissement, qui se traduit par un partage des profits et des pertes, repose sur deux facteurs, le travail *(amal)* et le risque (*mukhatara*) et non sur le triptyque classique dans les économies conventionnelles constitué du travail, du capital et de l'innovation, celle-ci n'étant pas toujours bien considérée (*cf. supra* chap. 2).

La spécificité de l'activité s'observe surtout dans l'aide apportée à la communauté. Dans la mesure où les banques islamiques doivent avoir pour objectifs aussi bien le profit que la morale, elles doivent mettre en place des programmes sociaux qui sont une manière de satisfaire à leurs obligations religieuses. Le financement de ces actions se fait aussi bien par l'intermédiaire de l'impôt religieux ou aumône légale (*zakat*) que par des dons.

Cela passe par ce que l'on pourrait appeler des *prêts sociaux* (*qard hasan*) et par la Caisse de l'aumône légale.

Les prêts sociaux sont des prêts gratuits que les emprunteurs sont simplement obligés de rembourser à l'échéance ou à première demande du prêteur, avec une clause qui apparaît dans certains cas : le remboursement n'est exigé que si l'emprunteur est en mesure d'y faire face.

La Caisse de l'aumône légale est alimentée aussi bien par l'argent des clients de la banque que par celui de « tout musulman désireux de s'acquitter de ce devoir religieux[1] », auxquels la banque rend le service de collecter et d'utiliser les sommes de la *zakat*. Pour peu qu'elles soient consacrées à des œuvres bien visibles, ces sommes confèrent à la banque reconnaissance et notoriété et assoient sa réputation dans la communauté.

1. *Ibid.*, p. 74.

C'est le comité de *charia* qui est compétent pour approuver les initiatives en la matière. C'est d'ailleurs souvent lui qui gère les fonds dégagés à cet effet.

On comprend ainsi que la banque islamique ne soit pas seulement un établissement qui cherche à faire du profit mais que sa dimension morale soit importante.

C'est dans ce cadre que se situe le débat animé qui oppose à cet égard les tenants de l'option selon laquelle la banque doit d'abord tenir compte de ses actionnaires (*shareholders*) de ceux qui pensent que la communauté économique doit avoir son mot à dire (*stakeholders*). Ainsi, selon que l'on considère que l'entreprise est une simple entité juridique composée d'un ensemble de contrats, de créances et de dettes ou qu'il s'agit d'un organisme économique et social inséré dans une communauté et portant une part de responsabilité quant à la prospérité de celle-ci, la gouvernance de la banque et son message à ses clients seront sensiblement différents. C'est cette dernière vision que professent le plus souvent, à des degrés divers, les banques islamiques.

De ce fait, la banque islamique appartient bien au milieu de la finance éthique.

Ce faisant, elle a des défis spécifiques à relever dans un monde financier dominé par la finance conventionnelle.

C'est ce que se propose d'examiner le prochain chapitre.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

RÉSUMÉ

Si la finance islamique concerne les transactions entre tous les agents économiques, on constate que la présence des banques est prépondérante dès qu'il s'agit de financement : environ 90 % des actifs seraient liés au secteur bancaire.

De fait, la finance islamique se rencontre aussi bien dans des banques conventionnelles, car les grandes banques mondiales comptent le plus souvent un département ou une filiale spécialisés dans ce domaine, que dans des banques exclusivement islamiques, qui existent dans les grands pays musulmans (Iran, Malaisie…) mais aussi dans les pays occidentaux.

Les banques qui proposent cette activité présentent des particularités liées à la spécificité de la finance islamique. On les reconnaît à plusieurs traits : la structure du bilan, qui met en évidence les différents types de contrats passés avec les clients, à l'actif comme au passif ; surtout, la structure de la cartographie de leurs risques, dont certains sont inhabituels comme le risque sur stock ; l'importance des questions de conformité à la charia de l'organisation et du fonctionnement de la banque, comme en témoigne la présence de comités de *charia* dans leur organigramme ; l'affichage d'objectifs moraux et sociaux comme la conduite d'actions spécifiques dans le cadre, ou non, de l'aumône légale.

CHAPITRE 8

Les défis de la finance islamique

Même si certains théoriciens de la finance éthique estiment qu'une attitude *socialement responsable* favorise les affaires, d'autres penseurs contemporains, comme André Comte-Sponville, établissent une césure entre l'ordre de la morale, l'ordre juridique et celui de l'économie qui, pour eux, ne se situent pas au même niveau. Ils recommandent même d'éviter l'interférence entre ces ordres, relevant les difficultés qui s'attachent à une confusion des genres. C'est d'ailleurs la pensée qui domine depuis plusieurs siècles dans les pays qui font état de la réussite économique la plus évidente.

La finance islamique se proposant de marier morale, droit et économie, s'expose à des difficultés techniques dues aux contraintes que la morale lui impose.

Les défis qu'elle doit relever sont de plusieurs ordres.

Il s'agit, en premier lieu, de l'insécurité juridique qui s'attache à la finance islamique du fait que le droit islamique des affaires se superpose à des droits nationaux et que des controverses doctrinales parcourent celui-ci.

En deuxième lieu, la mise en œuvre de la finance islamique dans le monde bancaire et financier rencontre des difficultés dues à certaines règles juridiques islamiques spécifiques.

Un troisième défi se trouve dans la performance que cette finance peut apporter aux déposants et aux investisseurs. Toutefois, le manque de données générales et comparables, plus généralement d'un outil statistique développé, ne permet pas de tirer de conclusion sur ce point.

L'insécurité juridique de la finance islamique

L'insécurité juridique liée à la finance islamique tient, notamment, à l'existence de controverses doctrinales sur le droit islamique des affaires et sur la difficulté à faire coexister un droit transnational et des droits nationaux. On indiquera comment certains pays européens procèdent en la matière.

Controverses sur le droit islamique

Comme on l'a vu dans le chapitre 2 portant sur le droit islamique des affaires, il existe plusieurs écoles de droit au sein même de la famille sunnite qui n'est elle-même qu'une famille de pensée de l'islam. On a pu remarquer également, lors de la description des divers produits dans les chapitres 3 à 6, qu'il existait des divergences de point de vue entre certains juristes du golfe Persique et certains juristes de Malaisie.

L'insécurité juridique est sans doute un obstacle important au développement de la finance islamique.

On prendra quelques exemples pour illustrer le propos : l'autonomie de la volonté, les difficultés d'interprétation et les fictions.

➤ L'autonomie de la volonté

Le chapitre 2 a montré que la question de l'autonomie de la volonté se posait en droit islamique des affaires, ce qui fragilise de manière importante le système contractuel.

Les différentes écoles ne sont pas unanimes sur la question et le système des clauses adjointes montre l'étendue des contraintes.

• *La position des écoles juridiques*

C'est ainsi que :

– pour les hanéfites, la volonté à elle seule n'est pas génératrice de droits et d'obligations. La formation du contrat suppose deux déclarations concordantes : un état d'esprit favorable au contrat (*rida*) que l'on pourrait assimiler à la capacité au moins psychologique de contracter ; l'intention (*qasd*), ensuite, qui déclenche le processus. Le *rida* est nécessaire à la validité du contrat. Ainsi, en son absence (que l'on pourrait ranger approximativement dans la famille des vices du consentement), chacune des parties peut demander la nullité de la convention ;

– pour l'école malikite, la volonté des parties est essentielle car elle insiste sur le motif qui a amené les parties à contracter. De ce fait, les contrats entachés d'un vice de consentement ne sont pas seulement susceptibles d'être annulés : ils sont nuls et sans effets *ipso facto* ;

– quant aux hanbalites, ils « prônent la souveraineté de l'autonomie de la volonté et admettent que les individus soient parfaitement libres d'insérer dans un acte juridique clauses et stipulations qui ne sont pas en contradiction avec les règles de la charia. […] En d'autres termes, est autorisé tout ce qui n'a pas été expressément interdit par la charia[1] ». C'est une formulation proche de l'autonomie de la volonté, limitée simplement par l'ordre moral.

La possibilité d'insérer dans les contrats des clauses correspondant aux desiderata des cocontractants est donc très limitée.

Cela est illustré par la problématique des clauses adjointes.

• *Les clauses adjointes*

Les clauses adjointes sont des clauses contractuelles qui s'ajoutent aux dispositions spécifiques du contrat type. Or l'existence même de ces clauses ou, à tout le moins, leur contenu sont sources de controverses doctrinales.

1. Comar-Obeid, *Les Contrats en droit musulman des affaires*, *op. cit.*, p. 39.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

En théorie, les clauses adjointes au contrat sont inefficaces, ce qui restreint d'autant la liberté contractuelle, au nom du principe fondamental de l'unité interne du contrat : il ne doit pas y avoir de contrat dans le contrat.

Pour autant, les écoles de pensée juridique ont des points de vue nuancés sur la question.

Les chaféites et les malikites admettent ces clauses quand les hanéfites ne font que les tolérer (*cf.* chapitre 2). La thèse inspirée par une école ancienne aujourd'hui peu présente, l'école zahirite, exclut les clauses adjointes : « Il n'est pas permis à la volonté humaine de façonner à sa guise les actes juridiques et d'en fixer le contenu […] il n'y a pas de place dans le *fiqh* pour l'autonomie de la volonté[1]. »

Même si elles sont acceptées, elles subissent des limitations fortes qui concernent les stipulations contraires à la morale et aux textes religieux. On peut, à cet égard, citer l'extrait suivant : « Il n'est pas permis de réunir un prêt et une vente, de stipuler deux conditions dans une vente et de vendre ce qu'on ne possède pas actuellement[2]. »

Ces controverses rendent difficile la mise au point des contrats même sur des sujets relativement simples et, surtout, accroissent l'insécurité juridique des relations d'affaires.

Qu'en est-il, en définitive, de la liberté contractuelle dans ce cadre ? Elle est, en droit musulman, particulièrement limitée.

La règle est que « tout accord de volonté est efficace pourvu qu'il ne déroge pas aux principes établis[3] ». Or le champ prescriptif est tellement étendu que la liberté contractuelle se trouve, de fait, très réduite.

Le contrat, en fin de compte, vise un but dont les modalités de réalisation sont strictement encadrées par la loi :

> « Le rôle de la volonté est simplement d'amorcer le processus contractuel en choisissant un contrat déterminé, mais les effets de ce contrat sont réglementés par la charia et s'appliquent de façon automatique[4]. »

1. *Id.*, p. 36.
2. Sanhoury, t. III, p. 166, cité par Comar-Obeid, *op. cit.*, p. 39.
3. Chéhata Ch, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, *op. cit.*, p. 105.
4. Comar-Obeid, *op. cit.*, p. 33.

➤ Les difficultés d'interprétation

À ces positions de principe se superposent les difficultés d'interprétation qui peuvent porter sur les produits eux-mêmes, plus généralement, sur les concepts ou encore sur le principe même de l'interprétation et, enfin, sur le péché cardinal en droit islamique, le *riba*.

