



N° Spécial 2015

Les Cahiers de la Finance Islamique

Le développement de la finance islamique dans les législations nationales : à la recherche d'un cadre commun.



Directeurs de rédaction

Michel Storck, Professeur des Universités, UMR 7354, DRES-droit des affaires, Coresponsable de l'eMBA de Finance Islamique de l'*Université de Strasbourg*, Responsable du Master 2 recherche « sciences et droit des religions », option « Finance islamique » de l'*Université de Strasbourg*.

Laurent Weill, Professeur des Universités, Directeur du laboratoire de recherche *LARGE*, Coresponsable de l'eMBA de Finance Islamique de l'*Université de Strasbourg*.

Sâmi Hazoug, Chargé d'enseignement, Coresponsable de l'eMBA de Finance Islamique de l'*Université de Strasbourg*.

Comité de rédaction

Mehmet Asutay, Lecturer, *Université de Durham*, Royaume-Uni.

Abderrazak Belabes, Chercheur à l'*Institut d'économie islamique, Université du Roi Abdulaziz*, Djeddah, Arabie saoudite.

Elisabeth Forget, Docteur en droit. Juriste, *Loyens & Loeff Luxembourg* S.à r.l.

Rifki Ismal, Ph.D., *University of Durham and Bank of Indonésia*, Royaume-Uni et Indonésie.

Jérôme Lasserre-Capdeville, Maître de Conférences, *Université de Strasbourg*.

Isabelle Riassetto, Professeur des Universités, *Université du Luxembourg*.

Éditorial

Les articles présentés dans ce numéro spécial des *Cahiers de la finance islamique* sont le prolongement d'un colloque organisé le 30 janvier 2015 par l'UMR DRES et par l'*Islamic Finance Students Organization* (IFSO), ayant pour thème « Le développement de la finance islamique dans les législations nationales : à la recherche d'un cadre commun ».

La finance islamique doit être analysée dans un environnement international, économique et juridique, qui est le cadre naturel de développement des opérations bancaires et financières. Cette approche supra nationale s'impose aussi dès lors que les fondements de cette finance se trouvent dans la Charia qui est la « loi islamique révélée par le Prophète dans le Coran ». La Charia et la finance ne connaissent pas les frontières.

Un recensement des pratiques nationales d'intégration des mécanismes de la finance islamique est nécessaire, mais n'est pas une fin en soi : une synthèse doit pouvoir être menée sur les conditions d'application des produits financiers propres à la finance islamique dans leur environnement géographique concurrentiel. Tel est l'objectif visé par les cinq études présentées dans ce numéro spécial des *Cahiers de la finance islamique*.

Dans le cadre d'une recherche d'un droit commun, combinant une approche de la finance islamique par pays et par produits, une étude de l'application du contrat de *mourabaha* s'imposait, cet outil de financement islamique, pourtant critiquée, étant le plus utilisé à l'heure actuelle. La légitimité de la *mourabaha* au regard des sources religieuses de l'Islam est peu contestable ; en revanche, les conditions dans lesquelles les établissements financiers islamiques mettent en place ce type de transaction dans les législations nationales peuvent donner lieu à des discussions. L'article de Messieurs Lmahfoud SAADOUNI et Tener

GENC est une parfaite synthèse de ces questions. Celle-ci est utilement complétée par l'analyse que fait Monsieur Salah ABERKANE de la *moudaraba*. Contrat peu proposé en pratique, et que ne retiendrait pas un « financier rationnel », il gagnerait à être développé pour, notamment, assurer un meilleur partage des pertes et profits dans la finance islamique.

La diversité des droits nationaux rendant complexe le recours aux mécanismes de la finance islamique, une solution pourrait être de retenir dans des contrats internationaux simultanément la Charia et la loi d'un État, comme lois applicables. Le développement de la finance islamique dans le commerce international conduit inéluctablement à l'apparition de contrats internationaux de financement islamique, qui peuvent être source de contentieux. Madame Nefeli ROUPAKIA démontre que le choix de la Charia comme droit applicable à un contrat de financement international au regard du règlement (CE) n° 593/2008 (Rome I), qui est applicable en matière de contrats internationaux sur le territoire européen, est discutable tant sur le plan théorique, que sur le plan pratique. La Charia ne peut être assimilée à un droit étatique dans l'application de ce règlement.

L'approche comparative s'imposait aussi pour l'étude de Madame Safae ABRIGHACH consacrée à l'introduction de la *Zakât* au Maroc. La *Zakât* constitue le premier pilier financier de l'Islam : or l'Islam est la religion de l'État marocain. Puisqu'à ce jour le Maroc ne dispose pas d'un fonds *Zakât*, le cadre juridique et économique d'une telle introduction doit être tracé à la lumière des pratiques des expériences développées dans d'autres pays qui sont parvenus à créer de tels fonds, à titre obligatoire ou à titre facultatif. Une étude des différents types d'administration contemporaine de la *Zakât* au Soudan et au Kuweit, permet d'avancer les mesures nécessaires à adopter pour la réussite d'un

fonds *Zakât* au Maroc. La démonstration est ainsi faite d'une approche comparative peut aussi être dynamique et constructive.

L'originalité et la richesse de la contribution de Monsieur Ayoub MAZEK, repose sur l'approche comparative historique : le système juridique libyen a lui-même été influencé par les législations ottomane, italienne, égyptienne et française. Ce creuset, source de la codification de 1953 a été suivi par une introduction progressive de la Charia, conduisant à la mise en place de principes et de produits de la finance islamique par les lois de 1972, de 2005 de 2012 et 2013. Alors que des pays voisins tels que le Maroc, la Tunisie et l'Égypte mettent en place des cadres juridiques favorisant la coexistence entre la finance et les banques islamiques et le système bancaire classique, la Libye interdit intégralement le système bancaire classique.

La qualité des travaux présentés dans ce numéro spécial est révélatrice de la compétence des différents intervenants, avocats, enseignants-chercheurs, ingénieurs financiers, tous anciens étudiants du master de finance islamique ou de l'eMBA de finance islamique. L'enseignement et la recherche sont deux piliers indissociables de la connaissance et de l'étude de la finance islamique¹.

Michel Storck.

¹ Les colonnes des « *cahiers* » sont ouvertes, après validation, aux contributions de recherche fondamentale ou appliquée, de toutes les disciplines concernées par la finance islamique. Une attention particulière est portée à l'originalité du travail qui devra nécessairement comporter l'indication des sources. Les propositions (Times new roman 12, interligne simple) sont à envoyer à cette adresse en fichier word : cahiersfinanceislamique@misha.cnrs.fr

Tous les numéros sont consultables gratuitement sous ces deux liens <http://sfc.unistra.fr/finance-islamique> et <http://www.ifso-asso.com/documents/>

Sommaire

LA MOURABAHA : PRINCIPES, PRATIQUES, CONTROVERSE

Par *Lmahfoud SAADOUNI et Tener GENC*..... 7

LA MOUDARABA, ANALYSE COMPARATIVE

Par *Salah ABERKANE*..... 22

L'APPLICATION DE LA CHARIA DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX SOUS L'ÉGIDE DU RÈGLEMENT ROME I

Par *Nefeli ROUPAKIA* 41

LA FINANCE ISLAMIQUE EN LIBYE DE SES DÉBUTS À 2015

Par *Ayoub MAZEK* 53

LA ZAKÂT AU MAROC : UN CADRE JURIDIQUE À CONSTRUIRE

Par *Safae ABRIGHACH* 63

LA MOURABAHA : PRINCIPES, PRATIQUES, CONTROVERSE

Lmahfoud SAADOUNI^{2*} et Tener GENC^{3*}

Introduction

1. Dans l'atmosphère d'apathie qui semblait s'être abattue sur le chantier de la finance islamique en France, les quatre instructions fiscales publiées le 24 Août 2010 par Bercy ont défini le cadre fiscal de certains instruments en finance islamique. La première instruction précise le régime fiscal applicable aux opérations de la *mourabaha* avec ordre d'achat, elle représente un pas important vers l'avènement de cette activité à grande échelle en France ! Le développement de la finance islamique en France présente des enjeux indéniables. En effet, ses principes directeurs sont supposés offrir des garanties solides d'un point de vue éthique, moral, et financier notamment. De ces principes découlent des produits financiers originaux censés être avantageux : celui qui nous intéresse est la *mourabaha*.

2. La *mourabaha* fait partie des contrats de financement proposés par la finance islamique. Pour comprendre cette opération particulière, il est indispensable de donner une définition simple et claire. La définition retenue est celle figurant dans les standards de l'AAOIFI⁴ selon laquelle la *mourabaha* est « [...] la vente d'un bien pour un prix égal au prix d'achat avec une marge définie et approuvée par les parties. Cette marge de profit peut être un pourcentage du prix de vente ou un montant fixe »⁵.

^{2*} Ingénieur financier depuis une quinzaine d'années, titulaire d'un Master 2 en modélisation stochastique et recherche opérationnelle à l'Université de Bordeaux et d'un Executive MBA en Finance islamique de l'Université de Strasbourg, cofondateur de *FI Consult*.

^{3*} Titulaire d'un Master 2 en droit européen de l'Université Paris XII (2013), et d'un Master 2 finance islamique de l'Université de Strasbourg.

⁴ *Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions*.

⁵ Norme 8 Standards AAOIFI.

3. L'originalité de la *mourabaha* réside dans la combinaison obligatoire du prix d'acquisition initiale et d'une marge bénéficiaire. Ces deux éléments intrinsèques à la *mourabaha* représentent « le prix de revente qui peut être acquitté au comptant ou échelonné. Ces deux éléments (connaissance par l'acquéreur du prix d'acquisition initial, et intégration d'une marge bénéficiaire) permettent de la distinguer d'autres contrats de vente »⁶. Cette opération est fondée sur le principe de la vente à tempérament, utilisé en finance islamique.

4. L'étude de la *mourabaha* est nécessaire dans la mesure où elle représente l'outil de financement islamique le plus utilisé à l'heure actuelle⁷. Cette surutilisation par les établissements financiers islamiques conduit inévitablement à accroître la popularité de la *mourabaha*. L'endettement massif des consommateurs par le recours au crédit à intérêt conventionnel marquait le besoin urgent d'offrir une alternative plus éthique. Pour certains, cette alternative trouve grâce dans la *mourabaha*, mais pour d'autres cette dernière n'est qu'une autre forme de crédit à intérêt déguisé.

5. Tout l'intérêt de cet article réside dans l'analyse pratique de l'utilisation de la *mourabaha* par les établissements financiers islamiques. En effet, très souvent, la pratique ne suit pas la théorie, ce qui permet de mettre en exergue des limites inconnues que l'aspect théorique n'évoque pas. L'observation du marché bancaire en matière d'opérations de *mourabaha* met nécessairement en avant des éléments critiquables, qui amènent à s'interroger sur les éventuelles controverses engendrées par ceux-ci. Ici, le but est de discuter la légitimité de la *mourabaha* au regard des sources religieuses de l'Islam, et d'apporter une vision critique sur le terrain du droit et de la finance.

6. Tout d'abord, il est important de rappeler les principes sur lesquels repose la *mourabaha* en tant qu'instrument de financement islamique (I). Ensuite, il est utile de voir comment les établissements financiers islamiques mettent en place ce type de transaction (II). Enfin, il est indispensable de finir notre étude en approfondissant les points les plus controversés (III).

I- La *mourabaha* : un instrument de financement islamique

7. Étant un outil de financement islamique, il semble pertinent pour commencer d'énumérer les principaux fondements religieux sur lesquels la *mourabaha* repose (A). Elle peut revêtir différentes formes, mais dans tous les cas elle demeure un contrat basé sur une logique d'échange commercial (B). Par ailleurs, la *mourabaha* doit remplir un certain nombre de conditions pour être valide d'un point de vue de la Charia (C).

⁶ Durand (Frédéric), Hazoug (Sâmi), « La *murabaha* », *RDBF*, n° 2, mars 2011, étude 16, p. 1.

⁷ Pour plus de détails v. Patel (Anass), « Le crédit immobilier halal : approche d'innovation pour l'accession à la propriété à la française », *Les Cahiers de la Finance Islamique*, n° spécial 2014-1, pp. 23-42.

A) Les fondements religieux de la *mourabaha*

8. Du point de vue de l'islam, le Coran est la source suprême. Par conséquent, son influence sur la finance islamique est extrêmement forte. La légitimité et la légalité religieuses de la *mourabaha* reposent principalement sur deux versets.

9. D'une part, le verset 275 de la sourate 2 du Coran fait figure de base légale pour la *mourabaha* dans la mesure où il énonce le principe suivant : « *Ceux qui pratiquent l'usure se présenteront, le Jour de la Résurrection, comme des aliénés possédés par le démon et ce, pour avoir affirmé que l'usure est une forme de vente, alors que DIEU A PERMIS LA VENTE ET A INTERDIT L'USURE [...]* »⁸. Ce verset illustre l'opposition entre l'usure et la vente, et sert de fondement à la *mourabaha* grâce à l'analogie faite entre cette dernière et la vente.