• *Les produits*

À titre d'illustration, on présentera les divergences concernant les produits parmi les plus répandus que sont la vente *salam* et le *murabaha*.

La vente salam

On peut voir sur un exemple important qu'est la vente *salam* (*cf.* chap. 3) des nuances non négligeables entre les écoles.

L'école hanéfite est très exigeante quant aux conditions d'existence de la chose, objet de la vente, de la conclusion du contrat à la livraison. Pour l'école chaféite, il suffit que la chose soit bien déterminée mais elle peut ne pas être présente au moment de la vente. Pour les malikites, la vente peut porter sur tout objet qui se pèse ou se mesure ; la présence de l'objet n'est pas nécessaire lors de la conclusion du contrat et même le paiement peut être différé jusqu'à la livraison. Pour les hanbalites, enfin, l'objet est défini largement et il peut simplement être présent au moment de la livraison.

Le murabaha

Malgré le fait que ce soit la technique la plus répandue, le *murabaha* rencontre de nombreuses critiques :

– les promesses d'achat et de vente seraient illicites dans la mesure où elles imposent des obligations incontrôlables puisque l'acheteur promet d'acheter un bien qu'il n'a pas encore vu et que le vendeur promet de vendre un bien qu'il ne possède pas encore ;

– si le prix différé est plus élevé que le prix au comptant, cela reviendrait à la rémunération d'un prêt, pratique entachée de *riba* ;

– en pratique, des pénalités sont facturées en cas de retard de paiement alors que le débiteur devrait en être exonéré ;

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

– en définitive, le *murabaha* serait un contournement de la *charia* car il s'agirait d'un crédit déguisé : montant et échéance sont fixés à l'avance et la marge est certaine au défaut de paiement près.

À ces critiques s'ajoutent les dissensions sur la pratique du double *murabaha* qui est une opération largement pratiquée par les banques islamiques, au moins d'après ce que l'on en voit en Occident. Elle fait l'objet d'une controverse doctrinale. On peut la résumer de la manière ci-dessous.

Sur proposition d'un client, une banque achète une marchandise pour la revendre à ce client moyennant un paiement comptant du prix (premier *murabaha*). Le client cède alors immédiatement ladite marchandise à la même banque mais le paiement se fera à une échéance ultérieure et le prix de la marchandise sera plus élevé (second *murabaha*). De cette manière, économiquement parlant, le client perçoit à terme un montant plus élevé que celui qu'il a versé au comptant en échange d'une immobilisation de ses fonds pendant une certaine période.

Certains voient dans cette double opération de vente au comptant puis à crédit un placement à terme de trésorerie rémunéré par un intérêt.

Une conférence tenue à Dubaï en 1979 a mis à jour des divergences sur le sujet et notamment les arguments des contempteurs de cette technique qui excipent de l'avis des fondateurs des écoles malikite et chaféite. Toutefois, la majorité des juristes semblent accepter cette opération.

En effet, en principe, lorsqu'il propose à la banque d'acheter la marchandise, le client ne s'engage pas à la racheter ensuite : l'opération peut ainsi s'analyser en la succession de deux promesses d'achats générant donc une part de risque de contrepartie. L'opération comporte en effet deux risques : l'un est lié à l'achat de marchandise avec les aléas de ce type de transaction (retards, détérioration, qualité inappropriée…) ; l'autre est un risque de contrepartie puisque le client peut faire défaut. Au surplus, la banque apporte un service particulier au client quand elle choisit le vendeur : celui-ci peut préférer traiter avec une banque plutôt qu'avec une entreprise qu'il ne connaît pas nécessairement, et, de ce fait, il peut consentir à la banque un prix plus bas dont bénéficie le client.

L'opération enregistre donc les deux éléments caractéristiques de la finance islamique : la prise de risque et le travail effectué.

Il est aussi possible de raffiner l'opération en y insérant un voire deux intermédiaires de la manière suivante : le client demande à la banque d'acheter une marchandise pour son compte en tant qu'agent : celle-ci s'adresse à un premier fournisseur qui vend la marchandise au client. Ce dernier cède alors les biens en question à la banque qui les revend à un tiers.

Le montage juridique, comptable et fiscal n'en est pas simplifié mais il présente une meilleure conformité au droit islamique des affaires et, d'ailleurs, ce genre d'opération se rencontre fréquemment.

• *Les concepts*

Plus généralement, même si l'ensemble du contrat est rédigé de manière correcte, il demeure des difficultés d'interprétation dues au flou qui entoure un certain nombre de notions. On peut se poser, par exemple, des questions sur les concepts suivants, contractuels ou non :

– qu'est-ce que la richesse ? comment augmenter les richesses ?
– quelle est la différence entre un actif matériel et un actif immatériel ? comment les actifs immatériels contribuent-ils à la richesse ?
– quelles sont la nature et l'origine de la monnaie?
– quel est le statut de la propriété?
– le passage du licite à l'illicite : la frontière peut être difficile à discerner, les nuances nombreuses mais les conséquences se traduisent par une réponse binaire qui engage l'avenir de l'opération ;
– la notion d'activité spéculative peut être variable selon que l'on intègre des notions comme l'intérêt général, la nécessité… ;
– le juste prix est un point particulièrement difficile à traiter : est-ce le prix d'origine, est-ce la valeur du bien au moment où la question de la revente se pose… ? ;
– cette question du prix évoque en particulier l'impact de l'inflation sur le taux d'intérêt et, notamment, sur le partage équitable du profit : la question de l'inflation est un problème épineux que certains juristes et économistes musulmans ont essayé de traiter : le prix nominal reflète-t-il toujours la valeur réelle du bien dans la mesure où l'étalon qu'est la monnaie a changé ? ;

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

– le profit et le partage équitable de celui-ci est une autre question difficile. La question du calcul du profit réalisé au cours d'une opération est particulièrement importante pour les banques qui sont des partenaires des entrepreneurs : quels sont les éléments à faire entrer dans le calcul ? ;

– quelle est la valeur des choses ? quelle est la valeur du travail ?

– les relations entre le profit légitime et le juste prix : il s'agit ici aussi de problèmes concrets de calcul au cas par cas ;

– le prix de rachat : doit-il être le prix historique ? un prix de marché ? un prix négocié ?

– etc.

Les réponses peuvent, bien entendu, différer selon les spécialistes et, notamment, selon les écoles traditionnelles de pensée.

La recherche d'interprétations et d'opinions est alors une activité importante du juriste. Il existe, à cet effet, des recueils de jurisprudence et les sites internet de diverses autorités proposent de répondre précisément à des questions concrètes posées par les musulmans.

Cela conduit à une certaine confusion[1], qui voit éclore des avis très variables même sur la question de l'intérêt (*cf.* chap. 2).

C'est ainsi que, en 1930, un savant religieux syrien, du nom de Marouf al-Doualibi, recommanda de limiter l'interdiction de l'intérêt aux prêts à la consommation, les prêts à l'investissement assortis d'un intérêt étant alors tolérés.

Plus près de nous, en 1989, le Mufti de la république d'Égypte déclara, dans une *fatwa*, que l'intérêt gagné sur certains bons émis par le gouvernement égyptien était licite : il s'agissait d'un partage des profits avec l'État (*cf. infra* « Le *riba* »).

Il n'a pas été non plus reproché à des musulmans d'avoir prêté à intérêt à des non-musulmans, pratique en vigueur en Europe lorsque les juifs prêtaient aux chrétiens, pour peu que l'intérêt perçu soit versé à des œuvres charitables.

1. Martens A., *La Finance islamique : fondements, théorie et réalité*, Cahier 2000-2001 de l'université de Montréal.

On a pu aussi autoriser des entreprises à souscrire des emprunts portant intérêt auprès de banques conventionnelles à condition qu'elles ne représentent qu'une part faible de l'actif de l'entreprise.

Plus généralement, certains pays islamiques font des emprunts à l'étranger dans le cadre de la finance conventionnelle et règlent des intérêts.

• *Le principe de l'interprétation : le* qiyas

Parmi les discussions diverses qui existent sur le *qiyas* (*cf.* chap. 2), on peut distinguer des controverses sur son principe même, liées aux *hadiths*, qui sont la relation des actes et déclarations du Prophète dans le cadre de sa vie courante. Le principe du *qiyas* est refusé par l'école zahirite – au demeurant peu représentée – qui argue que le Coran ne le permet pas du fait qu'il est complet. Elle ajoute que le *qiyas* se fonde sur l'opinion personnelle qui n'est que conjecture.

En revanche, le *qiyas* est accepté par les quatre écoles sunnites qui, outre le fait qu'elles le trouvent mentionné dans le Coran et la Sunna, y voient la méthode la plus importante de l'*ijtihad*.

Toutefois, des différences apparaissent entre ces écoles : la plupart admettent que le *qiyas* s'applique aux punitions prescrites par le Coran et la Sunna (*hadud*) sauf l'école hanéfite qui ne l'accepte que pour les sanctions établies par la loi civile et les tribunaux (*tazir*).

• *Le riba*

Les difficultés d'interprétation ne touchent pas uniquement l'aspect spécifiquement juridique des choses. Il peut y avoir des enjeux économiques importants selon que telle ou telle conception d'un produit bancaire est adoptée. À titre d'illustration, on relatera rapidement une controverse qui émut l'Égypte voici une vingtaine d'années[1]. La Banque nationale d'Égypte (banque Ahli) émettait depuis 1965 des certificats d'investissement, dont elle avait le monopole, qui pouvaient être souscrits librement par les épargnants et dont le produit de la collecte était utilisé par l'État, par l'intermédiaire de la Banque nationale d'investissement, pour des besoins d'investissements. Parmi ces certificats, certains augmentaient régulièrement la valeur du capital de

1. Galloux M., *Finance islamique et pouvoir politique. Le cas de l'Égypte moderne*, Paris, PUF, 1997, p. 160.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

l'épargnant selon une norme fixée par la banque le jour de la souscription, l'ensemble étant récupéré au terme ; d'autres, dits à revenu régulier, permettaient au souscripteur de percevoir tous les six mois un intérêt. Les titres étaient nominatifs, non cessibles, exonérés d'impôt et leur montant était déductible de l'assiette de l'impôt sur le revenu l'année de la souscription.

En 1989, le premier mufti d'Égypte, appelé mufti de la République, c'est-à-dire le jurisconsulte officiel et suprême du pays, émit une *fatwa* (le 6 septembre 1989) selon laquelle les certificats de la banque Ahli étaient licites au regard du droit musulman. Cette *fatwa* fut contestée, notamment par le Grand Imam de l'université al-Azhar du Caire, du chef que les certificats en question produisaient un intérêt, ce qui n'est pas autorisé par le droit islamique. Le mufti de la République expliqua sa position dans un ouvrage complet et dans plusieurs articles publiés dans la presse de grande diffusion : les opérations de dépôt et de prêt sont assimilables à des commandites (*mudaraba*) parfaitement licites. En premier lieu, dans l'affaire en question, le commanditaire était l'acquéreur des certificats d'investissement apporteur de fonds et le commandité était la Banque nationale d'investissement, gestionnaire des fonds ; en second lieu, le droit musulman n'interdit pas la fixation à l'avance du profit tiré du *mudaraba*, le taux d'intérêt étant simplement une méthode de calcul, et cela ne lésait personne dans la mesure où l'accord était mutuel et conclu à l'origine de l'opération ; enfin, ces produits aidaient l'État dans la réalisation d'investissements bénéfiques à l'ensemble de la société.

Dans une autre circonstance, un ancien président de l'université al-Ahzar intervint pour protester contre la *fatwa* du président du bureau de supervision religieuse des branches islamiques de la banque Misr (une des plus grandes banques égyptiennes) qui autorisait l'établissement à agréger les comptes des activités conventionnelles et islamiques.

Il n'est pas, bien entendu, question de prendre parti dans ces affaires. Au contraire, l'objectif de ces quelques lignes est de montrer que peuvent naître, sur des points aussi fondamentaux du droit islamique des affaires qu'est l'intérêt, et donc le *riba*, des polémiques importantes mobilisant les plus hautes autorités juridiques du pays.

Aussi faut-il être particulièrement vigilant en la matière et ne jamais considérer une position comme acquise, d'autant qu'il n'existe pas d'autorité mondiale incontestée dans un droit financier qui franchit les frontières.

Cette situation d'insécurité juridique est accentuée par la pratique des fictions juridiques qui se justifie par le caractère objectif du droit islamique, comme on a pu le voir au chapitre 2 : le respect de la lettre est souvent privilégié même si l'esprit du texte semble battu en brèche, du fait de la méfiance ontologique à l'égard de l'interprète humain d'un texte sacré ou des opinions reconnues comme définitivement justes par la collectivité (*ijma*).

Dans ces conditions, il peut être intéressant et productif d'imaginer des mécanismes juridiques permettant d'atteindre l'objectif économique et financier tout en respectant la lettre du texte juridique. C'est l'objet des fictions juridiques.

➤ Les fictions juridiques

La fiction juridique n'est pas une invention du droit musulman. Tous les droits y ont recours, comme c'était déjà le cas du droit de Rome.

Il peut s'agir d'utiliser des procédés extérieurs au droit musulman mais qui ne sont pas en contradiction avec lui. La coutume (*cf. supra* chap. 2) ne peut pas autoriser ce qui est interdit ou défendre ce qui est autorisé, mais elle peut jouer sur les valeurs modales du comportement : interdire ce qui est blâmable ou rendre obligatoire ce qui est possible.

La *charia* étant formaliste et ayant une vision objective du droit, la conformité à la lettre peut apparaître prépondérante sur le respect de l'esprit. On a vu dans le paragraphe précédent la controverse sur l'utilisation du double *murabaha*.

Plusieurs méthodes peuvent, plus généralement, être employées pour respecter la lettre sans être contraint par le fond comme on va en avoir un aperçu avec les développements ci-dessous.

Il n'existe pas, dans les États islamiques, de séparation des pouvoirs, notamment d'indépendance du pouvoir judiciaire. Le rôle de l'État n'est donc pas inopérant en matière de justice et des instructions peuvent être données en la matière.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Trois procédés principaux ont été suivis :

– le recours, dans un cas d'espèce, à la solution conforme à l'enseignement d'une école différente de celle qui régit traditionnellement le droit du pays. Cela permet de contourner une difficulté et d'assouplir une contrainte. Ce recours se fonde sur le principe de l'unité de la *charia*, les écoles n'ayant, par principe, qu'une lecture nuancée des textes ou de l'usage ;

– si le législateur n'a pas l'autorité suffisante pour modifier une disposition du *fiqh*, il peut en revanche mettre des conditions de forme et de procédure telles que l'action soulevée du chef de celui-ci n'est pas reçue : « Il est de principe en droit musulman que le pouvoir juridictionnel peut être limité quant au temps, au lieu, aux faits, aux personnes et que le souverain peut interdire à ses *cadis* d'entendre certains procès ou de ne les entendre qu'avec certaines restrictions suivant qu'il le juge utile, en tenant compte des conditions de l'heure, des besoins des justiciables et de la nécessité de sauvegarder les droits de chacun[1] » ;

– le pouvoir réglementaire peut être exercé par le souverain par l'intermédiaire d'ordonnances dénommées *qanun* : « Les qanun sont autre chose que des solutions de détails dérogeant aux règles anciennes. Ils introduisent dans le droit musulman les principes nouveaux auxquelles les juridictions nouvelles donneront leur effet[2]. » C'est de cette manière qu'ont pu être introduits les codes nationaux.

Ces pratiques se nomment ici ruse (*hiyal*) et elles permettent d'amoindrir la rigidité des règles :

> « Ces fictions s'intègrent d'ailleurs parfaitement dans le droit dont elles ne méconnaissent pas les principes. Elles consistent en actes simulés ou apparents 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 doit musulman[3]. »

1. Comar-Obeid, *op. cit.*, p. 117.
2. Milliot L., *La Pensée juridique de l'islam*, Paris, Revue internationale de droit comparé, 1954, p. 451.
3. Chéhata Ch., *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, *op. cit.*, p. 56.

Ces ruses ne sont pas nécessairement condamnées par toutes les écoles de pensée, les écoles hanéfite et chaféite les acceptant.

Cela ne va pas sans difficultés particulières. Ainsi, certains comités de *charia* en place dans les banques islamiques ont une interprétation très littérale des textes et cela laisse la place à des montages qui, à la lettre, sont corrects, mais qui peuvent appeler quelques remarques dans l'esprit : en tout cas, de ce fait, ces montages permettent de résoudre des problèmes précis.

C'est le cas, par exemple, des ventes fictives : en manipulant certains paramètres comme les dates de remboursement ou le prix de vente, une transaction peut être parfaitement équivalente à un prêt à intérêt dans la mesure où, dans la réalité, aucune opération physique n'a été réalisée. Dans ces espèces, toutefois, la licéité ne peut être qu'apparente si l'opération physique ne s'est pas réellement produite.

Il existe donc un risque juridique certain.

Aussi, pour éviter qu'un cocontractant ne veuille contester la validité du contrat au regard du droit islamique, ce qui pourrait en entraîner la résolution, les contrats comprennent souvent des clauses *ad hoc :* ainsi, les parties reconnaissent avoir été conseillées au préalable par des juristes musulmans et elles s'interdisent contractuellement de contester, ultérieurement, la licéité du contrat. Pourtant, il n'est pas évident que de telles clauses soient valides devant toutes les juridictions, notamment si l'affaire est portée devant un tribunal civil ou commercial, la renonciation contractuelle pouvant, dans certains cas, être battue en brèche par des dispositions d'ordre public. Au surplus, ces pratiques risquent de miner rapidement la spécificité du mouvement de la finance islamique.

Il en résulte que si les parties souhaitent soumettre un contrat de droit islamique à un juge occidental, celui-ci peut être fortement tenté de le traiter comme un contrat du droit occidental de manière à se ramener à un domaine connu. Aussi les parties préfèrent-elles, en général, avoir recours à un arbitre qui connaît le droit islamique.

À ces difficultés internes que l'on rencontre dans la pratique du droit islamique des affaires s'ajoute le fait que l'activité économique se déroule dans des États nationaux qui disposent de leur propre droit.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Le droit interne des États islamiques

Les pays musulmans ne sont pas nécessairement intégralement régis par le droit islamique. Il existe, en effet, un droit interne national spécifique.

Cela ne va pas de soi comme le montre la problématique de cette cohabitation. Malgré cela existent des codes dans plusieurs pays musulmans. On proposera quelques remarques sur l'histoire de la codification avant de donner quelque éclairage des codes de plusieurs pays du Proche-Orient. On terminera sur la nature de la distinction entre droit civil et droit commercial opérée dans certains pays.

➤ Problématique de la coexistence d'un droit religieux et d'un droit laïque

Plus d'un milliard de musulmans vivent dans le monde. Ils constituent la majorité de la population dans une trentaine d'États. Le droit qui s'applique dans ces États relève, dans une proportion variable selon les cas, du droit musulman, de la législation et de la coutume. Il existe, en effet, dans ces États un droit positif qui ne doit pas être confondu avec le droit musulman même si l'on assiste depuis quelques années à une progression de l'influence du droit islamique dans le droit des États musulmans.

Pourtant, « la conception qui règne dans l'Islam est celle d'une société essentiellement théocratique, dans laquelle l'État n'a de valeur que comme serviteur de la religion révélée[1] ». Ainsi, l'État musulman ne serait pas, en principe, habilité à légiférer dans la mesure où la *charia* devrait s'appliquer de manière souveraine. Sa tâche serait plutôt de s'assurer que la loi islamique est convenablement appliquée.

Afin de réaliser un compromis entre les contraintes nationales et religieuses, la soumission de l'État aux principes de la religion apparaît dans de nombreuses constitutions d'États musulmans. C'est ainsi que plusieurs pays ont prévu des procédures permettant de s'assurer que les institutions et les lois sont conformes aux principes du droit islamique : c'est en particulier le cas de l'Iran avec le Conseil de surveillance de la Constitution et du Pakistan avec un comité *ad hoc*.

1. David R., Jauffret-Spinosi C., *Les Grands Systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 2002, p. 350.

Parallèlement, on constate une réislamisation progressive : ainsi, en 1979, de la tentative du Pakistan d'islamiser l'ensemble du droit, comme l'a fait l'Iran la même année, d'une islamisation progressive annoncée au Koweït dès 1980, de la proclamation en Égypte, la même année, que la *charia* était la source d'inspiration fondamentale du droit positif.

Pour autant, même si l'on constate ainsi aujourd'hui une imprégnation progressive des principes de la *charia* dans le droit des pays musulmans, les États islamiques ont procédé à d'importantes réformes législatives[1] qui font apparaître des différences sensibles dans le droit positif des divers pays du fait de la variété de leur état social et surtout parce que leurs traditions et leurs coutumes sont bien différentes.

Ce droit positif résulte de la notion de *qanun* déjà évoquée plus haut, instrument qui permet aux dirigeants d'un pays d'adapter la loi islamique par l'intermédiaire des assemblées élues et représentatives du peuple, dans les pays qui en sont dotés, comme le faisait directement autrefois le calife. C'est cela qui est à l'origine des codifications.

Les codes sont familiers aux juristes de tradition romano-germanique mais s'insèrent moins dans la pratique de droit islamique du fait du caractère sacré de la loi islamique. C'est sans doute pour cette raison que les points les plus sensibles comme le statut des personnes sont relativement peu traités par les codes, au contraire des transactions économiques.

➤ Remarques sur la codification

Au cours des XIX^e^ et XX^e^ siècles, on a pu observer deux phénomènes dans l'évolution du droit des États musulmans[2] : d'abord l'occidentalisation d'une grande partie du droit ; ensuite, la codification des matières qui avaient échappé à cette occidentalisation.