10. D'autre part, le verset 198 de la même sourate est également utilisé pour justifier le bien-fondé de la *mourabaha*. Ainsi, ce verset déclare : « *Il n'est pas interdit, [...], de rechercher quelques faveurs de votre Seigneur [par la pratique du négoce]* »⁹. Ici, une interprétation dynamique et extensive est faite en faveur de la *mourabaha* dans le sens où l'un de ses buts est la recherche du gain et du profit par le commerce. D'autres interprétations découlent principalement de la *Sunna*.

11. La vente *mourabaha* repose sur plusieurs fondements religieux. En outre, il est impératif qu'elle obéisse à une logique d'échange commercial.

B) Un contrat basé sur une logique d'échange commercial

12. La *mourabaha* peut être de deux types : la transaction directe ou la transaction tripartite. Dans le premier cas, la transaction est directe puisqu'il s'agit d'une vente classique, au comptant ou à tempérament, au prix de revient majoré d'une marge bénéficiaire connue et convenue entre un vendeur et un acheteur. Dans le second cas, l'opération est tripartite puisqu'il s'agit d'un contrat de vente au cours duquel un vendeur vend, à la demande d'un acheteur final, un actif à un intermédiaire financier, qui le revend ensuite à tempérament ou au comptant, à cet acheteur final au prix de revient majoré d'une marge bénéficiaire. Ce montage tripartite est appelée *mourabaha* avec ordre d'achat, ou pour donneur d'ordre, ou plus couramment *mourabaha* bancaire du fait de son utilisation généralisée par les banques islamiques.

⁸ *Le Noble Coran*, Nouvelle traduction du sens de ses versets par Mohamed Chiadmi, Préf. Cheikh Zakaria Seddiki, Tariq Ramadan et Shaykh Yusuf Ibram, Tawhid, 2010, p. 47.

⁹ *Le Noble Coran*, Nouvelle traduction du sens de ses versets par Mohamed Chiadmi, Préf. Cheikh Zakaria Seddiki, Tariq Ramadan et Shaykh Yusuf Ibram, Tawhid, 2010, p. 31.

13. Peu importe le type de *mourabaha*, celui-ci entre plus généralement dans la catégorie des '*ouquoud al-mou'awadat* autrement dit les contrats fondés sur une logique d'échange commercial. La finance islamique reconnaît deux autres grandes logiques contractuelles : les '*ouquoud al-shirkat* fondés sur une logique de partage (*moudaraba, mousharaka*) ; et les '*ouquoud al-tabarou'at* fondés sur une logique de bienfaisance (*waqf, qard hassan, takaful, zakat*).

14. Les '*ouquoud al-mou'awadat* se divisent en deux grandes catégories : il y a d'abord « les ventes avec négociation du prix, *mousawama, sans référence explicite au coût de revient de l'élément vendu* »¹⁰ ; et les *bai al-amana* aux cours desquels le vendeur a l'obligation de déclarer le coût de revient de ce qu'il vend. Les *bai al-amana* se subdivisent en trois sous-catégories : la vente *tawliyah* au prix d'achat sans profit ni perte et au comptant ; la vente *wadhi'a* à perte ; et la vente *mourabaha* qui nous intéresse plus particulièrement.

15. Le contrat de *mourabaha* représente donc à lui seul une sous-catégorie. Pour être licite au regard du droit musulman des affaires, il doit remplir un ensemble de conditions de fond et de forme.

C) Les conditions de validité à l'aune de la Charia

16. Pour qu'un contrat de *mourabaha* soit déclaré conforme aux prescriptions de la Charia, il doit nécessairement remplir un certain nombre de conditions relatives à la nature et à l'existence du bien objet du contrat, au prix d'acquisition et à la marge, et aux parties notamment.

17. Le bien objet du contrat, qu'il soit meuble ou immeuble, doit être défini et connu par les parties, avoir une valeur car les choses dites hors commerce du point de vue du droit musulman, ne peuvent pas faire l'objet d'un contrat de *mourabaha*. Il doit également respecter les préceptes, c'est-à-dire les obligations et interdictions, imposés par la Charia (inexistence de lien quelconque avec des activités jugées illicites par la loi islamique: jeux de hasard, alcool, porc,...).

18. Au moment de la conclusion du contrat, l'existence du bien objet de la transaction doit être certaine. En effet, si son existence laissait place au doute, cela serait synonyme d'incertitude et d'aléa dans l'existence même du contrat et entrerait donc dans le champ du *gharar*. Le *gharar* étant prohibé par la finance islamique, cela signifierait que le contrat de *mourabaha* serait alors contraire à la Charia et donc illégal puisque les opérations liées à un événement futur et incertain ne sauraient être validées.

¹⁰ Lévy (Aldo), *Finance islamique*, Lextenso éditions, Paris, 2012, p. 93.

19. Avant la conclusion définitive du contrat et le transfert de propriété du bien, l'acheteur final doit obligatoirement avoir connaissance du prix d'acquisition initial du bien mais également du montant de la marge bénéficiaire. Cette marge peut prendre la forme d'une « [...] somme fixe ; ou un pourcentage du prix d'acquisition ; ou une formule indexée qui permet de calculer la marge au moment de la conclusion du contrat de *Murabaha* ; [...] »¹¹.

20. Le calcul de la marge bénéficiaire est différent selon le courant juridique. Pour l'école hanafite, le coût de revient englobe tous les frais supplémentaires en plus du coût initial. En revanche, pour l'école malikite, seuls les coûts de transport et de transformation sont pris en compte. En effet, les coûts insignifiants que le client pourrait prendre à sa charge, ne sauraient être pris en compte dans le calcul du coût de revient.

21. Le vendeur et le client doivent être deux personnes physiques ou morales distinctes. En effet, si le vendeur et le client sont une seule et même personne ou entité juridique, l'opération de *mourabaha* sera automatiquement contraire aux dispositions de la Charia puisque cette dernière prohibe les situations impliquant deux ventes en une, en vertu d'un hadith du Prophète.

22. Dans le cas de la *mourabaha* bancaire, qui est une opération tripartite, il faut nécessairement un double transfert successif de propriété du bien vendu. Le premier transfert de propriété se fait entre le vendeur et le financier, alors que le second est le fruit de la relation contractuelle entre le financier et le client. Ainsi, le financier doit être le propriétaire du bien objet de l'opération avant de le céder définitivement au client. Cela est d'ailleurs confirmé par un hadith qui énonce clairement le principe suivant : « ne vendez pas ce que vous ne possédez pas »¹².

23. La *mourabaha* bancaire, aussi appelée *mourabaha* avec ordre d'achat, est très populaire auprès des établissements financiers islamiques. En effet, recourir à la *mourabaha* constitue de manière évidente le principal fonds de commerce des banques islamiques qui réalisent des profits élevés grâce à la marge bénéficiaire.

II- L'utilisation de la *mourabaha* bancaire par les banques islamiques

24. Il est nécessaire de montrer le processus d'utilisation de la *mourabaha* bancaire par les banques islamiques, avec l'aide notamment d'un schéma opérationnel (A). Elle présente différents avantages à la fois pour les banques islamiques et pour les clients souscripteurs,

¹¹ DTZ Asset Management, Norton Rose, Livre Blanc « Finance Islamique et Immobilier en France », juill. 2010, p. 61.

¹² *Introduction aux techniques de financement islamique*, actes de séminaires, n° 37, Institut Islamique de Recherche et de Formation, Banque Islamique de Développement (IRTI/IDB), 1^{ère} édition, Djeddah, Arabie Saoudite, 1996, p. 99.

malgré une certaine inégalité (B). L'avantage principal réside dans l'idée que la *mourabaha* semble être une alternative suffisante au crédit à intérêt conventionnel en raison de ses nombreuses différences (C).

A) Le processus d'utilisation par les banques islamiques

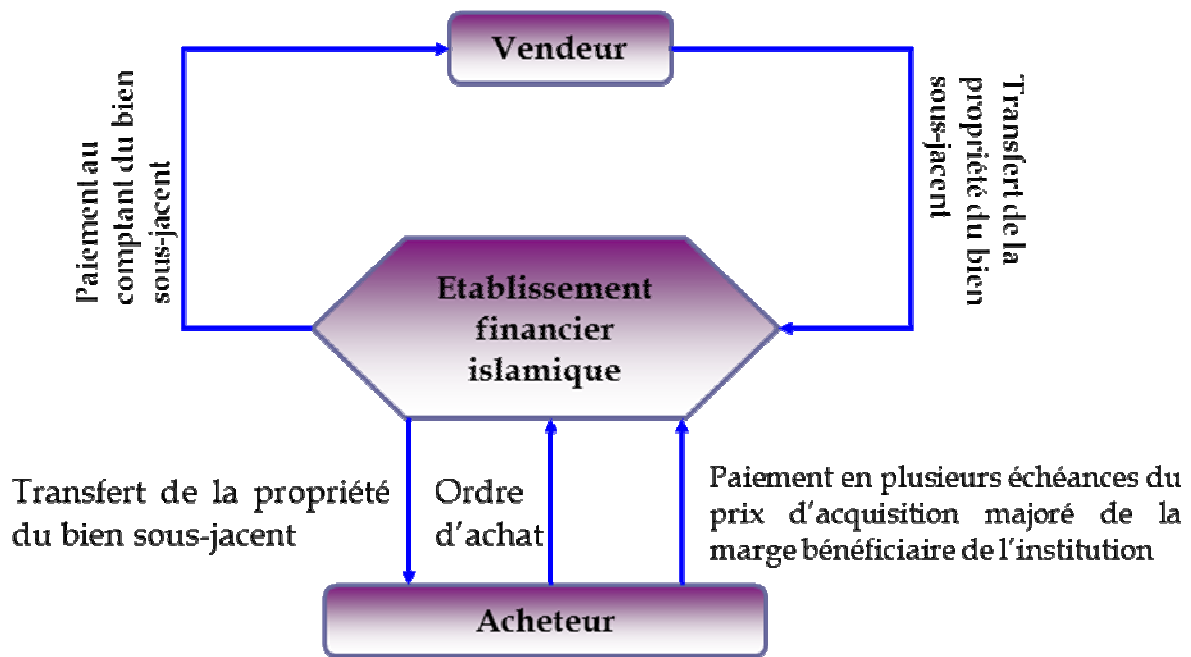
25. La mise en œuvre concrète d'un contrat de *mourabaha* bancaire doit suivre des étapes claires. En effet, les banques islamiques suivent le processus suivant dans le but de respecter et d'exécuter efficacement le contrat signé.

26. Dans un premier temps, le client « donneur d'ordre d'achat » choisit le bien, et soumet une demande de financement à l'institution financière islamique.

27. Dans un second temps, la demande est étudiée par l'institution financière islamique, qui consiste principalement à analyser la solvabilité du client et à donner une tarification précise de la transaction.

28. La troisième étape exige que les parties se soient définitivement mises d'accord sur l'ensemble des termes de la convention. Si tel est le cas, l'institution financière islamique se porte acquéreur du bien et le cède au client au prix d'acquisition initial majoré d'une marge bénéficiaire.

29. Enfin, l'exécution du contrat doit être réalisée jusqu'à son terme. Autrement dit, le client doit s'acquitter du prix total convenu avec la banque islamique selon les modalités et les échéances fixées. Le schéma ci-dessous synthétise le déroulement d'une opération de *mourabaha* bancaire, qui présente des avantages pour toutes les parties. Cependant ces avantages ne sont pas de nature égale.



B) Des avantages inégaux pour les banques islamiques et les clients

30. La *mourabaha* avec ordre d'achat est un produit financier qui essaie de répondre aux besoins de tous les acteurs potentiellement concernés même si dans les faits elle offre plus d'avantages aux banques islamiques (1) qu'aux clients souscripteurs (2).

1. Les avantages pour les banques islamiques

31. Tout d'abord, la *mourabaha* avec ordre d'achat est censée représenter une solution alternative au crédit à intérêt conventionnel. Elle permet alors aux banques de viser une clientèle plus large pouvant être intéressée par des offres ne contenant pas d'intérêt.

32. Ensuite, la *mourabaha* est un moyen pour les banques de limiter au maximum les risques liés au bien vendu puisque la conclusion finale du contrat marque le moment où la propriété du bien est définitivement transférée au client, ainsi que les risques afférents. Le client est alors responsable par sa gestion des conséquences futures qui peuvent survenir dans la mesure où l'établissement financier, n'étant plus propriétaire, se décharge de toute responsabilité.

33. Enfin, le dernier avantage est le plus important étant donné qu'il est d'ordre financier. La *mourabaha* représente une technique de financement efficace à moindre coût car elle permet de réaliser des profits considérables tout en limitant les risques. De ce fait, le rendement est plus élevé que dans un financement participatif ou un crédit classique à intérêt puisque la marge bénéficiaire est modulable à la hausse surtout en l'absence de concurrence.