La vague de codification du droit a touché de nombreux pays à la suite de l'adoption, par la France, du Code Napoléon. Elle a atteint

1. Voir Schacht J., « Islamic law in contemporary states », *American Journal of Comparative Law*, 1959, p. 133.
2. Velidedeoglu H.V., *Le Mouvement de codification dans les pays musulmans. Ses rapports avec les systèmes juridiques occidentaux*, Rapports généraux au V^e^ congrès international de droit comparé (Bruxelles, 4-9 août 1958, t. I, p. 178-181).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

l'Empire ottoman qui s'était engagé dans cette voie afin de faciliter ses relations commerciales avec l'Europe. Toutefois, si cet État s'était orienté en 1850 vers un code du commerce largement inspiré du droit français, il n'avait pas franchi le pas en matière civile du fait des points fondamentalement religieux que cela concerne.

En tout cas, une sorte de codification de la *charia* avait été opérée sous le nom de *majallat* par l'empire ottoman à la fin du XIX^e^ siècle : ce texte, influencé par l'école hanéfite, portait essentiellement sur des règles commerciales. Toutefois, il semble que les juges aient utilisé ce code comme un guide d'aide à la décision plutôt que comme une règle contraignante.

C'est cette codification qui a fait autorité dans les pays musulmans de la région jusqu'à la promulgation de codes nationaux.

La révolution kémalienne a conduit à des modifications importantes dans le droit turc. Fortement influencée par la laïcité prônée par Ataturk, la Turquie a adopté un code inspiré du droit suisse, la plupart des collaborateurs d'Ataturk ayant été formés dans des universités helvétiques. En revanche, le droit égyptien s'est inspiré plutôt du droit français, en raison des liens très privilégiés qui ont existé entre les deux pays dans la première moitié du XIX^e^ siècle, mais il comporte une part importante de dispositions d'inspiration islamique.

D'une manière générale, les codes en vigueur dans les différents pays musulmans se réfèrent essentiellement à la *charia* de manière plus ou moins stricte selon qu'ils abordent les questions tenant au droit des personnes et de la famille des personnes ou celles qui touchent au droit commercial.

Les codificateurs ont ainsi la tâche complexe de concilier le droit issu des innovations économiques et financières et les principes hérités de la loi religieuse.

➤ Présentation des codes de quelques pays du Proche-Orient

L'Égypte, dotée, sous le règne de Méhémet Ali, d'une certaine autonomie à l'égard de l'Empire ottoman, avait été plus loin dans la voie de la codification en adoptant, en plus du *majallat*, un code proche du Code Napoléon en matière civile auquel s'ajoutaient des dispositions de la *charia.* L'ensemble du dispositif était en place au milieu des années

1880, exemple qui a encouragé les pays du Proche-Orient à aller dans cette voie.

De nombreuses modifications ont été opérées depuis. Aujourd'hui, on peut classer, de manière approximative, les pays selon le degré de mixité des règles occidentales et des principes de la *charia* dans leur droit civil.

En dehors du Liban, dont le code des obligations et des contrats est, depuis 1934, un exemple de droit occidental dans la plupart de ses dispositions, on trouve un premier groupe avec l'Égypte et la Syrie où l'influence occidentale est forte. Puis, la Jordanie et l'Irak utilisent plus de règles du droit islamique (*fiqh)* quand les Émirats arabes unis (EAU) et le Koweït vont plus loin dans cette voie, suivis du Yémen. Quant à l'Arabie Saoudite et à Oman, ces deux pays n'ont pas de code civil, appliquant, en la matière, la *charia*.

• *Égypte et Syrie*

L'Égypte s'est dotée d'un Code civil en 1949, suivie de près par la Syrie. Les deux droits sont voisins. Ces deux codes s'inspirent à la fois de la *charia* et des techniques juridiques de type occidental.

On ne fera pas de développement particulier sur les codes en question sauf pour tenter de montrer l'importance relative de la *charia* dans les sources de droit. Cela est rendu relativement aisé, au moins dans une première analyse, en raison de la présence, dans les tout premiers articles des différents codes civils, de la liste des sources, incluant leur hiérarchie.

Dans le Code civil égyptien, qui joue un rôle particulier dans la mesure où il bénéficie de l'antériorité et où, surtout, il a inspiré plusieurs autres pays musulmans, l'article 1 est particulièrement intéressant. Il cite, en effet, la hiérarchie des sources du droit civil :

> « En l'absence de toute législation applicable, le juge doit décider selon la coutume et, à défaut, selon les principes de la loi islamique. En l'absence de ces principes, le juge doit avoir recours à la loi naturelle et aux règles de l'équité. »

On note la présence privilégiée de la loi religieuse, même si elle n'apparaît que comme une source parmi d'autres. Le juge cherchera des

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

solutions juridiques dans le *fiqh*, pourra recourir aux raisonnements des quatre écoles sunnites et aussi des écoles chiites.

Le code syrien établit une liste comparable même s'il place la *charia* avant la coutume dans la liste des sources.

On rencontre aussi dans ces codes des dispositions spécifiques au droit islamique : par exemple, dans le cas d'une vente, le risque de la chose incombe à celui qui la détient, vendeur ou acquéreur, même si la vente a déjà été réalisée et qu'elle est parfaite.

• *Jordanie, Koweït, EAU, Yémen*

Le code jordanien contient des dispositions inspirées du droit islamique, notamment en ce qui concerne l'économie du contrat, les autres ne devant pas contredire les principes généraux de la *charia*. Une particularité notable de ce code est l'introduction d'une source spécifique du droit : « L'interprétation et la compréhension des principes du fiqh que le juge fera par référence à la méthodologie législative comparée présente dans les ouvrages des fuquha[1]. »

La succession des sources du code koweïtien indique le *fiqh*, les coutumes et les jugements et, à défaut, la *charia*.

Le code des EAU dispose que, à défaut de législation applicable, le juge se réfère aux principes de la *charia* à partir de l'enseignement des écoles malikites ou hanbalites à défaut, chaféite ou hanéfite, toujours en tenant compte de l'intérêt général.

Le Yémen a transposé les principes du droit musulman classique dans un Code civil qui permet une application plus facile des préceptes de la *charia*.

• *Arabie Saoudite, Oman*

Enfin, hors de l'influence historique de la *majallat*, l'Arabie Saoudite et Oman présentent la particularité de ne pas avoir de Code civil, au bénéfice de l'école hanbalite de la *charia*.

Comme cela a été le cas, par exemple, dans le code français et dans le code ottoman, l'Arabie Saoudite et Oman, ont établi une différence entre les affaires civiles et les affaires commerciales.

1. Comar-Obeid, *op. cit.*, p. 133.

Sur le plan civil, les juges d'Arabie Saoudite suivent deux principales références hanbalites intitulées « explication de l'acte de volonté » et « explication des moyens de persuasion » ; pour les compléter, ils utilisent, le cas échéant, l'enseignement des autres écoles. Cela dit, conformément à la tradition, c'est au souverain qu'incombe la mission de trancher en dernier recours en s'assurant que le juge respecte le droit musulman.

Les règles commerciales, quant à elles, ne doivent pas, en tout état de cause, contredire les préceptes de la *charia* puisque, en cas de conflit de texte, c'est la loi religieuse qui prévaut : « Chaque cas d'espèce passe donc par un double examen, celui de l'islamité et celui de la conformité aux dispositions légales[1]. »

Le système omanais est comparable, l'école juridique suivie étant, en revanche, une école nommée *ibadite*.

➤ Distinction entre droit civil et droit commercial

D'une manière générale, les juristes ont la tâche difficile de faire cohabiter deux droits d'inspiration différente : un droit religieux et un droit laïque. Ceci s'est matérialisé par la séparation du droit en un droit civil et un droit commercial comme on vient de le voir dans les droits d'Arabie Saoudite et d'Oman.

La législation commerciale permet ainsi d'adopter des règles qui sont plus conformes aux habitudes internationales. C'est, en particulier, le cas au Koweït, dans les Émirats arabes unis, ou encore à Oman, pays où la jurisprudence précise abondamment les modalités d'application du droit du commerce.

Parallèlement, le respect du droit religieux dans les affaires économiques est demandé aux banques islamiques chargées de faire des opérations financières en respectant les principes de la *charia*.

Une souplesse est introduite dans le droit islamique des affaires grâce à la coutume. La coutume, qui n'est pas, en principe, une source du droit musulman puisque celui-ci est censé être unique quand les coutumes sont diverses, permet de régler un grand nombre de problèmes tout en acceptant des évolutions.

1. *Id.*, p. 155

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Les initiatives européennes[1]

Les pays occidentaux et, notamment, les pays européens ont pris des initiatives pour offrir des services bancaires et financiers aussi bien à leurs populations musulmanes qu'aux financiers internationaux ou localisés dans les pays musulmans.

Parmi les pays européens, c'est la Grande-Bretagne qui a pris les initiatives les plus anciennes afin de favoriser la place de Londres.

La France réfléchit à faire de même en levant les obstacles juridiques qui peuvent se présenter.

➤ Le cas de la Grande-Bretagne

La place de Londres joue un rôle déterminant dans le monde occidental en raison d'initiatives aussi bien gouvernementales que privées. Sur ce dernier point, il faut citer l'existence de *memoranda*, destinés à mettre en place des produits islamiques, signés entre l'International Islamic Financial Market et respectivement l'International Capital Markets Association en janvier 2007 et l'International Swaps and Derivatives Association en avril 2008.

Sur le plan public, plusieurs étapes importantes ont été franchies ces dernières années pour ces produits identifiés, à l'intention des souscripteurs, à l'aide d'appellations comme *alternative finance product*, *effective return which equates in substance to interest* : suppression, en 2003, du droit de timbre sur les produits islamiques qui mettent en place des ventes successives ; approches économiques des produits islamiques plutôt que juridique, le profit étant considéré fiscalement comme un intérêt (cas des *murabaha* et des *sukuk*).

Par ailleurs, dans un arrêt rendu le 28 janvier 2004, la Cour de Londres a été amenée à fixer les règles de base permettant de traiter les produits financiers et bancaires islamiques : il y a simplement juxtaposition des droits et des exigences, les cours anglaises statuant conformément au droit anglais, les parties faisant leur affaire de démontrer que leurs produits sont conformes aux principes de la finance islamique grâce à des *fatwas* par l'intermédiaire des conseils de la *charia*.

1. Les éléments ci-dessous proviennent essentiellement du rapport d'information du Sénat du 14 mai 2008 sur la finance islamique, p. 29.

➤ Le cas de la France

L'insertion de la finance islamique dans le droit français suppose de faire l'état des lieux des difficultés à affronter dont certaines ont été résolues récemment grâce à une initiative fiscale.

• *Les difficultés*

Les difficultés rencontrées en France sont similaires à celles que l'on a pu constater en Grande-Bretagne. Des pas en avant ont été effectués avec l'offre de produits d'épargne compatibles avec les principes du Coran par la Société générale à La Réunion ou encore avec la note du 17 juillet 2007 de l'Autorité des marchés financiers (AMF) sur la possibilité d'approuver un OPCVM sur la base de critères non exclusivement financiers, notamment des critères religieux et islamiques, et de développer une gestion indicielle fondée sur un indice compatible avec la *charia* : Dow Jones Islamic Index, FTSE Islamic Global Index, S&P Charia Index… De fait, trois OPCVM compatibles avec la *charia* ont été approuvés par l'AMF à ce jour, dont un pour BNP Paribas en juillet 2007.

Si quelques problèmes juridiques subsistent avec, par exemple, la question de la garantie de vice caché, garantie d'ordre public qui introduit des frottements dans les opérations temporaires de courte durée, le régime de la fiducie et du crédit-bail pour les particuliers, une avancée intéressante a été opérée fin 2008 sur le plan fiscal.

• *L'initiative fiscale*

C'est dans ce cadre, notamment sous l'impulsion de Paris-Europlace, association qui se propose de promouvoir la place financière de Paris auprès des investisseurs internationaux, que le gouvernement français a eu recours, le 18 décembre 2008, à une démarche pragmatique en matière fiscale en publiant des fiches doctrinales décrivant sa position en la matière. L'ensemble a été repris dans une instruction fiscale en février 2009[1].

Les services fiscaux se sont ainsi prononcés sur le régime fiscal du *murabaha* et du *sukuk*.

1. Instruction fiscale n° 22 du 25 février 2009.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Le cas du murabaha

Comme on l'a déjà vu à plusieurs reprises, le *murabaha* est un contrat de vente selon lequel un vendeur vend un actif à un financier qui les revend à un tiers moyennant un prix payable à terme.

Aux termes du texte fiscal :

– le résultat : le profit du financier correspondant à l'écart entre le prix du bien qu'il a acquis et le montant qu'il percevra de son acheteur est pris en compte dans son résultat imposable de manière étalée linéairement sur la durée du différé de paiement. Lorsque le financier est une personne non résidente et son client une personne morale française, ce profit est exonéré de retenue à la source en France ;
– droits de mutation : sous réserve du respect de certaines conditions, les mutations immobilières relèvent, dans le cadre de la convention de *murabaha*, du régime des marchands de biens permettant d'appliquer une taxation réduite ;
– la taxe professionnelle : en matière de taxe professionnelle et de cotisation minimale, les biens qui font l'objet d'un *murabaha* (immeubles, titres et stocks) ne sont, en principe, pas compris dans la base du financier ;
– la TVA : la rémunération du différé de paiement est qualifiée fiscalement d'intérêt et se trouve exclue de la base d'imposition à la TVA. Les achats-reventes de titres ne sont imposables aux droits de mutation que chez l'investisseur final.

Le cas du sukuk

On a présenté dans le chapitre 4 le *sukuk* ainsi que les produits financiers assimilés (titres participatifs…) comme des valeurs représentant pour leur détenteur un titre de créances dont la rémunération et le capital sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur et qui permettent la rémunération et le remboursement de l'investisseur.

L'instruction fiscale présente le montage présenté au chapitre 4 sous le nom de *sukuk* fiduciaire, donnant à cette formule un intérêt tout particulier puisqu'elle se trouve conforme au droit français.

Dans ce cas, le *sukuk* étant considéré comme un titre de dette au regard du droit français, pour :

– le résultat : les rémunérations versées au titre des *sukuk* ou des titres assimilés sont déductibles du bénéfice imposable dans les mêmes conditions que celles prévues pour les intérêts d'emprunt ;
– la taxe professionnelle : c'est le fiduciaire et non le SPV qui est imposé et les intérêts des obligations seront déductibles si le fiduciaire est une filiale de banque à au moins 95 % ;
– la TVA : le transfert de l'actif immobilier à la fiducie n'est pas soumis à TVA pour peu que le fiduciaire s'engage à poursuivre la location du bien après transfert du bail.

Les difficultés structurelles de la finance islamique

Au-delà des problèmes juridiques abordés dans le début de ce chapitre, on peut distinguer, parmi les difficultés structurelles de la finance islamique, un éventail de produits limité et les contraintes qui s'appliquent aux banques.

Un éventail de produits limité

Les produits proposés par la finance islamique peuvent être insuffisamment attractifs ou trop peu variés.

➤ Des produits trop peu attractifs

Les problèmes posés par les produits de la finance islamique sont essentiellement de quatre ordres : le risque de contrepartie dans les contrats de participation, la question de la propriété, les questions administratives et la fiscalité.

• *Le risque de contrepartie dans les contrats de participation*

On a vu que le produit le plus populaire de la finance islamique était le *murabaha*, au sujet duquel les chiffres disponibles montrent qu'il représente environ 80 % des opérations enregistrées à l'actif des banques.

De fait, le financement participatif (*mudaraba*, *musharaka*) est peu répandu bien qu'il soit au cœur même de la finance islamique.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

En effet, il apparaît insuffisamment attractif pour les banques qui recensent trop peu de projets présentant un niveau acceptable de risque. Au surplus, même si la banque est censée surveiller l'activité de son partenaire, cela est très difficile surtout lorsque les projets sont complexes. De ce fait, le banquier parvient mal à apprécier le degré d'effort fourni par l'entrepreneur dans le cadre du contrat participatif : il existe un risque de mauvaise foi du partenaire ou d'incompétence. Celui-ci peut aussi être enclin, en aménageant sa comptabilité, à déclarer un profit inférieur à celui qu'il a effectivement réalisé.

Dans ces cas, conformément au droit islamique des affaires, la banque doit, en principe, prouver la faute de l'entrepreneur pour récupérer son dû, ce qui est particulièrement malaisé.

Les banques préfèrent alors se contenter d'être intermédiaires et, dans ce cas, jouer un rôle de conseiller en s'assurant que le dossier proposé est licite et que le projet envisagé est productif.

À l'inverse, les entrepreneurs sont peu désireux de partager leur pouvoir avec les banquiers dans le cadre de la conduite de projet ou, tout simplement, de fournir une information complète permettant à la banque de surveiller leur activité.

C'est pour cela que les techniques basées sur le partenariat risquent d'attirer surtout les projets hautement risqués ou peu rentables.

- *La question de la propriété*

Les contrats de la finance islamique sont basés, d'une manière générale, sur le transfert de propriété, ce qui demande une définition claire des droits de propriété. Or il semble que dans beaucoup de pays musulmans, où se côtoient souvent plusieurs formes de systèmes juridiques, de tels droits soient fréquemment mal définis et insuffisamment protégés.

- *Les questions administratives*

Les produits islamiques demandent qu'une comptabilité sérieuse soit tenue afin de déterminer ce qui revient à chacun des partenaires. Or la plupart des petites entreprises ne tiennent pas de comptabilité, ce qui explique le peu de présence de la finance islamique dans la microfinance.

Au surplus, les entreprises ont souvent besoin de liquidités de court terme. Or la procédure participative est longue et lourde et les rendements difficiles à déterminer. C'est notamment le cas dans le secteur social ou dans les infrastructures comme les écoles.

• *La fiscalité*

Enfin, il apparaît que la fiscalité de ces produits est souvent discriminatoire. Dans beaucoup de pays, le profit de l'entreprise est taxé, tandis que les intérêts qu'elle paie, considérés comme un élément du coût de production, ne le sont pas. C'est ainsi que les banques islamiques connurent au Pakistan une expansion remarquable à la fin du siècle dernier, qui s'arrêta brusquement en 1992, lorsque fut abrogée l'exemption de l'imposition des profits générés par la finance islamique.

En définitive, il apparaît un risque de sélection adverse : l'entrepreneur prévoyant que son projet générera une rentabilité importante peut préférer un financement sous forme de prêt plutôt qu'une association où il devra donner une part notable de son profit ; au contraire, un entrepreneur peu sûr du succès de son projet préférera une association avec partage des pertes ou même une commandite avec prise en charge intégrale de la perte par le banquier.

Ceci explique que les contrats de partenariat (*mudaraba* et *musharaka*) soient peu fréquents du fait des difficultés pour les banques à les rendre rentables.

Les raisons du recours à la finance islamique apparaissent donc essentiellement religieuses comme on peut le voir dans les succursales islamiques de banques conventionnelles où le montant des dépôts peut être plus important dans la branche islamique que dans la branche conventionnelle.

➤ Un éventail de produits trop peu variés

La finance conventionnelle a développé, au fil des décennies, des produits nouveaux qui ne sont pas seulement destinés à la spéculation : un grand nombre d'entre eux se proposent, afin de sécuriser l'activité, de transférer le risque à des entreprises qui l'acceptent. C'est le cas, notamment, de la titrisation.

Or, si la finance islamique propose des produits qui se veulent similaires, dans leurs objectifs, aux produits conventionnels, comme on a pu

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

le voir au chapitre 4, il n'en reste pas moins que ces nouveaux instruments financiers ne font pas partie de la liste des contrats nommés de la finance islamique et que, en conséquence, l'incertitude juridique qui s'attache à leur validité est forte. Ainsi, le recours à la vente *salam* pour créer des produits dérivés a été, jusqu'à présent, très contesté.

La difficulté à proposer des contrats modernes couvrant les risques est un élément défavorable au développement de la finance islamique.

Les contraintes d'exploitation

Les contraintes qui s'appliquent aux banques islamiques sont diverses et lourdes, que ce soit en milieu islamique ou en milieu conventionnel. Elles concernent notamment la gestion des risques, les emplois, la régulation bancaire et le manque de cadre international de régulation.

➤ La gestion des risques

Sur le plan de la gestion de la banque, on a déjà abordé la question des risques (*cf.* chap. 7) et de leur optimisation.

De fait, la *charia* ne permet pas de diminuer le risque à rendement inchangé comme le permettent les moyens conventionnels modernes de couverture. Aussi, pour réduire son exposition, la banque instaure une procédure de sélection des projets si sévère que seuls quelques-uns sont acceptés. Cela est pourtant nécessaire sauf à voir les risques augmenter fortement, ce qui doit être évité car le défaut d'une banque islamique aurait un impact très défavorable sur la finance islamique dans son ensemble.

Une solution pourrait être trouvée dans la titrisation des créances et dans le recours à un marché monétaire large et profond, ce qui n'est pas actuellement le cas. En dehors de la question juridique de la conformité des instruments à la *charia*, une des raisons en est l'insuffisance du réseau des banques islamiques et la difficulté, pour les banques centrales islamiques, de faire des prêts aux banques.

➤ Les emplois bancaires

Les banques conventionnelles emploient, au moins momentanément dans le cadre de la gestion de leur trésorerie, leurs ressources dans des

obligations d'État, des bons du Trésor et autres titres monétaires. Cet emploi, qui procure un intérêt, n'est pas accessible aux banques islamiques du fait du droit musulman.