2. Les avantages pour les clients souscripteurs

34. Du point de vue d'un client potentiel, le premier atout de la *mourabaha* est qu'elle constitue un palliatif au crédit classique à intérêt. Aujourd'hui, de nombreuses personnes recherchent des financements répondant à leurs croyances religieuses, ou alors à des impératifs éthiques. Dans cette optique, ils décident de s'orienter vers des nouveaux produits financiers innovants qui sont le fruit des nouvelles finances très en vogue basées sur la morale, l'éthique, et/ou la religion notamment.

35. La *mourabaha* est, en principe, un financement islamique permettant de répondre à un besoin social primaire et universel: l'accès à la propriété. Cet argument peut servir à expliquer la forte popularité et l'utilisation massive de la *mourabaha* dans le milieu bancaire et financier islamique.

36. Lorsqu'on compare les avantages entre les banques islamiques et les clients souscripteurs, on observe d'abord une inégalité en faveur des acteurs financiers qui semblent être les grands gagnants. Puis, on remarque également un point commun : le postulat selon lequel la *mourabaha* représente une offre alternative crédible au crédit à intérêt conventionnel. En conséquence, il paraît nécessaire de comparer les différences majeures entre ces deux financements.

C) La *mourabaha* : une alternative au crédit à intérêt conventionnel

37. Analyser les différences entre la *mourabaha* avec ordre d'achat et le crédit à intérêt conventionnel est un moyen pertinent de savoir si la *mourabaha* telle qu'elle est pratiquée par les banques islamiques, peut réellement être une alternative crédible et solide. Les divergences concernent principalement la nature de l'engagement, l'objet de l'opération, la rémunération de l'établissement financier, et les pénalités en cas de retard ou de non-paiement.

38. La première différence est relative à la nature de l'engagement. Dans le crédit classique, il s'agit d'une logique de financement autour d'une relation créancière impliquant un débiteur et un créancier (la banque octroie un financement au client). En revanche, dans la *mourabaha* avec ordre d'achat, la transaction est basée sur une logique de commerce et de financement (relation commerciale et financière) et elle est ancrée dans l'économie réelle.

39. L'objet de l'opération constitue la deuxième différence majeure. Le crédit à intérêt est une simple mise à disposition de fonds. Il fait donc intervenir une créance dont la rémunération est préalablement convenue, d'où l'importance des garanties de remboursement pour la banque qui n'est pas du tout intéressée par la nature du projet mais simplement par la solvabilité du client et sa capacité à rembourser la somme prêtée majorée d'un taux d'intérêt. La *mourabaha*

privilège davantage l'objet de l'opération et son utilité socio-économique, qui peuvent être perçus comme des éléments déterminants dans le processus de financement. Pour certains, la *mourabaha* vise à encourager et promouvoir l'accèsion à la propriété¹³.

40. Dans le cadre du crédit à intérêt, la banque est rémunérée en fonction d'un taux d'intérêt fixé selon le montant prêté et l'échéancier mis en place, cette rémunération dépend de l'écoulement du temps autrement dit il s'agit de *riba* prohibé par la finance islamique. Dans le cadre de la *mourabaha*, la rémunération de l'investissement du financier prend la forme d'une marge bénéficiaire préalablement communiquée dans un souci de transparence, et fixée communément par les parties sur la base du prix de revient du bien vendu.

41. Sur le plan financier et non-juridique, la dernière distinction est primordiale car elle est relative aux pénalités ou intérêts en cas de retard ou de non-paiement à terme. La finance conventionnelle est favorable au paiement d'intérêts de retard, qui s'ajoute logiquement à la dette en cas de retard ou de non-paiement avant l'échéance finale. En revanche, la finance islamique distingue deux situations. Dans la première situation, si le non-paiement est la conséquence directe d'un cas manifeste de force majeure ou d'une difficulté fortuite (faillite par exemple), le débiteur peut obtenir un délai gracieux comme le prescrit la Charia. Dans la seconde situation, qui est le cas contraire à la première, le financier peut tenter un recours juridictionnel et saisir la justice dans le but de se voir restituer les fonds investis en complément de la marge bénéficiaire. La finance islamique interdit le versement d'intérêts de retard découlant du non-paiement à terme.

42. La *mourabaha* avec ordre d'achat et le crédit à intérêt conventionnel présentent des différences notables, comme l'illustre ci-dessous le tableau récapitulatif. Néanmoins, ces différences ne permettent pas de dissiper voire nuancer les nombreuses interrogations et controverses dont la *mourabaha* fait l'objet.

¹³ Pour plus de détails v. Patel (Anass), « Le crédit immobilier halal : approche d'innovation pour l'accèsion à la propriété à la française », *Les Cahiers de la Finance Islamique*, n° spécial 2014-1, pp. 23-42.

Éléments de comparaison	Crédit conventionnel à intérêt	<i>Mourabaha</i> avec ordre d'achat
Nature de la relation	Financement	Commerce et financement
Objet de l'opération	Mise à disposition d'une somme d'argent	Actif tangible ancré dans l'économie réelle
Rémunération	Taux d'intérêt établi en fonction du montant engagé et de l'échéance convenue (en corrélation avec l'écoulement du temps)	Marge bénéficiaire établi d'un commun accord sur la base du prix de revient de la nature de l'équipement financé (principe de transparence dans la relation banque-client)
Retard ou non-paiement sur le plan financier	Intérêts de retard automatiquement ajoutés à la dette en cas de retard ou non-paiement à terme échu	<ul style="list-style-type: none"> - Force majeure ou difficulté imprévue: délai de grâce. - Mauvaise foi: voie de recours de droit commun - Versement de pénalités de retard au profit d'œuvre caritative

III- La *mourabaha* : un instrument controversé

43. En dépit de sa popularité qui lui donne de nombreux partisans, la *mourabaha* ne fait pas l'unanimité puisqu'il faut convaincre les plus sceptiques de ses bienfaits. Cette tâche semble difficile à réaliser du fait des nombreuses zones d'ombre suscitant des interrogations répétées. C'est d'abord le montant de la marge bénéficiaire, qui fait l'objet de critiques incessantes (A). La surutilisation de la *mourabaha* par les banques islamiques dans un but purement capitaliste nourrit aussi le débat puisque certains évoquent un « syndrome de la *mourabaha* » (B). Pour finir, le caractère juridiquement et/ou moralement contraignant de la promesse d'achat dans la *mourabaha* bancaire est également problématique (C).

A) Les critiques relatives à la marge bénéficiaire

44. La marge bénéficiaire ne laisse pas indifférente puisque certains la considèrent comme du *riba*. En effet, les détracteurs de la *mourabaha* émettent l'argument selon lequel la marge bénéficiaire ne serait en réalité que de l'intérêt déguisé, donc *a fortiori* la *mourabaha* serait une opération de crédit conventionnel avec intérêts. De nombreux points créent le doute et nécessitent des éclaircissements.

45. Le montant de la marge bénéficiaire pratiqué par les banques islamiques est la plupart du temps supérieur à un taux d'intérêt conventionnel. Parfois, cette marge atteint des sommets qui peuvent choquer d'un point de vue éthique, moral et humain. La finance islamique étant en principe une finance éthique, ce genre de pratique, qualifiée d'usuraire par certains, peut nuire à son image et dissuader la clientèle potentielle d'y recourir.

46. En outre, la méthode de calcul de la marge bénéficiaire divise puisque les taux conventionnels, tels que le Libor ou encore l'Euribor, servent de référence pour fixer le montant de la marge. Certains y voient un rapprochement dangereux, pouvant provoquer des confusions et conduire à des raccourcis faciles.

47. Même si les financements islamiques demeurent plus chers que les financements conventionnels, cette différence devrait rester raisonnable afin de ne pas marginaliser certaines catégories de personnes et en favoriser d'autres mais aussi garder un semblant d'éthique et de morale. M. Mahmoud A. El-Gamal, considère que cette différence de prix représente le « *coût d'être musulman* » (« *the cost of being Muslim* »)¹⁴. Mais cette expression est réductrice dans la mesure où la *mourabaha*, et *a fortiori* la finance islamique, a pour vocation de s'adresser à tout le monde sans distinction de religion.

48. Les interrogations autour de la marge bénéficiaire ne sont pas les seules entourant la *mourabaha* puisque des études ont aussi été réalisées sur le phénomène de la surutilisation de la *mourabaha* par les banques islamiques et son impact sur la finance islamique. Ce phénomène est appelé le « syndrome de la *mourabaha* ».

B) Le « syndrome de la *mourabaha* »

49. L'expression « syndrome de la *mourabaha* » est à mettre au crédit de M. Tarik M. Yousef, qui tente d'expliquer l'utilisation massive (et abusive ?) de la *mourabaha* par les banques

¹⁴ V. El-Gamal (Mahmoud A.), *La banque et la finance islamiques*, De Boeck, Bruxelles, 2012 ; et, *Finance islamique : aspects légaux, économiques et pratiques*, De Boeck, Bruxelles, 2010.

islamiques. Il essaye de démontrer un lien de corrélation entre ce « syndrome » et un phénomène plus large touchant la finance islamique elle-même¹⁵.

50. Selon l'auteur, les intellectuels musulmans ont remarqué une évolution de la finance islamique qui se rapproche de plus en plus de la finance conventionnelle dans la pratique, alors qu'elle doit normalement être guidée par des principes religieux. Cette évolution se ressent dans les instruments financiers, qui doivent en principe reposer sur la règle de 3P¹⁶ dans un souci d'équité et de partage, et éviter les dettes. L'auteur estime que les preuves indiquent le contraire: l'essentiel des opérations bancaires ne sont pas fondées sur l'équité mais sur l'utilisation de la *mourabaha*, d'où l'expression « syndrome de la *mourabaha* ».

51. L'auteur avance l'idée que la *mourabaha* est un contrat proche des contrats standards encourageant la dette dans le système bancaire conventionnel car elle crée une dette à l'encontre du client souscripteur. La surutilisation de la *mourabaha* par les banques islamiques est une remise en cause même du postulat qui visait à donner une alternative islamique crédible aux financements conventionnels basés sur les intérêts.

52. Cette utilisation massive par les banques islamiques d'un instrument proche des crédits classiques à intérêts pose la question plus large du fonctionnement quasi-identique entre les banques islamiques et les banques conventionnelles. Pour l'auteur, le système financier islamique ne présente pas de différences avec le système bancaire conventionnel, c'est pourquoi il est nécessaire de le repenser et le refaçonner par un examen systémique de la structure financière même. L'auteur commence son étude par le principe de gouvernance d'entreprise et le rôle déterminant de la loi, des institutions et des politiques.

53. En plus des zones d'ombre relatives à la marge bénéficiaire et du « syndrome de la *mourabaha* », il y a également des questions concernant le caractère juridiquement et/ou moralement contraignant de la promesse d'achat inhérente au contrat de *mourabaha*.

C) Le caractère contraignant de la promesse d'achat

54. La promesse contraignante pour les deux parties vaut contrat même si rien n'a été signé entre elles, ce qui veut dire que la banque vend ce qu'elle ne possède pas. Cela revient donc à vendre ce que l'on ne possède pas, ce qui est prohibé. Toutefois, les banques islamiques ne concluent pas la vente avant qu'elles n'achètent la marchandise et même, dans certains cas comme les produits alimentaires, avant d'en prendre possession.

¹⁵ Pour plus de détails v. Yousef (Tarik M.), « The Murabaha Syndrome in Islamic Finance: Laws, Institutions and Politics » in *The Politics of Islamic Finance*, Edinburgh University Press, 2004.

¹⁶ Partage des Pertes et des Profits.

55. La doctrine est divisée quant au caractère juridiquement contraignant de la promesse d'achat. Certains affirment qu'elle n'est pas obligatoire. Mais les dispositions coraniques et prophétiques posent un principe clair : la nécessité d'honorer ses engagements. La promesse d'achat revêt de ce fait un caractère moralement et religieusement contraignant.

56. D'un point de vue juridique, une promesse unilatérale d'achat n'engage que le promettant. En revanche, la promesse synallagmatique vaut vente lorsqu'elle est fondée sur un consentement réciproque, en vertu de l'article 1589 du Code civil.

57. En général, la banque exige que la promesse d'achat soit accompagnée du versement d'un acompte prouvant la bonne foi de l'engagement. Cet acompte peut être discutable d'un point de vue de la Charia surtout s'il compense l'intégralité du risque que la banque prend en acquérant le bien.

Conclusion

58. La condamnation du *riba* par l'islam est absolue. C'est pourquoi est né le mouvement de création des banques islamiques exerçant leurs activités en conformité avec la Charia. De par leur conception philosophique, les activités des banques islamiques doivent s'appuyer sur les opérations de participation (*moucharaka, moudaraba*). Malheureusement, la plupart des banques islamiques sont principalement orientées vers les opérations de dette (la *mourabaha* en particulier). Cette orientation est certainement due aux difficultés rencontrées par ces banques. Certains problèmes sont des problèmes de fond d'autres d'ordre pratique.