Le schéma classique de fonctionnement de la banque islamique est, en effet, l'intermédiation entre l'apporteur de capitaux et le demandeur de capitaux sous la forme d'un double partenariat avec l'un et l'autre : déposant-banque et banque-entrepreneur. Dans ce cadre, pour obtenir une rémunération destinée au déposant, la banque islamique est contrainte d'avoir des emplois entièrement productifs au sens industriel du terme, c'est-à-dire à partir d'actifs réels dans le cadre d'achat-revente (*murabaha*), commandite (*mudaraba*) et association (*musharaka*), comme on l'a vu dans les chapitres précédents. Cela est difficile car, d'une part, ces opérations ne sont pas sans risque, comme le veut d'ailleurs le droit musulman, et, d'autre part, le nombre de bons dossiers n'est pas infini. Cela explique des investissements dans des opérations sur métaux ou sur devises qui peuvent être pratiquées par certaines banques islamiques.

Une des difficultés du métier de banquier islamique est donc de trouver des emplois rentables pour des ressources souvent abondantes. Par ailleurs, l'instruction des dossiers de partenariat, à l'actif comme au passif, génère des coûts nécessairement supérieurs de par le risque encouru à ceux qu'occasionne une bonne partie des opérations de banque conventionnelle (dépôts à vue, livrets d'épargne d'un côté, opérations monétaires de l'autre), ce qui engendre un coefficient d'exploitation (coûts de fonctionnement/produit bancaire) élevé et obère la rentabilité globale de l'établissement.

➤ La régulation bancaire

Sur le plan de la régulation, d'ailleurs, il apparaît que les banques islamiques ont des difficultés à valoriser leurs investissements en prix de marché, sur une base de *mark to market*. Plus généralement, il leur est difficile de respecter une réglementation qui est taillée pour une autre logique.

Plus précisément, dans les pays occidentaux, les banques centrales exigent de la part de toutes les banques, islamiques ou pas, de déposer des réserves obligatoires rémunérées et d'être en mesure, techniquement, de solliciter des liquidités de la banque centrale en déposant des

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

collatéraux en garantie, comme des obligations d'Etat ou encore des crédits à la clientèle (*investment grade*). Ces exigences peuvent être difficiles à satisfaire pour des banques islamiques car elles refusent les instruments de taux.

On peut alors recourir au principe de nécessité (*darura*), qui permet de mettre entre parenthèses le respect de certains principes en acceptant, pour des raisons prudentielles, les opérations à intérêt avec la banque centrale, et/ou encore s'abriter derrière une banque conventionnelle, actionnaire de référence, qui peut aussi aider sa filiale islamique à se conformer aux exigences réglementaires.

Les pays dans lesquels fonctionnent les banques islamiques sont, le plus souvent, dotés d'une réglementation bancaire qui n'est pas censée tenir compte de la nature confessionnelle des établissements de crédit : les banques islamiques doivent donc satisfaire la réglementation commune. Or la spécificité de leurs bilans peut rendre cela difficile.

Si l'on considère, par exemple, le ratio de liquidité qui s'impose à tout le secteur bancaire, il a pour objectif de permettre à toute banque de faire face à tout moment au passif exigible. Pour cela, la banque doit respecter un ratio dont le numérateur comprend des actifs liquides et dont le dénominateur enregistre le passif exigible à court terme.

Or, du côté du numérateur, les banques islamiques, dont la philosophie consiste dans le partenariat avec des entrepreneurs, détiennent des actifs souvent peu liquides d'autant qu'ils ne peuvent acquérir de titres monétaires classiques (bons du Trésor), ceux-ci rapportant un intérêt, ce qui est contraire au droit islamique. On a vu que, à l'inverse, elles faisaient des opérations avec des entrepreneurs qui immobilisaient des capitaux sur une période pouvant être longue.

D'un autre côté, le traitement des dépôts d'investissement comme des passifs exigibles à brève échéance peut augmenter considérablement le dénominateur.

D'une manière générale, les banques islamiques peuvent donc rencontrer des difficultés à respecter ce ratio alors même que le principal problème qu'elles rencontrent, on l'a vu, est de trouver des emplois pour leurs ressources.

Cette situation diminue d'autant l'attrait des banques pour les financements en partenariat qui était déjà largement obéré par les contraintes exposées plus haut. Comme il existe peu de produits intermédiaires

entre des actifs fortement immobilisés et des encours très liquides, *de facto*, l'actif des banques islamiques se révèle sensiblement liquide et prédispose le système à détenir des réserves excédentaires, ce qui freine l'intermédiation financière.

Par ailleurs, le sous-développement des marchés monétaires empêche la banque centrale d'intervenir au moyen d'instruments indirects et encourage plutôt l'instauration d'un contrôle direct du crédit, ce qui n'est pas nécessairement la meilleure solution pour le développement de l'activité bancaire.

Plus précisément, dans les pays occidentaux, les banques centrales exigent de la part de toutes les banques, islamiques ou pas, de déposer des réserves obligatoires rémunérées et d'être en mesure, techniquement, de solliciter des liquidités de la banque centrale en déposant des collatéraux en garantie, comme des obligations d'Etat ou encore des crédits à la clientèle (*investment grade*). Ces exigences peuvent être difficiles à satisfaire pour des banques islamiques car elles refusent les instruments de taux.

On peut alors recourir au principe de nécessité (*darura*), qui permet de mettre entre parenthèses le respect de certains principes en acceptant, pour des raisons prudentielles, les opérations à intérêt avec la banque centrale, et/ou encore s'abriter derrière une banque conventionnelle, actionnaire de référence, qui peut aussi aider sa filiale islamique à se conformer aux exigences réglementaires.

➤ Un cadre de régulation internationale encore insuffisant

Un cadre de régulation internationale existe depuis quelques années mais il semble qu'il doive encore être renforcé.

La Banque islamique de développement (BID) joue un rôle central dans la création de normes et de procédures internationalement acceptables et dans le renforcement du secteur bancaire dans divers pays.

En 1991, l'Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (AAOFI) a été mis sur pied pour améliorer le contrôle interne des institutions de finance islamique ainsi que leur transparence financière et comptable. C'est cet organisme qui a recommandé la mise en place systématique de comités de *charia* dans toutes les institutions.

L'Islamic Financial Services Board (IFSB) a été créé en Malaisie en novembre 2002 grâce à la coopération du Fonds monétaire internatio-

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

nal (FMI), de la Banque islamique de développement (BID) et des banques centrales des pays concernés par la finance islamique. La mission de l'IFSB, qui compte près de quarante membres, est de définir un cadre de régulation prudentielle spécifique pour les institutions de finance islamique sur la base des recommandations du comité de Bâle et des contraintes spécifiques de ces organismes. Sa tâche devrait s'étendre à l'harmonisation des interprétations juridiques en matière de droit islamique des affaires et à la standardisation des pratiques.

L'International Islamic Finance Market (IIFM) a été installé également en 2002 sur l'initiative de cinq pays (Bahreïn, Brunei, Indonésie, Malaisie, Soudan) sous l'égide de la BID afin d'harmoniser les pratiques en matière de finance de marché islamique et de développer un marché secondaire pour les instruments financiers islamiques à vocation internationale.

Cette même année a vu la création de l'Islamic International Rating Agency (IIRA), agence de notation pour les instruments financiers islamiques.

On trouve encore d'autres institutions comme le Liquidity Management Center (LMC) qui est le teneur de marché pour les instruments du marché secondaire entre gouvernements, le General Council for Islamic Banks and Financial Institutions (GCIBFI) créé pour développer la connaissance du marché de la finance islamique, dont l'action est complétée par celle du Islamic Research and Training Institute (IRTI) qui promeut la recherche et la formation.

On observe que Bahreïn occupe une place importante dans ce dispositif puisque le pays accueille l'AAOIFI, l'IIFM et l'IIRA.

Toutefois, le manque de données agrégées rend encore difficile la comparaison des banques islamiques d'un pays à l'autre. Il n'existe pas de statistiques publiques sur les activités transfrontalières des banques islamiques ou le volume des transactions islamiques transfrontalières fondées sur la *charia*. On commence néanmoins à trouver, dans le rapport annuel de quelques banques centrales, comme à Bahreïn, en Malaisie ou en Turquie, des informations sur les banques islamiques : rubrique à part avec des données agrégées qui fournissent des informations sur l'ampleur de l'activité de ces institutions au niveau du pays concerné.

À ces contraintes diverses et importantes que l'on a ainsi relevées, il faut peut-être ajouter la difficulté de trouver des personnels compétents en la matière, capables d'avoir assimilé la culture juridique islamique et connaissant en même temps les subtilités de la finance moderne. Les institutions islamiques ont, en effet, généralement recruté des banquiers conventionnels qui ont les réflexes de financiers conventionnels alors que la plupart des produits qu'ils ont appris à connaître lors de leurs études et de leurs premières expériences professionnelles sont interdits par la *charia*. Or ils doivent promouvoir des produits conformes au droit islamique qui atteignent les mêmes objectifs que les produits conventionnels tout en s'efforçant de les rendre aussi efficients.

C'est pour cette raison qu'un certain nombre d'organismes, au-delà d'instances officielles comme on a pu les citer au paragraphe précédent, se proposent de dispenser une formation en la matière, directement ou par l'intermédiaire de sites internet comme l'Institute of Banking and Insurance basé à Londres.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

RÉSUMÉ

La finance islamique se proposant de marier morale, droit et économie, s'expose à des difficultés techniques dues, notamment, aux contraintes que la morale lui impose. Plus généralement, elle doit relever des défis de plusieurs ordres.

La première difficulté vient de l'existence d'un certain nombre de controverses sur des points importants du droit islamique des affaires, comme le *riba*, la technique du *qiyas* ou encore le recours aux ruses (*hiyal*), qui peuvent opposer, en particulier, les diverses écoles de pensée entre elles. Il est vrai qu'il n'existe pas, à l'heure actuelle, d'autorité souveraine pour imposer des solutions uniformes dans ce droit international. Cette situation est rendue plus complexe par le fait que se superposent au droit islamique des droits nationaux laïques et différents : d'inspiration souvent occidentale en raison de la vague de codifications qui est apparue dès le XIX^{e} siècle, ces droits divergent entre eux pour des raisons coutumières. Les pays occidentaux qui veulent attirer la finance islamique sont confrontés au même genre de problème et certains, comme la Grande-Bretagne et la France, s'y sont déjà adaptés.

Il n'en demeure pas moins des règles juridiques islamiques spécifiques qui handicapent la finance islamique dans un monde dominé par la finance conventionnelle. C'est ainsi que l'éventail des produits proposés par la finance islamique apparaît insuffisant : peu attractifs pour des raisons diverses (régime de la propriété, risque de contrepartie, fiscalité…), ils manquent aussi de variété du fait de l'obligation d'utiliser des contrats types. À cela s'ajoutent des contraintes importantes qui s'imposent aux banques en matière de risque, avec la difficulté de trouver des emplois acceptables et rentables ou encore du fait de réglementations nationales auxquelles elles se conforment avec peine sans qu'elles puissent disposer, au surplus, d'une régulation internationale de la finance islamique.

Conclusion

De ce panorama de la finance islamique, on peut tirer un certain nombre de conclusions.

On pourrait d'abord considérer que « l'existence même d'une discipline indépendante appelée économie islamique ou finance islamique et construite sur le modèle de la spécialisation scientifique proposée par l'Occident au XIX^e^ siècle reste discutée, au moins parce que cette idée même semble en contradiction avec les opinions des politologues et des sociologues de l'islam présentant l'économie ou la finance, dans les sociétés islamiques, comme essentiellement subordonnée au social au sens large et par conséquent non susceptible d'autonomisation[1] » et donc dénier toute tentative de la caractériser.

Cette remarque prend tout son sens si l'on essaie d'analyser la finance islamique à l'aune de l'économie et de la finance conventionnelles que l'on peut appeler traditionnelles, c'est-à-dire celles qui, régies par les règles du capitalisme, se bornent à considérer trois seuls facteurs économiques : capital, travail et innovation.

Pourtant, ce n'est plus pertinent désormais car on peut constater une certaine convergence entre la finance traditionnelle des pays occidentaux, qui s'imprègnent de morale par l'intermédiaire de la finance éthi-

1. Galloux M., *op. cit.*, p. 18.

que, et la finance islamique qui, par l'intermédiaire du droit commercial interne, peut rejoindre certaines pratiques de l'économie occidentale. On peut désormais utiliser les mêmes outils d'analyse et de catégorisation.

On observe, en effet, aujourd'hui, une démarche mondiale, que l'on appelle finance éthique, pour qui les facteurs de production doivent découler de valeurs supérieures, humanistes et sociales. Il s'agit là d'une démarche que le Moyen-Âge européen avait déjà valorisée.

Cette vision est proposée par différents groupes sociaux et de multiples familles de pensée : des mouvements religieux de différentes époques (quakers, franciscains, musulmans…), des laïcs attachés à la morale ou encore des économistes pour qui le respect de certaines valeurs humaines apporte un supplément d'efficience à l'activité capitalistique, ou enfin des libéraux héritiers des penseurs français du XIX^e^ siècle pour qui le courant libéral ne se limite pas à l'économie mais prend en compte des valeurs humaines de liberté et d'égalité des droits dans l'activité économique, au plan individuel comme collectif.

La finance islamique s'inscrit tout à fait dans ce mouvement. Elle a l'avantage de son ancienneté qui lui permet de présenter une structure de pensée complète et un droit des affaires élaboré pour ce qui concerne l'économie et les finances traditionnelles.

Elle souffre, en regard, du désavantage lié à son enracinement dans le passé qui lui rend difficile la création des services nouveaux qu'attendent aujourd'hui les agents économiques. Ceux-ci doivent, en effet, faire face à un monde des affaires global où il faut savoir gérer tous les risques attachés à l'activité économique.

Il existe, au surplus, un certain décalage culturel dans la mesure où la morale, liée à la religion, est la première préoccupation de la finance islamique quand le monde économique met d'abord en avant l'efficience des procédés, au moins tant que la finance éthique ne s'est pas suffisamment imposée. C'est également vrai pour la finance éthique en général qui souligne ses préoccupations morales.

Sur le plan pratique, les relations entre le monde financier conventionnel et le monde financier islamique demandent une compréhension réciproque permettant de mettre au point des contrats satisfaisants pour toutes les parties. Sur ce point, les financiers et les juristes occidentaux peuvent rencontrer des difficultés du fait de la différence de pers-

pective entre le droit des affaires occidental et le droit des affaires musulman d'autant que les cours de justice islamiques peuvent statuer sur la base du droit positif mais aussi sur le fondement de données morales ou d'équité toujours difficiles à prévoir.

De surcroît, le développement d'un marché mondial de la finance islamique bute sur deux obstacles structurels : la diversité des écoles de pensée et la relativité de la chose jugée. Du fait de l'absence d'une autorité juridique de dernier ressort, les décisions du juge ne s'imposent pas *erga omnes* et les avis des juristes n'engagent qu'eux-mêmes sans qu'ils puissent se fonder sur des textes ou des jurisprudences solides :

> « Il faut cependant souligner la primauté de la technique dans le fiqh et parfois la prépondérance conférée à la fonction du juge et à l'acte de juger en fonction des réalités sociales du moment. Aussi ne faut-il pas être étonné des contradictions existant entre théorie et pratique[1]. »

L'investisseur, surtout s'il est étranger, prend systématiquement un risque juridique significatif.

Afin de le réduire et d'assurer le développement de la finance islamique, trois directions peuvent être explorées :

– optimiser la gouvernance des banques islamiques : développement de normes bancaires, juridiques et comptables, permettant de présenter un système bancaire solide et structuré ; mise en avant de la transparence des comptes et des opérations ;
– diversifier les opérations pour consolider le système financier islamique ; ce point-là demande des recherches juridiques et financières importantes en vue de satisfaire les besoins des établissements, notamment pour la gestion de leurs risques ;
– proposer une expertise, d'une part, aux banques et aux fonds islamiques afin qu'ils s'insèrent harmonieusement dans la finance globale, qui est essentiellement conventionnelle, et, d'autre part, aux clients de ces établissements, apporteurs ou demandeurs de fonds, de manière à faciliter leur recours à cette finance. Cette démarche est d'autant plus prometteuse que, pour peu que l'on respecte ses fondamentaux, le droit islamique est suffisamment souple, en l'absence de

1. David R., Jauffret-Spinosi C., *op. cit.*, p. 356.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

codification contraignante, pour permettre à une ingénierie juridique et financière avisée d'atteindre les objectifs souhaités.

C'est, sans doute, une tâche importante pour un grand nombre de professions spécialisées et d'instances de réflexion : cabinets d'avocats, commissaires aux comptes et comptables, organismes professionnels et universités.

Glossaire des termes utilisés en droit et en finance islamiques

Ajr : rémunération afférente à un service rendu (commission…) (chap. 3).

Aqd : contrat (chap. 2).

Aql : raison humaine (chap. 2).

Arboon : arrhes. Peut être utilisé dans le cadre de contrats de vente et sous la forme d'options (chap. 4).

Asl : acte (chap. 2).

Batil : invalide (acte), contraire de *sahih* (valide) (chap. 2).

Bai al-einah : rachat. La banque achète un bien à son client au comptant et le lui revend à un prix supérieur avec paiement différé (chap. 3).

Bai bil-wafa : pension livrée (chap. 4).

Bai bithaman ajil (BBA) (également : *bai muajjal*) : Vente à prix fixé et paiement différé (chap. 3).

Charia : loi islamique basée essentiellement sur le Coran (chap. 2).

Darar : nuisance (chap. 2).

Darura : nécessité (chap. 2).

Dayn : dette (chap. 3).

Far : cas, espèce (chap. 2).

Fatwa : acte juridique, opinion d'un jurisconsulte (chap. 2).

Fiqh : la doctrine juridique islamique (*faqih :* juriste ; pl. *fuqaha*) (chap. 2).

Gharar : incertitude. Un des concepts fondamentaux du droit islamique. Le *gharar* est prohibé dans la finance islamique (chap. 2).

Haram : illicite (contraire de *halal*) (chap. 2).

Hawala : transfert monétaire (chap. 3).

Heba : don (chap. 2 et 4).

Hiyal : stratagème, ruse. Ingénierie juridique permettant d'atteindre un objectif en privilégiant la forme juridique sur l'esprit (chap. 2).

Hukm : Décision juridique (chap. 2).

Ijara : un des contrats nommés. Location. Contrat important en finance islamique qui se décline en location simple, location-vente, crédit-bail (chap. 3 et 4).

Ijma : règles établies à l'unanimité des jurisconsultes à la suite de l'interprétation (*ijtihad*) des textes sacrés (chap. 2).

Ijara wa iqtina : location avec transfert de propriété *in fine* (chap. 3).

Ijtihad : interprétation des textes par les jurisconsultes des écoles de pensée islamiques (étymologiquement : effort) (chap. 2).

Illah : cause effective d'un fait (chap. 2).

Istishab : présomption (chap. 2).

Istishan : équité (chap. 2).

Istijrar : courant d'affaires. Le courant d'affaires avec un fournisseur particulier permet de diminuer les contraintes formelles, notamment en matière de fixation des prix (chap. 3).

Istisna : contrat d'entreprise. Contrat qui permet de faire fabriquer un bien par une entreprise en effectuant des paiements progressifs (chap. 3).

Jo'alla : échange de travail contre rémunération (chap. 2).

Khijar : option. Insérée dans un contrat, elle permet de modifier un contrat de manière à en assurer l'équité. Elle peut aussi être utilisée pour l'ingénierie financière dans la banque d'affaires (chap. 2 et 4).

Madhhab : écoles de pensée islamiques : hanéfite, malikite, chaféite, hanbalite essentiellement (chap. 2).

Maisir : jeu. Les contrats dont l'objet peut être assimilé à un jeu sont interdits en droit islamique (chap. 2).

Majallat : sorte de codification de la *charia* opérée par l'empire ottoman à la fin du XIX^e^ siècle (chap. 8).

Maslaha : intérêt général (chap. 2).

Mudaraba : commandite. Un des contrats nommés. Le banquier est l'apporteur de fonds (*rabb al-maal*) et le client son savoir-faire (*mudarib*) (chap. 3).

Mukhatara : risque (chap. 7).

Muqarada : titres émis dans le cadre d'un montage *sukuk*, en général un montage *sukuk mudaraba* (chap. 4).

Murabaha : crédit acheteur. Un des contrats nommés. Vente avec un intermédiaire, marge et paiement différé. Contrat le plus répandu en finance islamique (chap. 3 et 4).

Muragaha : swap (chap. 4).

Musharaka : joint-venture. Un des contrats nommés. Le banquier apporteur de fonds et l'entrepreneur gèrent le projet ou l'entreprise (chap. 3).

Qanun : ordonnance du pouvoir réglementaire (chap. 8).

Qard hasan : prêt gratuit (chap. 3).

Qasd : Intention (chap. 8).

Qimar : jeu de hasard. Pratique interdite en droit islamique (chap. 2).

Qiyas : méthode juridique de raisonnement pour résoudre les cas d'espèce (chap. 2).

Rahn : gage donné en garantie d'une dette, utilisable directement en cas de défaillance du débiteur (chap. 2 et 3).

Ray : avis émanant de la raison humaine et donc ontologiquement faillible (chap. 2).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Riba : usure, accroissement de richesse injustifié. Un des concepts fondamentaux du droit islamique. Le *riba* est prohibé dans la finance islamique (chap. 2).

Salam : avance de trésorerie. Un des contrats nommés. Vente avec livraison immédiate et paiement différé (chap. 3).

Sharika : contrat de société (chap. 2 et 3).