59. La *mourabaha* a probablement de beaux jours devant elle étant donné sa rentabilité élevée, qui justifie sa surutilisation par les banques islamiques. Néanmoins, cela n'aidera pas à dissiper les nombreux doutes l'entourant : doutes qui touchent à la fois la légitimité religieuse de la *mourabaha* mais également certaines de ses caractéristiques propres (la marge bénéficiaire notamment). A long terme, les institutions financières islamiques doivent s'efforcer de trouver des solutions innovantes dans le but de rassurer et convaincre les plus sceptiques puisque les controverses autour de la *mourabaha* peuvent rejaillir sur l'ensemble de la finance islamique et nuire à son image de finance éthique.

Bibliographie

- *Le Noble Coran*, Nouvelle traduction du sens de ses versets par Mohamed Chiadmi, Préf. Cheikh Zakaria Seddiki, Tariq Ramadan et Shaykh Yusuf Ibram, Tawhid, 2010.
- DTZ Asset Management, Norton Rose, Livre Blanc « Finance Islamique et Immobilier en France », juillet 2010.
- **Hassan Hamoud** (Sami), « Islamic Banking », Arabian Information, Londres, 1985.
- **Durand** (Frédéric), **Hazoug** (Sâmi), « La murabaha », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 2, mars 2011, étude 16.
- **El-Gamal** (Mahmoud A.)
 - Finance islamique : aspects légaux, économiques et pratiques, De Boeck, Bruxelles, 2010.
 - La banque et la finance islamiques, De Boeck, Bruxelles, 2012.
- **Lévy** (Aldo), *Finance islamique*, Lextenso éditions, Paris, 2012.
- **Patel** (Anass), « Le crédit immobilier halal : approche d'innovation pour l'accèsion à la propriété à la française », *Les Cahiers de la Finance Islamique*, n° spécial 2014-1, p. 23-42.
- **Yousef** (Tarik M.), « The Murabaha Syndrome in Islamic Finance: Laws, Institutions and Politics » in *The Politics of Islamic Finance*, Edinburgh University Press, 2004.
- *Introduction aux techniques de financement islamique*, actes de séminaires, n° 37, Institut Islamique de Recherche et de Formation, Banque Islamique de Développement (IRTI/IDB), Djeddah, Arabie Saoudite, 1996.

LA MOUDARABA, ANALYSE COMPARATIVE

Salah ABERKANE^{17*}

Introduction

Les composantes d'un contrat *moudaraba*

La *moudaraba* comme outil de financement

Le montage théorique

Exemple chiffré

L'expérience bancaire

Les profit-sharing investment account : PSIA

Les investment accounts

Le financement de projet

La *moudaraba* : un produit hybride

Les problématiques de la *moudaraba*

Le problème d'agence

La sélection adverse

Le risque de perte

Analyse comparative Rendement Risque

Perspectives pour la *moudaraba*

Conclusion

Bibliographie

¹⁷ Ingénieur financier depuis une dizaine d'années, titulaire d'un Executive MBA en Finance islamique de l'Université de Strasbourg, cofondateur de *FI Consult*.

Introduction

Les études consacrées à la finance islamique se sont multipliées ces dernières années. L'intérêt pour cette discipline s'est accru notamment avec la crise de la finance conventionnelle et de ses institutions. Cette situation a permis de connaître les nombreux instruments d'une finance alternative et éthique. Parmi ces instruments, il est utile de relever la place de la *moudaraba*, comme un instrument de financement, s'approchant de la notion, très répandue en finance classique de capital-risque ou venture capital.

La *moudaraba* est un type de financement dit participatif. Il s'agit d'un partenariat entre un investisseur bailleur de fonds et un entrepreneur porteur d'un projet ou d'entreprise en création. Dans ce contrat, l'entrepreneur apporte son expertise, son travail et son savoir-faire. L'institution financière islamique (IFI) apporte le financement nécessaire à la réalisation de l'opération. Ce contrat s'appuie sur le principe de partages des pertes et profits (3P), qui considère que les IFIs devraient d'avantage partager le risque des investissements avec les entreprises au lieu de le transférer. Plusieurs chercheurs (Hasan 1985, Bakhtiar et al. 2010) ont démontré que ce système est plus juste qu'un système basé sur les taux d'intérêt, et aussi plus rentable pour les IFIs à long terme. Il n'en demeure pas moins, que les IFIs sont été très réticentes à proposer ce mode de financement à leurs clients. D'après (Dar & Presley, 2000), moins de 20% des activités des IFIs sont dans le cadre de contrats en *moudaraba* ou *moucharaka*, et *La Banque Islamique de Développement* utilise très rarement ces mécanismes. Selon *The International Association of Islamic Bankers*, Une grande majorité des banques islamiques s'appuient exclusivement sur les mécanismes de dettes dans leurs produits de financement.

Cet article explique dans un premier temps le mécanisme de la *moudaraba*, et essaye de mettre en lumière les problématiques liées à ce contrat, en tentant de trouver des explications à la réticence des institutions financières islamiques, et en prospectant les solutions proposées pour résoudre ces problèmes.

La Moudaraba

La *moudaraba* est un partenariat limité dans le temps entre un entrepreneur et un investisseur, dans lequel l'investisseur (*Rab el Mal*) s'engage à financer le projet de l'entrepreneur (*Moudarib*). En contrepartie, l'entrepreneur doit assurer la gestion du projet, et la rémunération des deux parties est fondée sur une clé de répartition fixée au préalable sous forme de pourcentage des bénéfices du projet. Les pertes éventuelles doivent être supportées par le seul bailleur de capitaux.

Aujourd'hui, la *moudaraba* peut s'appliquer à diverses activités économiques et avec la *moucharaka*, elles représentent les techniques les plus fidèles à l'esprit de partenariat entre le capital et le travail tel que prôné par l'Islam. Elle est considérée comme la technique essentielle du financement islamique pour le développement de l'économie.

Les composantes d'un contrat moudaraba

La *moudaraba* est un partenariat entre le capital et le travail dans un horizon de temps, avec une répartition des pertes et profits déterminée.

Le capital :

Le capital est apporté exclusivement par l'investisseur. Il peut s'avérer que l'entrepreneur veuille investir dans le projet, dans ce cas il est considéré comme un investisseur à hauteur de sa contribution, mais conserve pleinement son statut d'entrepreneur.

Le capital apporté par l'investisseur demeure la propriété de ce dernier¹⁸, il ne peut être garanti par l'entrepreneur, ni considéré comme une créance sur ce dernier. Il pourra être libéré progressivement selon les besoins de l'entrepreneur.

Le montant du capital investi doit être en numéraire, connu, déterminé et disponible au début du contrat¹⁹.

Le travail :

Ba (1993) a résumé les conditions que doit respecter l'activité financée par *moudaraba* comme suit :

- l'investissement est orienté vers la production de biens et services qui répondent à des besoins sains.
- le produit doit être licite.

¹⁸ A. Charkaoui Maliki « L'expérience entre *fikh*, loi et application » (en arabe) pp. 289-293

¹⁹ A. Charkaoui Maliki *loc. cit.*

- toutes les phases de production de ce bien (financement, industrialisation, achat, vente) doivent être licites.
- tous les facteurs de production (salaires, système de travail, etc.) doivent être conformes à ce qui est licite.

Les dépenses de l'entrepreneur peuvent être prélevées sur le capital de la *mouharaba*²⁰.

L'horizon de temps :

Le contrat de *mouharaba* doit être limité dans le temps pour les hanafites et les hanbalites. Cependant, pour les malikites et chafiiites, la limitation dans le temps est une cause d'annulation du contrat de *mouharaba*. Chacune des deux parties peut dissoudre le partenariat à sa convenance²¹.

Selon les standards de charia de *l'Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions*(AAOIFI), il est possible de mettre un terme au contrat dans quatre cas, le premier consiste en le désistement d'une des parties en accord avec l'autre partie. Le deuxième cas est que le projet du contrat souffre de lourdes pertes, le troisième cas est la fin de la période négociée, et le quatrième consiste en le décès de l'entrepreneur.

La répartition des pertes et profits :

Les pertes en capital incombent au seul bailleur de fonds, l'entrepreneur n'est tenu responsable des pertes qu'en cas de faute avérée. Pour se prémunir contre ce risque, l'investisseur peut, au début du contrat, exiger des garanties de la part de l'entrepreneur.

Les profits sont distribués après remboursement du capital à l'investisseur, selon une clé de répartition déterminée au début de l'opération.

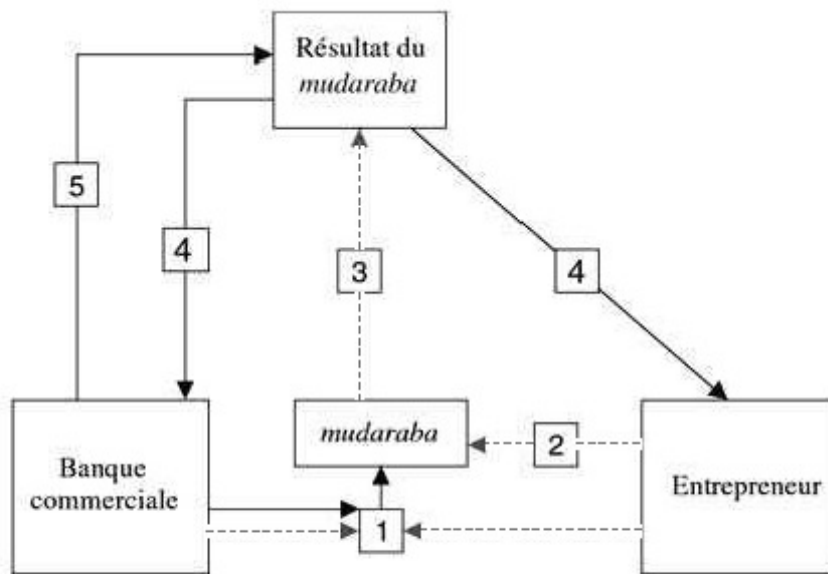
²⁰ A. Charkaoui Maliki *op. cit.* pp. 300-305

²¹ A. Charkaoui Maliki *loc. cit.*

La *mudaraba* comme outil de financement

Le montage théorique

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'impliquer autrement que financièrement, trouve son écho dans le montage de la *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.

Source : Finance islamique, François Guéranger

Soient :

K le capital investi dans le projet.

P le profit ou perte du projet, $R = K+P$ sa valeur à la liquidation

Ω la part des profits due à l'investisseur, $1- \Omega$ celle de l'entrepreneur en cas de profit ($P>0$).

La rémunération de l'investisseur (F) s'écrit donc :

$$P_f = \begin{cases} \Omega * P & \text{si } P \geq 0 \\ P & \text{si } P \leq 0 \end{cases}$$

Sa richesse à la fin du projet s'écrit :

$$R_f = K + P_f$$

La rémunération de l'entrepreneur (E) est :

$$P_e = \begin{cases} (1 - \Omega) * P & \text{si } P > 0 \\ 0 & \text{si } P \leq 0 \end{cases}$$

Sa richesse à la fin du projet s'écrit :

$$R_e = P_e$$

Exemple chiffré

Prenons le cas d'une entreprise qui souhaite financer un projet de 100 millions d'euros par l'intermédiaire d'un contrat de *moudaraba* sur un horizon d'une année.

L'entreprise négocie avec un financier les conditions suivantes :

Cas n° 1 :

Financement total du projet à hauteur de 100 millions d'euros

Répartition des profits : 70% pour le financier et 30% pour l'entreprise.

Cas n° 2 :

Apport de 10 millions d'euros

Financement à hauteur de 90 millions d'euros

Nous restons dans le cadre d'une *Moudaraba* entre l'ensemble financier et entrepreneur d'un côté, et l'entrepreneur de l'autre.

Répartition des profits : 70% pour le financier et 30% pour l'entreprise.

On envisage trois scénarii économiques équiprobables (33%) :

1. Scénario favorable : 40% de rendement sur le projet
2. Scénario médian : 20% de rendement sur le projet
3. Scénario défavorable : -20% de rendement sur le projet

Cas n° 1 :

Scénario	Profits/Pertes	Financier	Entrepreneur
1	40%	28%	12%
2	20%	14%	6%
3	-20%	-20%	0%
Moyenne	13.3%	7.33%	6%
Écart-type	31%	25%	6%

L'entrepreneur reçoit un rendement relatif à son travail si le projet est profitable, mais il ne subit aucune perte financière dans le scénario défavorable.

Cas n° 2 :

La part du financier dans le capital est : 90%, celle de l'entrepreneur est de 10%.

Scénario	Profits/Pertes	Financier	Entrepreneur
1	40%	25.2%	14.8%
2	20%	12.6%	7.4%
3	-20%	-18%	-2%
Moyenne	13.3%	6.6%	6.6%
Écart-type	31%	22.2%	8.4%

L'entrepreneur reçoit un rendement relatif à son travail, ainsi que proportionnellement à sa participation au capital, si le projet est profitable. Si le projet est perdant, il en subit les conséquences à hauteur de sa participation au capital.

Remarques:

- Il est intéressant de constater que dans le premier cas, l'entrepreneur reçoit en moyenne 6 millions d'euros en contrepartie de son travail, n'ayant pas engagé de capital : il a donc un ROE (rendement sur fonds propres) infini. Dans le deuxième cas, son ROE est égal à 66%, comparé à celui du financier qui est égal à 7.3% dans les deux cas. La *moudaraba* présente donc un effet de levier important pour l'entrepreneur.

- Le rapport entre le rendement moyen espéré et son écart-type du projet est de 0.43. Pour l'entrepreneur, il est cependant égal à 1 dans le premier cas, et à 0.78 dans le deuxième cas, en comparaison avec le financier pour lequel il est égal à 0.29 dans les deux cas. Ces chiffres indiquent que malgré le fait que le rendement du financier est supérieur à celui de l'entrepreneur, ce rendement ajusté du risque endossé n'en demeure pas moins inférieur à celui de l'entrepreneur. L'investisseur prend plus de risque financier que l'entrepreneur, c'est pour cela que sa rémunération est supérieure, conformément au principe de la rémunération du risque prôné par les concepts de la finance islamique. Il est à noter que la mesure de risque considéré est purement financière, elle ne tient pas compte d'un autre risque que supporte l'entrepreneur, à savoir le risque de réputation.

L'expérience bancaire

Les banques, par leur intermédiation financière, permettent de financer une large partie du développement économique. Par leur rôle, elles permettent de financer l'économie en utilisant les dépôts et l'épargne de leurs clients. Les banques conventionnelles privilégient les crédits à intérêt pour financer les projets, à court, à moyen ou à long terme. Des crédits à capital et à rendement garantis.

Les banques islamiques quant à elles, ne disposent pas de pareil outil, compte tenu de la prohibition de l'intérêt en Islam. Elles font donc appel à d'autres produits conformes à la charia, tels que la *mourabaha*, *ijara*, *moudaraba* et *moucharaka*. Les deux premiers ont un profil de risque et de rendement similaire pour le premier au crédit à intérêt, et pour le second à la location longue durée, ils sont considérés comme des instruments de dette. Les deux derniers produits quant à eux, rentrent dans la famille des produits de partage des risques et profits, ou produits participatifs.

Les banques islamiques déploient le principe de la *moudaraba* dans différents types de produits d'épargne pour les clients, ainsi que dans les contrats de financement de projets.

Les profit-sharing investment account : PSIA

Ces comptes d'investissement sont destinés à mobiliser l'épargne à court et moyen terme des clients de la banque, pour financer l'ensemble des activités et des investissements de cette dernière, on les appelle aussi les comptes d'investissement non affectés. Ceux sont des comptes à terme avec comme variable la clé de répartition des profits qui s'ajuste selon la maturité du compte.

Le client est considéré comme *Rab el Mal*, et la banque le *moudarib*.

Part Banque	Part déposant	Catégorie de cpte	
% 35	% 65	Cpte épargne	
% 33	% 67	3	Cpte investis sement non affecté (durée par mois)
% 32	% 68	6	
% 30	% 70	12	
% 28	% 72	18	
% 26	% 74	24	
% 24	% 76	36	
% 22	% 78	48	
% 20	% 80	60	

Exemple de clés de répartition dans les comptes d'épargne en *moudaraba*

Les investment accounts

Dans ces comptes, la banque utilise les dépôts de ses clients pour financer les projets des entrepreneurs. Ce sont des montages tripartites : les entrepreneurs, les clients et la banque.

Les profits ou les pertes seront partagés selon le principe de la *moudaraba* avec une clé de répartition déterminée. Les clients seront considérés comme les investisseurs. La banque divisera ce schéma en deux étapes : (1) Clients-Banque et (2) Banque-Entrepreneurs. Dans la première étape, la banque est le *Moudarib*, et dans la seconde elle est *Rab el Mal*.

Dans ce type de compte, la banque se comporte comme un intermédiaire financier.

Le financement de projet

La banque utilise le principe de *moudaraba* pour le financement de projets, en actant comme un partenaire dormant, bailleur de fonds. L'entrepreneur est intégralement responsable du projet. De par le risque porté par la banque dans ce type de financement, ni le capital ni le rendement n'étant garanti, les banques islamiques se trouvent très réticentes à offrir ce type de financement aux apporteurs de projet, surtout sur trois segments :

- Les projets à long terme : Les banques ne participent pas aux financements des projets de long terme sur le principe de la *moudaraba*. La raison principale est que cette approche, qui mobiliserait les fonds propres de la banque, représente des risques financiers pour la banque. Cette dernière pourrait minimiser ces risques en développant une expertise pour la sélection et le suivi des projets. Expertise considérée trop coûteuse pour la banque. Les exigences réglementaires qui obligerait les banques à immobiliser une partie des fonds propres pour couvrir les risques de ces projets sont aussi un frein au développement de ce moyen de financement. L'autre raison un peu plus évidente est la mobilisation des fonds pour un horizon très long, et que les rendements prennent autant de temps à se réaliser, rendant la rémunération de

clients de la banque investis dans les PSIA ainsi que celle des actionnaires très difficile.

- Les micro-entreprises : Le coût de gestion des financements de ces micro-entreprises est prohibitif comparé au rendement espéré.
- La trésorerie : le montage de *moudaraba* n'est pas adéquat au financement court terme de la trésorerie d'une entreprise, le paiement des salaires ou les besoins de dépenses courantes ne constituent pas des projets rémunérateurs.

La *moudaraba* : un produit hybride

La *moudaraba*, de par ses caractéristiques expliquées plus haut, ne relèverait ni n'est considérée d'un investissement en actions à part entière, ni d'une créance due, mais plutôt à la frontière des deux.

En effet, d'une part, pour le *moudarib*, le financement qu'il reçoit de *rab el mal*, est considéré comme un investissement en capital dans le projet pour quatre raisons :

1. Aucun rendement fixe garanti n'est associé à cet investissement
2. Le rendement est une partie des profits du projet, tout comme un dividende, il n'est versé que si le projet génère des profits.
3. Le financier ne peut exiger de recevoir un rendement ou son capital investi en cas de perte.
4. Comme pour l'augmentation de capital, le financement par la *moudaraba* n'augmente pas le levier financier de l'entreprise, au contraire des titres de dettes.

D'autre part, la *moudaraba* ressemble à un titre de dette sur deux points :

1. Le capital reste dû au financier même si le montant à rembourser n'est pas garanti.
2. Comme pour la dette, le contrat de *moudaraba* a une maturité au terme de laquelle l'arrangement est dissout.

Ainsi, contrairement à l'investissement en capital qui représente une créance illimitée et perpétuelle sur l'entreprise, la *moudaraba*, malgré ses caractéristiques similaires à un investissement en capital, est un contrat avec une durée déterminée, dont seul le capital et non la propriété de l'entreprise est dû au financier à la fin du contrat, tout comme la dette. La *moudaraba* ne peut donc pas être une créance de dette ni une participation au capital, mais reste donc un produit hybride

Les problématiques de la *moudaraba*

Le contrat de *moudaraba*, de par sa construction et ses caractéristiques, présente de nombreux défis pour le financier. N'étant pas une participation au capital à part entière, le financier ne jouit d'aucun pouvoir décisionnel dans la gestion des projets, qui pourrait modifier sensiblement le revenu espéré des projets. Et d'autre part, le financier n'est pas un créancier de l'entrepreneur et ne pourra pas exiger un remboursement des montants investis en cas de perte. Comme nous allons le voir dans ce chapitre, la *moudaraba* présente donc plusieurs problématiques déjà traitées dans la littérature, à savoir la théorie d'agence dans la relation entre l'actionnaire et le gestionnaire, ainsi que le problème de la sélection adverse lié au financement des projets.

Le problème d'agence

Dans une structure de financement par participation au capital financement par participation au capital d'une entreprise, le problème d'agence découle de la divergence entre les gestionnaires de l'entreprise et les investisseurs détenteurs de celle-ci. Chacune des deux parties prenantes a une fonction d'utilité différente ; les premiers cherchent à maximiser leurs bénéfices au détriment de la valeur et du revenu de l'entreprise que cherchent à maximiser les seconds. Les bénéfices des gestionnaires peuvent se traduire dans les salaires, les parachutes dorés, les bonus, ou dans l'investissement dans des projets à fort rendement à court terme mais préjudiciable à la valeur de l'entreprise à long terme.

Quant aux structures de financement par la dette, le problème d'agence émerge en deux formes, la première consiste dans le fait que, dans une entreprise, la rémunération des détenteurs de parts de capital est résiduelle à celle des créanciers, détenteur d'une obligation fixe sur les actifs de l'entreprise. Les actionnaires tendront à endetter sensiblement l'entreprise pour augmenter le rendement de leur fonds propres sur les projets. Si les projets sont profitables, les profits des actionnaires seront plus importants que le rendement des créanciers, or si les projets sont déficitaires, la perte des actionnaires se limite à leurs fonds propres largement inférieurs à la perte des créanciers. D'où la seconde forme du problème d'agence pour le financement par la dette, appelée l'aléa moral, qui pousse les actionnaires à sélectionner les projets à haut risque et à haut rendement et de les financer en grande partie par la dette.

De son côté, la *moudaraba* et les restrictions associées à l'intervention de *rab el maal* dans la gestion du projet, peuvent conduire à l'émergence de la problématique d'agence sous les formes précitées, ainsi que sous d'autres formes.

Dans une *mouadaraba*, *rab el maal* est, par exemple, dans l'incapacité (du point de vue de la charia) de procéder à des contrôles internes *ex-ante* pour réduire le risque lié aux bénéfices des gestionnaires, pratique répandue au sein des sociétés en actions.

D'autre part, la *mouadaraba* présente un autre risque majeur, à savoir l'allocation des profits entre projets. Dans le cas d'une entreprise qui se finance par *mouadaraba* pour la réalisation d'un projet spécifique, il lui serait favorable, vu qu'une part des bénéfices du projet seront accordés au financier, d'incomber à ce projet des coûts supplémentaires qui le rendraient déficitaire au bénéfice d'une autre structure de l'entreprise. Le financier ne sera donc pas rémunéré et les bénéfices du projet auront été détournés au sein de l'entreprise. Risque qui ne se présente pas pour un financement par participation au capital, puisque l'actionnaire reçoit une rémunération sur la totalité des actifs de l'entreprise²².

La sélection adverse

Dans une relation financier-entrepreneur, le risque de la sélection adverse émerge quand l'entrepreneur détient des informations privilégiées qu'il ne partage pas avec le financier au moment de l'élaboration du contrat. On parle de l'asymétrie d'information privilégiant l'entrepreneur vis-à-vis du financier. Ce problème concerne le financement par participation au capital, par la dette ainsi que le financement par la *mouadaraba*. Le risque encouru par le *rab el maal* en cas d'asymétrie d'information est plus important que le risque d'un créancier ou d'un actionnaire.

Le financier peut se prémunir contre ce risque en s'appuyant sur les moyens utilisés notamment par les fonds d'investissement de capital risque, à savoir :

La sélection stricte des projets : un screening du projet, l'étude de faisabilité et de rentabilité approfondie permettront de réduire l'asymétrie d'information.

L'étude de l'historique de l'entrepreneur et de sa réputation permettra au financier de mieux analyser l'information liée au projet.

Le risque de perte

Comme expliqué plus haut, dans un contrat de *mouadaraba*, les pertes financières incombent au seul financier du projet. Il ne peut se prémunir contre ces pertes en exigeant des garanties sur le capital ou sur le rendement, contrairement au cas de financement par la dette.

D'une autre part, au cours de la vie du projet, le financier dans une *mouadaraba*, ne peut intervenir dans la gestion du projet, que ce soit dans la gestion quotidienne ou les décisions

²² F. Badaj et B. Radi, «les particularités du contrat *mouadaraba* au regard des conflits d'agence », *Les cahiers de la Finance Islamique*, n° 8, p. 61.

stratégiques²³. Le *moudarib* est seul maître des décisions au cours de la vie du projet. Le financier est sans aucun recours en cas de baisse de la valeur de son investissement, contrairement à l'actionnaire qui peut intervenir et changer le gestionnaire en cas de désaccord ou de perte. Le contrat de *moudaraba* présente donc plus de risque de perte pour le financier que ne peut l'être un financement en actions ou par la dette.

Analyse comparative Rendement-Risque :

Ayant établi les problèmes d'agence liés au contrat *moudaraba* en comparaison avec le financement par la dette et le financement par participation au capital, nous allons maintenant examiner les trois modes de financement sous un angle purement financier. Nous allons analyser le rendement et le risque de chacune des parties prenantes, le financier et l'entrepreneur.

Nous allons nous intéresser au rendement sur fonds propres (ROE) pour l'entrepreneur et le financier.

Prenons un entrepreneur avec des fonds propres de 10 millions d'euros, qu'il souhaite investir dans un projet. Le capital requis est de 100 millions d'euros. Il a la possibilité de trois types de financement :

1. Financement par la dette de 90 millions d'euros, avec un coupon de 4%.
2. Financement par participation au capital de 90 millions d'euros : le financier détiendra 90% du capital.
3. Financement par *moudaraba* de 90 millions d'euros : le financier aura 70% des profits.