Sukuk : montage juridique permettant à des États, des banques, des entreprises… d'émettre des titres de dette en représentation d'un actif à acquérir ou déjà existant (titrisation). Il peut se combiner avec un contrat de *murabaha*, de *musharaka*, de *mudaraba*, de *salam*, d'*ijara*, d'*istisna* (chap. 4).

Sunna : tradition des actes du Prophète (chap. 2).

Tabarru : don (chap. 6).

Tafsir : analyse d'un juge islamique (chap. 2).

Takaful : contrat d'assurance basé sur une mutualisation des risques, les assurés étant aussi assureurs (chap. 6).

Taqlid : principe d'autorité (chap. 2).

Tawarruq : avance de liquidités. Contrat composé d'un *murabaha* permettant d'acquérir un bien, cédé ensuite sur le marché pour obtenir des liquidités (chap. 3).

Thaman : prix convenu (chap. 2 et 3).

Ujr : commission (chap. 3).

Umma : la communauté des musulmans (chap. 2).

Urf : coutume (chap. 2).

Wakil : agent (chap. 3).

Wakala : contrat d'agence (chap. 3).

Zakat : aumône légale (chap. 2).

Bibliographie

Ouvrages

ABI HAYDAR A., *Les Banques islamiques*, thèse, Paris, 1990.

AKHTAR S., *Financial Globalization and the Islamic Financial Services Industry*, IFSB (Islamic Financial Services Board), 13 mai 2008.

AUSTRUY J., *Structure économique et civilisation. L'Égypte et le destin économique de l'islam*, Paris, CEDES, 1960.

BASSIOUNI M.C. *et al.*, « A Survey of Islamic International Law », *The American Society of International Law Proceedings*, vol. 76, n° 55, 1984.

BLANC F.P., *Le Droit musulman*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1995.

CHÉHATA Ch., *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Paris, Dalloz, 2005.

CHÉHATA Ch., « Le concept de contrat en droit musulman », in *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, Paris, Sirey, 1968.

COMAR-OBEID, *Les Contrats en droit musulman des affaires*, Paris, Economica, 1995.

DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C., *Les Grands Systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 2002.

DESTROPOULOS C., « La Notion de synallagma chez Aristote », in *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, Paris, Sirey, 1968.

EL GAMAL M.A., « Overview of Islamic finance », *Office of International Affairs*, n°4, août 2006.

GAFOOR (A.L.M. Abdul), *Interest-Free Commercial Banking*, Groningen, the Netherlands : Apptec Publications, 1995.

GAFOOR (A.L.M. Abdul), *Participatory Financing through Investment Banks and Commercial Banks*, Groningen, the Netherlands : Apptec Publications, 1996.

GALLOUX M., *Finance islamique et pouvoir politique. Le cas de l'Égypte moderne*, Paris, PUF, 1997.

HABIB A., « Islamic Law, Adaptability and Financial Development », working paper of the Islamic Research and Training Institute or Islamic Development Bank

HASSOUNE A., « Islamic banks profitability in an interest rate cycle », *Arab Review*, oct. 2002, vol. 4, n° 2.

HEER N., *Islamic Law and Jurisprudence*, Seattle, University of Washington Press, 1990.

ISLAMIC DEVELOPMENT BANK, ISLAMIC RESEARCH AND TRAINING INSTITUTE, *Contemporary Practices of Islamic financing techniques*, 1993.

JOBST A.A., « The Economics of Islamic Finance and Securitization », IMF working paper, août 2007, WP/07/117.

MALLAT C., *Islamic Law and Finance*, Graham & Trotman, 1988, MA (KBL 2.I54).

MARTENS A., *La Finance islamique : fondements, théorie et réalité*, Cahier 20-2001 de l'Université de Montréal.

MILLIOT L., BLANC F., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Dalloz, 1987.

NIQUET C., MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET EUROPÉENNES, *Les Banques islamiques*, DCI, sous-direction de l'information et de la documentation, dossier finalisé le 20 mai 2008.

OBAIDULLAH M., *Islamic Financial Services*, Islamic Economics Research Center King Abdulaziz University Jeddah, Saudi Arabia.

RAPHAELI N., « Islamic Banking. A Fast-Growing Industry », *Inquiry and Analysis Series Economic Studies*, n° 297, 29 septembre 2006.

Rapport d'information du Sénat du 14 mai 2008 sur la finance islamique.

RAYNER S.E., « The theory of contracts in Islamic law », *Arab and Islamic Law Series*, Graham and Trotman, 1991

Revue d'économie financière, *L'Investissement socialement responsable*, n° 85, sept. 2006.

ROMILLY DE J., « Dimensions religieuses du droit », in *Archives de philosophie du droit*, t. XVIII, Paris, Sirey, 1973.

SCHACHT J., « Islamic Law in Contemporary States », *American Journal of Comparative Law*, 1959.

SOLE J., « Introducing Islamic Banks into Conventional Banking Systems », working paper (FMI), 1er juillet 2007.

TODESCHINI G., *Richesse franciscaine*, Paris, Verdier, coll. « Poche », 2008.

VAN SCHAIK D., *Islamic Banking*, Arab bank Review, Vol 3, n°1, 2001, pp. 45-52.

VELIDEDEOGLU H.V., *Le Mouvement de codification dans les pays musulmans. Ses rapports avec les systèmes juridiques occidentaux*, Rapports généraux au Ve congrès international de droit comparé (Bruxelles, 4-9 août 1958).

YAGI A., *Droit musulman*, Paris, Publisud, 2004.

Liens utiles

Parmi les nombreux sites qui abordent la finance islamique, on peut avantageusement consulter les liens suivants.

SCHOOL OF ORIENTAL AND AFRICAN STUDIES de Londres (SOAS) – CENTER OF ISLAMIC AND MIDDLE EASTERN LAW : *http://www.soas.ac.uk/Centres/islamiclaw*. Ce site est particulièrement riche en documentation contenant des textes et des études sur le droit musulman.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

ISLAMIC FINANCIAL BOARD : *http://www.ifsb.org/*. Le site de l'IFSB est utile pour connaître les standards utilisés par la finance islamique. Des publications sont disponibles.

ACCOUNTING AND AUDITIONING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (AAOIFI) : *http://www.aaoifi.com/*. Le site de l'AAOIFI permet de connaître les dispositions comptables relatives à la finance islamique. Des publications sont disponibles

RETAIL ISLAMIC BANKING HALL : *http://ribh.wordpress.com/*. Ce site se consacre à l'actualité des banques et des assurances islamiques.

FINANCE IN ISLAM : *http://www.financeinislam.com/*. Le site permet une excellente initiation à la finance islamique.

ISLAMIC BANKS AND FINANCIAL INSTITUTIONS INFORMATION : *http://www.ibisonline.net/*. Le site fournit des informations sur les institutions islamiques des différents pays.

ISLAMIC DEVELOPMENT BANK : *http://www.isdb.org/*. La Banque islamique de développement se propose de favoriser le développement économique et le progrès social des pays membres. Son site est riche en publications économiques.

INSTITUTE OF ISLAMIC BANKING AND INSURANCE : *http://www.islamic-banking.com/*.

ISLAMIC RESEARCH AND TRAINING INSTITUTE : *http://www.irtipms.org/*.

Ces deux sites sont tournés vers la recherche et la formation à la finance islamique et fournissent des informations sur les rencontres sur le sujet.

Index

A

al-khiyar 54, 117, 167
amal 214
assurance islamique 187
autonomie de la volonté 218

B

bai 49
bai al-arboon 167, 181
bai mu'ajjal 49
BBA-*murabaha* 101
Bureau de supervision religieuse 210

C

Caisse de l'aumône légale 214
charia 27, 84, 188, 233
contrats 47
– clauses adjointes 59, 219
– clauses optionnelles 54
– effets 52
– formation 50
– modèles 54
– nommés 54, 142
– objets 219
– validité 51
– vente 60
Coran 27, 45, 86

D

darar 48, 73, 171
darura 45
double *murabaha* 222
double vente 59
droit islamique 26, 27

E

écoles de pensée 30, 86
éthique 9, 15

F

fatwa 46, 210, 211, 224, 226
fictions juridiques 227
finance 9
– conventionnelle 3, 22
– éthique 1, 2, 7, 22
– islamique 2, 22, 80
fiqh 29, 233

G

gage 63
gestionnaire de *takaful* 190
gharar 36, 48, 68, 85, 171, 188

H

halal 25
haram 38

hawala 49
heba 49, 172
hiyal 132, 228

I

ijara 49, 113
ijma 28, 45, 73, 86
ijtihad 28
intérêt 68, 224
investissement socialement responsable 13
istihsan 31
istishab 44
istislah 32
istisna 49, 121

J

jo'alah 49, 174

K

kafalah 49

M

maal 49
maisir 37, 73, 171, 188
majallat 29, 232
maslaha 45
mudaraba 49, 92
mukhatara 214
muqarada 146
murabaha 49, 221, 238
musharaka 49, 95
musharaka mutaniqisa 144

O

option 54
– dans le cas de vice caché 55
– de choix 58
– de stipulation 56
– de vue 56

P

partenariat 90
participation 70
purification des revenus 181, 185

Q

qard 49
qard hasan 190, 214
qimar 37
qiyas 28, 40, 225

R

rahn 49
riba 34, 48, 68, 73, 84, 157, 171, 188, 225

S

salam 49, 109, 221
sharika 49
simulation 51
sukuk 147, 198, 238
Sunna 27, 45, 86

T

takaful 117, 189
titrisation 160

U

ujr 126
umma 46
urf 28

W

wadiah 49
wakala 49

Z

zakat 71, 189

MARCHÉS FINANCIERS

François Guéranger

FINANCE ISLAMIQUE

Une illustration de la finance éthique

La finance islamique est un système, élaboré à partir de principes religieux et moraux universels, qui connaît un grand essor en Asie et, désormais, en Occident.

Elle est une composante de la finance éthique : une finance qui n'obéit pas à la seule loi du profit mais qui répond à des critères tels que le **développement durable**, l'**environnement** et la **gouvernance**.

L'ouvrage se propose de décrypter cette finance islamique.

À partir d'une **analyse juridique** solide, il présente les principaux **mécanismes** et les **enjeux** de la finance islamique sur un plan aussi bien théorique que pratique, sans oublier les défis qu'elle doit relever.

Illustré de nombreux schémas, ce livre est un manuel de référence pour l'ingénierie financière islamique.

Public :
- Investisseurs institutionnels, banquiers, assureurs, avocats, experts comptables
- Étudiants en finance

FRANCOIS GUÉRANGER

Docteur en droit, avocat au barreau de Paris, ancien chargé de mission à la Commission des opérations de bourse, il évolue depuis longtemps dans le monde de la finance et a notamment contrôlé, comme Inspecteur de la Banque de France, chef de mission à la Commission bancaire, les activités de finance islamique d'établissements de crédit en Europe et en Asie. Il est chargé d'enseignement à l'Université Paris Dauphine.

ISBN 978-2-10-054215-4

DUNOD
www.dunod.com