On envisage cinq scénarii économiques équiprobables (20%) pour lesquels le rendement du projet sera dans l'ensemble : **{24%, 18%, 9%, -6%, -12%}**

Au regard de ces hypothèses, les tableaux ci-dessous présentent les rendements sur fonds propres pour chacun des types de financement pour le financier et pour l'entrepreneur.

²³ Bacha, O. I. (1997).

Tableau A : Le ROE pour l'entrepreneur

Scénario	Rendement	Dettes	Actions	<i>Moudaraba</i>
1	24%	204,0%	24,0%	88,8%
2	18%	144,0%	18,0%	66,6%
3	9%	54,0%	9,0%	33,3%
4	-6%	-96,0%	-6,0%	-6,0%
5	-12%	-156,0%	-12,0%	-12,0%
Moyenne	6,6%	30,0%	6,6%	34,1%
Écart-type	15,4%	153,6%	15,4%	44,1%
Ratio	0,4298	0,1954	0,4298	0,7740

Tableau B : Le ROE pour le financier

Scénario	Rendement	Dettes	Actions	<i>Moudaraba</i>
1	24%	4,0%	24,0%	16,8%
2	18%	4,0%	18,0%	12,6%
3	9%	4,0%	9,0%	6,3%
4	-6%	4,0%	-6,0%	-6,0%
5	-12%	4,0%	-12,0%	-12,0%
Moyenne	6,6%	4,0%	6,6%	3,5%
Écart-type	15,4%	0,0%	15,4%	12,2%
Ratio	0,4298	∞	0,4298	0,2895

Ces deux tableaux mettent en lumière des points intéressants concernant les préférences d'un entrepreneur et d'un financier rationnel.

En examinant le tableau A, il est évident qu'un entrepreneur préférera toujours un financement par *moudaraba* aux deux autres modes. Le rendement de la *moudaraba* est supérieur, elle présente un risque qui se situe entre les actions et la dette. Le rendement ajusté du risque est largement favorable pour la *moudaraba*. La dette par contre augmente le levier de l'entrepreneur, augmentant ainsi son rendement, mais aussi à proportion supérieure son risque, elle a le plus faible rendement ajusté du risque. Pour un entrepreneur, le financement par la dette reste la solution la moins adaptée.

Si le Tableau A nous renseigne sur les préférences de l'entrepreneur, le tableau B nous rappelle les exigences du financier. Pour ce dernier, le financement par la *moudaraba* est le moins attractif, il préfère largement le financement par la dette qu'il considère plus sûr. Le financement par la *moudaraba* est certes moins risqué qu'un financement par participation au capital, mais la différence n'est pas assez grande pour compenser le rendement plus faible. Il est donc évident qu'un financier rationnel préférerait le financement par participation au capital ou la dette à une *moudaraba*.

Cette analyse objective, ainsi que les différentes problématiques d'agences liées à la *moudaraba*, tendraient à nous convaincre que du point de vue d'un investisseur, la *moudaraba* est le moyen de financement le moins attractif. On y trouve les explications rationnelles pour la réticence des banques islamiques à financer des projets sous forme de *Moudaraba*.

Perspectives pour la *moudaraba*

Plusieurs chercheurs en finance islamique se sont penchés sur le sujet de la *moudaraba* pour tenter de résoudre ou de diminuer ses problématiques relatives à la théorie d'agence, à la sélection adverse et à l'asymétrie d'information, qui rendent, comme on l'a vu précédemment, sa pratique difficile dans le domaine bancaire.

Quelques chercheurs (Khan, 1985 ; Sarker, 1989) avancent comme argument que le problème d'honnêteté de l'entrepreneur dépend de la clé de répartition des profits. Selon eux, il existe un ratio de répartition qui pousserait l'entrepreneur à agir honnêtement. Sarker(1989) a proposé de rémunérer l'honnêteté de l'entrepreneur par le biais de plusieurs mécanismes :

- Le transfert de parts du projet
- Octroi de rémunération exceptionnelle sur la performance (bonus) en part du projet
- Provisions sur les profits dépendant de la déclaration des profits
- Plan pour inciter l'entrepreneur à détenir ses parts du projet

D'après Sarker, ces mesures incitatives contribueront à diminuer le risque d'agence. En effet, un entrepreneur détenteur d'une part du projet, sera plus motivé et sera moins enclin à faire de fausses déclarations des profits du projet.

Cependant, ces mesures plus incitatives que coécrites ou préventives. Le risque de sélection adverse demeure donc présent.

De son côté, Bacha (1997) a proposé un montage financier alternatif qui s'appuierait sur la *moudaraba*, avec des arrangements entre le financier et l'entrepreneur. Cette suggestion impliquerait que l'entrepreneur rembourse le capital au financier sous forme de parts de son entreprise en cas de perte sur le projet concerné par la *moudaraba*. Cette solution réduit le risque d'agence ainsi que le risque de perte du financier, et pousserait l'entrepreneur et le financier à être plus vigilant dans leurs investissements. Cependant, elle ne peut s'appliquer que si le *moudarib* est une entreprise avec des actions. Ce montage n'évite pas le risque de sélection adverse mais propose une solution *ex-post*. D'un autre côté, la diminution du risque de perte n'est pas évidente, puisque les parts de l'entreprise peuvent subir une grande dévaluation en cas de perte sur le projet.

La contribution de l'entrepreneur dans le capital du projet et l'exigence d'une garantie, pourraient selon Karim (2000) résoudre le problème de la sélection adverse. Cette solution est inopérante dans le cas d'une *moudaraba* puisque, aucune garantie de rendement ne peut être exigée dans une *moudaraba*, et que la garantie de capital ne peut agir qu'en cas de faute

avérée de l'entrepreneur. Les études sur les banques conventionnelles ne prouvent pas non plus, que la garantie soit un mécanisme efficace pour se couvrir contre le risque d'agence.

Shaikh (2011) considère que le risque de sélection adverse réside dans la disparité des rendements entre le financier et l'entrepreneur en cas de perte du projet. Dans un contrat de *moudaraba*, pour inciter un financier à prendre plus de risque, sa part des profits devra être importante. Or, avec un ratio plus favorable au financier, la motivation de l'entrepreneur aura tendance à diminuer, en particulier s'il ne subit pas de risque financier, ou si d'autres projets lui assure une rémunération.

De leur côté, (Jouaber, Mehri 2011) considèrent que le ratio de répartition des profits peut être considéré comme une mesure de screening des projets pour baisser le risque de sélection adverse, et qu'un ratio élevé peut augmenter la probabilité de l'émergence de ce problème.

Conclusion

Nous avons essayé d'établir les raisons pour lesquelles les institutions financières islamiques sont réticentes à proposer ce mode de financement à leurs clients demandeurs de fonds pour leurs projets créateurs de valeurs, mais elles l'utilisent plutôt comme moyen pour attirer l'épargne de ses clients.

Il nous est apparu évident, que pour un financier rationnel, le contrat de *moudaraba* est le moins approprié en comparaison à un financement par participation au capital ou par la dette.

Il n'en demeure pas moins, que théoriquement, ce mode de financement qui prône le principe de partages des pertes et profits (3P), est avec la *moucharaka*, le meilleur moyen de promouvoir un système plus juste et plus équitable entre les parties prenantes de l'économie, les financiers et les entrepreneurs.

Dans le but de permettre aux institutions financières d'investir ce mode de financement, plusieurs chercheurs (Khan, 1985 ; Sarker, 1989, Bacha 1997, Karim 2000, Sheikh 2011, Jouaber, Mehri 2011), ont proposé des solutions pour aménager le contrat, ou pour aider les IFIs à mieux appréhender les risques liés à la *moudaraba*.

Ceci nous conduit à croire que ces institutions, dans leur volonté de développement et de croissance, s'appuieront sur ce mode de financement pour pouvoir tirer un plus grand profit de la croissance.

Bibliographie

- **Ahmed, M.** « *Practice of Mudaraba and Musharaka in Islamic Banking* », IBTRA
- **Al-Amin, H.** « *La moudharaba et ses applications contemporaines* », BID, IIRF, Djeddah, Arabie saoudite, 1994, p. 29.
- **Al Joumoua, A.** « *Lexique des termes économiques et islamiques* », Maktabat al obikan, Ryad, 2000, p. 425.
- **Assoubhani, J.**, « *Le système de la moudaraba dans la chari'a islamique* », Moassasat al imam assadiq, Iran, 1416 H, p. 4.
- **Ba Ibrahima, (1993)**, « *PME et institutions financières islamiques* », Document de travail n° 6, Département du Développement des Entreprises et Coopératives Bureau international du Travail – Genève.
- **Bacha, O. I. (1997)**, « *Adopting Mudarabah Financing To Contemporary Realities: A Proposed Financing Structure* », Accounting Commerce and Finance: The Islamic Perspective, Vol. 1, n° 1, pp. 26-54.
- **Badaj, F. et Radi, B.**, « *Les particularités du contrat Moudaraba au regard des conflits d'agence* », *Les Cahiers de La Finance Islamique*, n° 8, 2015.
- **Bendjilali, B.**, « *Les modes de financement : moudharaba, mouzaraa et mousakat* », in « *Les sciences de la chari'a pour les économistes* », Actes de séminaire n° 44, BID, IIRF, Djeddah, Arabie Saoudite, 1998, p. 283.
- **Dar, H.A. et Presley, J.R. (2000)**, « *Lack of Profit Loss Sharing in Islamic Banking: Management and Control Imbalances* », International Journal of Islamic Financial Services, 2(2): 3-18.
- **El Khyari El Hachmi, A.** « *Méthode d'investissement à la lumière du fiqh* », T. 2, Al Madariss, Casablanca, Maroc, 1992, p. 231.
- **Grosjean, J.** « *Le Coran* », traduit de l'arabe, éd. Philippe Lebaud, Paris, 1979.
- **Guéranger, F.** « *Finance Islamique* », Dunod 2009.
- **Hasan, Z. (1985)**, « *Determination of Profit and Loss Sharing Ratios in Interest-Free Business Finance* », Journal of Research in Islamic Economics, Jeddah, Vol. 3, n° 1, pp. 13-27.
- **Heinrich, J.** « *Les principaux contrats de financement utilisés par les banques* », in La revue banque, décembre 1987, n° 478, p.1135.
- **Jouaber, K. et Mehri, M.** « *A theory of profit sharing ratio under adverse selection : The case of Islamic venture capital* », 2011

- **Karim, A. A.** (2000), « *Incentive Compatible Constrains for Islamic: Banking Some Lessons From Bank Muamalat* », Conference Papers, Fourth International Conference on Islamic Economics and Banking Loughborough University, UK: pp. 579-598.
- **Khan, W. M.** (1985), « *Towards An Interest-free Economic System* », Islamic economic series, the Islamic foundation, Leicester, UK.
- **Sarker, M. A. A.** (1999), « *Islamic Business Contracts, Agency Problem and the Theory of the Islamic Firm* », International Journal of Islamic Financial Services, Vol. 1, n° 2.
- **Shaikh, S. A.** (2011), « *A Critical Analysis of Mudarabah & A New Approach to Equity Financing in Islamic Finance* », Journal of Islamic Banking & Finance, n° 9697.
- **Sugema, I.; Bakhtiar, T. and Effendi, J.** (2010), « *Interest versus Profit-Loss Sharing Credit Contract: Efficiency and Welfare Implications* », International Research Journal of Finance and Economics, n° 45, pp. 58-67.
- **Tag El-Din, S. I.** (2008), « *Income Ratio, Risk-Sharing, and the Optimality of Mudarabah* », JKAU: Islamic Econ., Vol. 21, n° 2, pp. 37-59.
- **Upovitch, A.L.** « *kirad* », Encyclopédie de l'islam, Tome V, 2^e édition, Maisonneuve & Larose, Pays-Bas, 1986, p. 132.

L'APPLICATION DE LA CHARIA DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX SOUS L'ÉGIDE DU RÈGLEMENT ROME I

Nefeli ROUPAKIA^{24*}

Introduction

En 2000, M. Jahel écrivait que : « *dans les contrats internationaux, la Chari'a n'apparaît jamais en première ligne, il est extrêmement rare qu'elle soit nommément désignée comme loi du contrat* »²⁵. Aujourd'hui, avec le développement de la finance islamique (FI) sur le marché financier mondial, ce n'est plus le cas. En effet, nous avons vu apparaître des contrats internationaux désignant simultanément la Charia et la loi d'un État, comme lois applicables²⁶. C'est à ce phénomène et à l'efficacité d'un tel choix que nous allons nous intéresser tout au long de notre étude.

L'essor du marché financier islamique ne s'est pas uniquement effectué dans les pays musulmans, ayant des systèmes juridiques basés sur la Charia, mais a été observé à l'échelle mondiale dans des zones géographiques variées (Europe, États-Unis, Asie). Par ailleurs nous avons pu voir des institutions financières et bancaires conventionnelles (*BNP Paribas, Crédit Agricole, Deutsche Bank, HSBC,...*) développer des départements spécialisés en finance islamique et offrant des produits financiers compatibles à la Charia aux clients souhaitant investir conformément aux préceptes de la religion musulmane. Cette multitude d'institutions financières offrant des produits financiers islamiques et opérant à l'échelle mondiale contribue à l'internationalisation de la finance islamique.

C'est la place grandissante de la finance islamique dans le commerce international qui a eu comme résultat l'apparition de contrats internationaux de financement islamique. Ces contrats, sont survenus pour régir notamment les relations d'affaires internationales. L'apparition et la multiplication de tels contrats, ainsi que l'implication de plus en plus d'acteurs et institutions financières internationaux dans le marché financier islamique, ont contribué, comme il était inévitable, à la survenance de litiges liés à la finance islamique. C'est ainsi que nous avons pu voir des contrats internationaux de financement islamique, être soumis, à des juridictions d'états non-islamiques, comme celles du Royaume-Uni. Mais comme nous allons le constater par la suite, cette pratique s'est avérée problématique.

^{24*} Avocate au Barreau d'Athènes, titulaire du Master 2 en finance islamique de l'*Université de Strasbourg*.

²⁵ S. JAHÉL, « Chari'a et contrats internationaux », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, n° 321, p. 289.

²⁶ V. not. les affaires *Beximco*, *Symphony Gems*, et *Blom*, Partie II, Chap. I, sections 1 et 2.

Il est utile de préciser, dès à présent, certaines notions qui seront visées. Le terme finance islamique recouvre l'ensemble des transactions et produits financiers conformes à la Charia qui est la « *loi islamique révélée par le Prophète dans le Coran* »²⁷. Cela implique, que les relations contractuelles des clients et investisseurs avec les institutions financières islamiques (IFIs) doivent être conformes aux règles chariatiques. Or, ces règles sont d'origine non étatique, ce qui rend les juridictions d'états non-islamiques méfiantes à leur égard et à leur application dans les contrats internationaux. C'est le défaut de consistance de la notion de « Charia », la difficulté d'en fixer les contours avec exactitude qui a sans doute le plus contribué à entraver sa réception au sein des ordres juridiques nationaux. Mais ce n'est pas toute la Charia qui est applicable en matière de financement islamique, il s'agit seulement des règles du *fiqh al muamalat*. En effet une distinction doit être opérée entre les règles du *fiqh al-ibadat*, relatives à la foi, à la religion et la piété et les règles du *fiqh al-muamalat* applicables en matière commerciale et économique et auxquelles nous allons nous intéresser. Par conséquent lorsqu'un contrat international est soumis à une loi étatique et aux règles de la Charia simultanément, c'est aux seules règles du *fiqh al muamalat* qu'il est fait référence. Enfin, la notion de « contrat international » est relative aux contrats dans lesquels il y a un élément d'extranéité : il peut s'agir de la nationalité des parties, du lieu d'exécution du contrat ou tout simplement de la soumission du contrat à une loi étrangère. En matière de financement islamique, nous pouvons citer l'exemple d'un emprunteur sud-asiatique et d'une banque au Bahreïn, qui concluent un contrat de *mourabaha*²⁸, soumis à la loi anglaise et aux préceptes de la Charia et désignant les juridictions anglaises comme compétentes en cas de survenance de litige²⁹.

Pour résumer l'internationalisation de la finance islamique a suscité l'apparition de contrats internationaux de financement islamique qui désignent comme loi applicable la Charia.

Nous considérons, qu'il est indispensable de statuer sur l'efficacité du choix de la Charia comme droit applicable à un contrat de financement international au regard du droit international privé et plus précisément du règlement (CE) n° 593/2008 (Rome I)³⁰ puisque c'est le règlement qui est applicable en matière de contrats internationaux sur le territoire européen et donc sur le territoire français.

Nous considérons ce sujet pertinent et utile pour deux raisons. Pour commencer, dans le cadre de l'internationalisation de la finance islamique, des institutions financières islamiques se sont développées en Europe, par conséquent des litiges surviendront certainement, il convient donc de voir le sort qui leur sera attribué sous l'égide du règlement

²⁷ M. El GAMAL, « Finance Islamique, Aspects légaux, économiques et pratiques », éd. De Boeck. 2010, glossaire, p.17.

²⁸ « *Vente à terme qui permet au client d'effectuer un achat sans avoir à contracter un emprunt portant intérêt (vente comportant une marge clairement convenue entre les parties)* », M. El GAMAL, « Finance Islamique, Aspects légaux, économiques et pratiques, préc., glossaire, p. 15.

²⁹ Exemple emprunté à l'affaire *Beximco*, v. *infra*.

³⁰ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), Journal officiel de l'Union européenne, n° L-177, 4 juillet 2008.

Rome I. En second lieu, les transactions transnationales des banques islamiques touchent à des thèmes débattus et particulièrement intéressants, du droit international des contrats, notamment à celui de l'introduction de règles non étatiques dans les contrats internationaux.

I: La Charia en tant que droit applicable à un contrat international

Nous allons nous intéresser aux différents types de clauses de choix de la Charia susceptibles d'être incorporées dans les contrats internationaux. La soumission du contrat aux règles « chariatiques » peut refléter la volonté réelle des parties de régir leurs relations contractuelles par ces règles (A) mais peut aussi parfois être dangereuse lorsqu'elle est utilisée par les contractants pour échapper à leurs obligations contractuelles (B).

A- L'application de la Charia comme objectif

Les parties à un contrat international souhaitant régir leurs relations contractuelles par la Charia, peuvent introduire des clauses la désignant directement comme loi applicable (1) ou peuvent le faire de manière indirecte (2).

1. Les clauses de droit applicable directes

En pratique il est extrêmement rare, de rencontrer de telles clauses dans les contrats internationaux de financement islamique. L'impossibilité de soumettre un contrat international, qui n'est pas soumis à l'arbitrage, exclusivement à des règles non étatiques, comme les règles de la Charia, est classiquement affirmée depuis l'affaire des Emprunts serbes et brésiliens jugée par la Cour Permanente de Justice Internationale en 1929 (CPJI)³¹. La même position a été retenue par la Convention de Rome de 1980. Plus récemment, et comme nous le verrons dans les développements qui vont suivre³², le règlement Rome I a adopté la même approche et valide seulement les clauses de loi applicable qui renvoient à une loi étatique. Les clauses qui prendraient la forme suivante : « Ce contrat est régi par les principes de la Charia » seraient privées d'efficacité.

Le choix direct de la Charia comme loi applicable à un contrat international semble donc peu prudent et inutile puisque son application sera probablement écartée par les juridictions étatiques.

³¹ CPJI, Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France et relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France, 12 juillet 1929.

³² V. *infra*.

2. Les clauses de droit applicable indirectes

Il existe cependant des alternatives pratiquées par les parties qui souhaitent soumettre leurs contrats aux règles de la Charia. Il s'agit de la désignation de la loi d'un État musulman qui a intégré la Charia (clause unitaire) ou alors de la désignation aussi bien d'un droit étatique occidental que de la Charia (clause mixte).

Concernant la première hypothèse la soumission d'un contrat à la Charia se fait indirectement par le biais de la désignation d'une loi d'un État musulman qui a intégré la Charia comme l'Arabie Saoudite. En effet, la Constitution saoudienne dispose que:

« *Government in the kingdom of Saudia Arabia derives its authority from the book of God and the Sunna of the Prophet (PBUH), which are the ultimate sources of reference for this Law and the others laws of the State.* »³³.

Ce cas de figure ne pose à priori aucun problème. En effet, conformément au règlement Rome I les parties peuvent choisir la loi d'un autre pays et le juge européen devra en faire application et en écarter les normes qui contreviennent à l'ordre public international. Néanmoins, en ce domaine (*fiqh al-muamalat*) les préceptes de la Charia ne sont pas considérés a priori comme étant contraires à l'ordre public international. C'est dans ce sens que s'oriente une partie de la doctrine allemande, qui a conclu qu'il n'y avait pas d'incompatibilité entre la Charia et les dispositions impératives en droit allemand³⁴.

En pratique les clauses dites mixtes sont les plus courantes (désignation aussi bien d'un droit étatique occidental que de la Charia), elles peuvent prendre la forme suivante : « ce contrat est régi par le droit anglais sauf dans la mesure où il irait à l'encontre de la Charia qui dans ce cas prévaudrait » ou encore : « ce contrat est régi par le droit anglais sous réserve des principes de la Charia applicables ». A notre connaissance, les juridictions françaises n'ont pas eu à se prononcer sur l'interprétation de ce genre de stipulation, les juridictions anglaises ont eu, au contraire, l'occasion de les appréhender. En effet, ce type de clause a donné lieu à deux décisions anglaises communément citées :

- *Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd v. Symphony Gems NV and others*, 2002³⁵.

³³ Article 7, Chapitre 2 de la Constitution saoudienne qui a été adoptée en 1992.

Traduction personnelle : « L'autorité du Gouvernement du Royaume de l'Arabie Saoudite découle du livre de Dieu [le Coran] et de la *Sunna* du Prophète (que la Paix et la bénédiction soient sur lui), qui sont les sources ultimes de référence pour cette Loi et les autres lois de l'Etat ».

³⁴ A. JUNIUS, « *Islamic Finance: issues surroundings Islamic Law as a Choice of Law under German Conflict of Law Principles* », *Chicago Journal of Int. Law*, 2007, p. 555.

³⁵ *Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd v. Symphony Gems NV and others*, [2002], Commercial Court, All ER (D) 171 (Feb).

- *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceuticals Ltd and others*, 2004³⁶.

Dans la première affaire le contrat désignait la loi anglaise comme loi applicable, mais sous réserve de sa conformité à la Charia. Le juge anglais, dans sa décision, a écarté la Charia comme loi applicable permettant d'apprécier la validité du contrat, pour ne retenir exclusivement que la loi anglaise en appliquant la Convention de Rome de 1980 qui excluait la soumission des contrats internationaux à des règles non-étatiques. La juridiction anglaise a ainsi considéré qu'elle n'avait pas à apprécier la compatibilité ou non du contrat avec les règles de la Charia, mais seulement sa validité au regard de sa loi nationale puisqu'elle a fait application de la Convention de Rome de 1980 et qui excluait

Dans la deuxième affaire relative à un contrat de *mourabaha*, les juges anglais ont eu à se prononcer sur la clause suivante : « *Subject to the principles of the Glorious Chari'a , the agreements should be governed and construed in accordance with English law* »³⁷. La juridiction britannique a jugé que s'agissant de l'interprétation de la clause désignant la loi régissant le contrat, les principes de la Charia ne pouvaient être pris en compte. Elle a mis en avant que d'une part, un contrat ne peut être soumis à deux lois distinctes, et d'autre part, que la Convention de Rome de 1980 fait obligation de désigner une loi nationale. La Charia ne répondant pas à ce critère a dû être, par conséquent, écartée comme loi applicable.

La question de la validité reconnue à de telles clauses par les juges, et des différentes formes qu'elles peuvent prendre mise à part, leur incorporation peut s'avérer dangereuse dans le cas où une des parties qui n'a pas rempli ses obligations contractuelles se prévaut de la non-conformité du contrat à la Charia.

B- L'application de la Charia comme risque : « Sharia risk »

Explicitons, le fait qu'une transaction financière islamique soit attaquée pour non-conformité aux règles chariatiques est appelé par la doctrine américaine et anglaise « *Charia Risk* ». Ce phénomène renverse le rôle de la Charia dans les contrats de la finance islamique et crée une forte insécurité pour les contractants. Une partie peut en effet refuser de remplir ses obligations contractuelles et demander l'annulation du contrat en attaquant sa conformité aux règles de la Charia, bien que la partie opposée ait respecté ses obligations.

En vue d'illustrer nos propos nous pouvons citer l'exemple de l'affaire *Beximco*³⁸. En l'espèce les parties, une banque islamique et une entreprise, avaient conclu un contrat de *mourabaha*. Lorsque la banque a demandé à être payée, l'entreprise a refusé de remplir ses obligations contractuelles. L'argument de l'entreprise consistait à dire que le prêt que la

³⁶ *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd and others* [2004] EWCA Civ. 19.

³⁷ Cité par G. AFFAKI, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur un transfert d'un système normatif », in *La Finance Islamique à la Française, un Moteur pour l'Économie, une Alternative Éthique*. Paris : Secure Finance, dir. J.-P. Laramée, 2009, p. 165.

³⁸ *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd and others*, préc.

banque lui a accordé était en réalité un prêt à intérêt, et que par conséquent le contrat devait être considéré comme nul faute de conformité aux règles chariatiques.

Dans le but de lutter contre ce risque des clauses de renonciation peuvent être incorporées dans les contrats de financements islamiques³⁹.

Ces clauses permettent aux parties d'exprimer, explicitement, leur satisfaction concernant l'appréciation du *Charia Board* quant à la compatibilité du contrat avec les règles chariatiques. Le contrat ne pourra donc pas être attaqué pour non-conformité à la Charia puisque les parties vont aussi renoncer par ces clauses à leur droit d'invoquer une quelconque incompatibilité. Enfin, la formulation de ces clauses de renonciation va différer d'une transaction à l'autre^{40et41}.

Les parties à un contrat de financement islamique expriment donc leur volonté de le soumettre aux règles chariatiques à travers les clauses de désignation de la loi applicable. La question qui se pose dès lors, est de savoir si cette pratique est valable au regard du droit international privé et plus précisément vis-à-vis du règlement Rome I.

II : Validité et effectivité juridique de l'application de la Charia à un contrat international

Le choix de la Charia dans un contrat international constitue tout simplement une variante du problème plus général qu'est le choix de règles non étatiques. Depuis 2009 c'est le règlement Rome I qui est applicable en matière de contrats internationaux dès lors qu'un juge européen est saisi (à l'exception du juge Danois). Par conséquent, en cas de survenance d'un litige les parties à un contrat international de financement islamique qui saisiront un juge européen (c'est le juge anglais qui est saisi le plus souvent en la matière) se verront appliquer le règlement Rome I. Il convient donc de s'intéresser au rôle accordé au principe de l'autonomie de la volonté dans le règlement Rome I (A) et de la liberté offerte aux parties quant au choix de la loi applicable au contrat (B). Par ces analyses nous pourrions établir si le choix de soumettre un contrat à des règles non étatiques, comme les règles chariatiques, est un choix valable et se verra donner effet.

³⁹ N. ROUPAKIA, « L'émergence d'un phénomène nouveau en Finance Islamique: la neutralisation du " Charia Risk " », in *Les cahiers de la Finance Islamique* n° 8, p. 55.

⁴⁰ K. BALZ, "Sharia Risk ? ", *How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law*, préc., p.29.

⁴¹ Traduction personnelle : « La transaction envisagée par le présent Accord a été approuvée par [nom du *Charia Board*], dont la décision en ce qui concerne la *Charia* sera définitive et contraignante pour les Parties. Aucune partie n'a le droit de soulever des objections ou de se défendre en se fondant sur le fait que l'accord, la transaction envisagée ou certaines clauses qui y sont contenues, n'est pas en conformité avec les principes de la *Charia* (clause de renonciation d'invocation de la non-conformité du contrat aux préceptes de la *Charia*) ».

A- Le règlement Rome I et le principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle

Le principe de l'autonomie de la volonté, qui est un des principes directeurs du droit des contrats internationaux et des conventions internationales qui existent en la matière, est réaffirmé par le considérant n° 10 du préambule du règlement Rome I :

« *La liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles.* »⁴²

Ce principe, confère la possibilité aux parties de choisir la loi qui va régir leur contrat. Celle-ci va s'imposer aussi bien aux parties qu'au juge, et sa sélection par les parties va conférer beaucoup d'avantages en cas de survenance d'un litige. Effectivement, le fait de choisir par avance la loi qui gouverne le contrat la rend facilement identifiable pour le juge (quel qu'il soit), ce qui donne une grande prévisibilité aux effets du contrat, notamment en cas de non-respect par les parties de leurs obligations. Autrement dit, la loi désignée par les parties déterminera la validité, l'existence et les conséquences de la nullité du contrat. Par ailleurs, les parties auront le choix de désigner : soit une loi en raison de l'adéquation de sa teneur aux objectifs substantiels poursuivis par celles-ci, soit pour des raisons de neutralité, en évitant d'élire une loi qui conférerait plus d'avantages à l'une des parties.

C'est la première phrase du paragraphe 1 de l'article 3 du règlement Rome I, qui va consacrer le principe de l'autonomie de la volonté puisqu'elle dispose que : « *Le contrat est régi par la loi choisie par les parties* »⁴³. Celles-ci pourront exprimer leur choix de manière expresse ou tacite, et auront l'option de soumettre qu'une seule partie du contrat à la loi choisie⁴⁴. Nous pouvons donc constater une grande flexibilité du règlement Rome I quant à la liberté conférée aux contractants puisqu'en outre il leur donne la possibilité d'opérer un choix tardif (postérieur à la conclusion du contrat) ou de modifier leur choix initial⁴⁵.

Le principe de l'autonomie de la volonté prend une dimension nouvelle dans le règlement Rome I, puisqu'il va permettre la sélection par les parties d'une loi qui n'a pas de

⁴² Considérant n° 11, Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), Journal officiel de l'Union européenne, n° L-177, 4 juillet 2008.

⁴³ Règlement Rome I, préc., art. 3, par. 1.

⁴⁴ « (...) *Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.* », Règlement Rome I, préc., art. 3, par. 1.

⁴⁵ « *Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers.* », Règlement Rome I, préc., art. 3, par. 2.

lien objectif avec le contrat. L'application de la convention n'est pas limitée aux contrats pluri-localisés, elle régit aussi les contrats dont tous les éléments sont localisés dans un seul pays. Il est donc possible, d'après le règlement Rome I, d'internationaliser un contrat par l'insertion d'une clause de désignation d'un droit étranger. Cette possibilité est toutefois encadrée puisqu'elle n'est valable qu'en cas de respect des dispositions impératives (ordre public, lois de polices) du pays où le contrat est localisé⁴⁶.

Dans le même sens, si la loi choisie n'est pas celle d'un État membre elle ne peut pas porter « atteinte à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for »⁴⁷.

Les restrictions à l'étendue de l'application de la théorie de l'autonomie de la volonté, ne se limitent pas à celles que nous venons d'exposer, mais restreignent aussi la liberté des parties en ce qui concerne la loi qu'ils peuvent choisir. Les parties doivent effectivement restreindre leur choix aux règles étatiques bien qu'il a pu être dit autrement lors des travaux préparatoires pour la rédaction du règlement.

B- La faculté pour les parties à un contrat international de choisir comme *lex contractus* un droit non étatique ou une convention internationale: innovation réelle du règlement Rome I ?

Nous l'avons vu, le règlement Rome I consacre pleinement le principe de l'autonomie de la volonté et permet ainsi aux parties de choisir la loi à laquelle elles veulent soumettre leur relation contractuelle. Cependant, concernant la liberté dont elles disposent quant à la loi qu'elles peuvent choisir il existe des restrictions, bien que le considérant n° 13 dispose que :

« *Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale.* »⁴⁸

Ce considérant, qui n'apparaissait pas dans la Convention de Rome de 1980, est novateur dans la mesure où il énonce expressément que les parties ne sont pas dans l'obligation de soumettre leur contrat à une loi étatique. Si cela est le cas, les juges des états membres devraient donner plein effet aux contrats internationaux de financement islamique qui seraient soumis aux règles de la Charia. Toutefois, cette faculté n'est faite que dans un simple considérant et non pas dans un article du règlement. La valeur normative ou contraignante du considérant du préambule n'étant pas reconnue (1), les parties devront soumettre leur contrat à une loi étatique (2).

⁴⁶ « *Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord.* », Règlement Rome I, préc., art. 3, par. 3.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Règlement Rome I, préc., considérant n° 13.

1: La portée du considérant n° 13 du préambule du règlement Rome I

L'insertion du considérant n° 13 dans le préambule du règlement Rome I, était le résultat d'un long débat relatif à la proposition de la Commission sur le nouveau règlement. En effet, lors des travaux de préparation du nouveau règlement une partie de la doctrine a soutenu que le nouveau règlement devait conférer aux parties à un contrat international le droit de le soumettre à des règles non étatiques. « *L'une des raisons invoquées en faveur d'une telle solution est qu'il n'y aurait pas lieu de refuser cette pratique au juge étatique dès lors qu'elle est admise, dans beaucoup d'États, pour les arbitres.* »⁴⁹. En revanche, une partie de la doctrine était opposée à une telle possibilité, « *au motif notamment que ces règles ne présentent pas encore un corps de règles cohérent et complet* »⁵⁰. Finalement, la thèse du premier courant est apparue dans le préambule du Règlement Rome I sous forme de considérant, mais en réalité la thèse opposée, qui était hostile à l'introduction de règles non étatiques dans les contrats soumis au règlement Rome I, a prévalu.

Le rôle du préambule dans les actes de l'Union européenne est, en effet, de motiver les actes de droit dérivés. Il s'agit d'une obligation au regard de l'article 296 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne⁵¹. En ce qui concerne la portée des considérants du préambule « *ils ne comportent pas de dispositions de caractère normatif ou de vœux politiques* »⁵². Cependant, à la lecture du règlement Rome I des doutes ont été soulevés chez quelques auteurs puisque certains de ses considérants « *excèdent leur obligation de motivation* »⁵³. Mme. Lemaire s'interroge ainsi sur la portée juridique de ces considérants dotés d'un contenu prescriptif propre⁵⁴, et conclut que :

« (...) *tout énoncé propre à modeler effectivement les comportements - serait-il initialement dépourvu de caractère contraignant - peut l'acquérir par l'usage. En pratique, plusieurs voies peuvent permettre à un texte d'accéder à la force obligatoire qui lui manquait. Parmi elles, la voie juridictionnelle, autrement dit la consécration par le juge du caractère contraignant de l'énoncé, paraît la plus incontestable.* »⁵⁵.

⁴⁹ Autonomie de la volonté (art. 3 § 1) - Interrogations quant au choix de règles non étatiques, in LIVRE VERT sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, COM (2002) 654 final, 2003.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ « *Les actes juridiques sont motivés et visent les propositions, initiatives, recommandations, demandes ou avis prévus par les traités.* », par. 2 de l'art. 296 du TFUE.

⁵² Ligne directrice n° 10 de l'[Accord interinstitutionnel](#) du 22 décembre 1998 sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire, Journal officiel C 73, 1999.

⁵³ S. LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.* 2008. 2157, n° 8.

⁵⁴ V. à titre d'exemple le considérant 12 du préambule du Règlement Rome I, préc.

⁵⁵ S. LEMAIRE, préc., n° 13

Toutefois, même dans l'hypothèse où le caractère juridique de ces considérants serait reconnu, cela n'influencerait pas la portée du considérant n° 13 puisqu'il est d'ores et déjà considéré comme un simple considérant de motivation dépourvu de toute normativité.

Les parties à un contrat international, ne pourront donc pas soumettre leurs relations contractuelles à un droit non étatique – comme la Charia- ou à une convention internationale en invoquant le considérant n° 13 du règlement Rome I⁵⁶. C'est d'ailleurs l'opinion de MM. Mayer, Vincent Heuzé⁵⁷, Bernard Audit et Louis d'Avout⁵⁸.

2 : L'impossibilité de soumettre un contrat international à des règles non étatiques ou des conventions internationales sous l'égide du règlement Rome I

Dans sa proposition de règlement sur la loi applicable aux relations contractuelles, la Commission innovait par sa rédaction du paragraphe 2 de l'article 3 :

« Les parties peuvent également choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire. Toutefois, les questions concernant les matières régies par ces principes ou règles et qui ne sont pas expressément tranchées par eux seront réglées selon les principes généraux dont ils s'inspirent, ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable à défaut de choix en vertu du présent règlement. »⁵⁹.

Cette version du texte, qui conférait le droit aux parties de choisir des règles non étatiques, n'a pas pourtant été retenue dans la rédaction finale du règlement Rome I. L'objectif des rédacteurs de cet article, était de renforcer l'autonomie de la volonté en permettant aux parties de choisir par exemple, les principes *UNIDROIT*, les *Principles of European Contract Law*, un futur instrument communautaire optionnel en matière de contrat⁶⁰, mais pas la « *lex mercatoria, insuffisamment précise* », ou d'autres « *codifications privées qui ne seraient pas suffisamment reconnues par la communauté internationale* »⁶¹.

Dans le cas hypothétique où cet article aurait été repris par le règlement Rome I, des difficultés auraient subsisté puisqu'il aurait fallu des critères précis pour faire une distinction

⁵⁶ À l'inverse, M. Affaki soutient qu'en vertu du considérant n° 13 du préambule du règlement Rome I il est possible d'introduire valablement des règles non étatiques dans les contrats internationaux, G. AFFAKI, préc., p. 150.

⁵⁷ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 11^e édition, LGDJ, p.524-526

⁵⁸ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 7^e édition, Economica

⁵⁹ Art. 3, par.2, Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), COM 2005, 650 final.

⁶⁰ « *Si la Communauté adopte dans un instrument juridique spécifique des règles matérielles de droit des contrats, y compris des conditions générales et clauses types, cet instrument peut prévoir que les parties peuvent choisir d'appliquer ces règles.* », considérant n° 14 du Règlement Rome I, préc..

⁶¹ Commentaire sur l'article 3, Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL sur la loi applicable aux obligations contractuelles, préc., p. 5.

entre les principes reconnus au niveau international et les principes qui ne seraient pas « *suffisamment reconnues* ».

Comme nous pouvons le constater, même les rédacteurs de l'article en question ne souhaitent pas élargir le champ du choix des parties au point de leur permettre de régir leur contrat par n'importe quelle règle non étatique. La soumission des contrats à un ordre étatique est en effet nécessaire pour obtenir le concours de la force publique en cas de non-respect par les parties des obligations découlant du contrat. « *La contrainte ne pouvant être qu'étatique, le contrat n'engage vraiment que s'il est pris en charge par un ordre juridique mettant à disposition des individus son appareil de contrainte.* »⁶².

Aujourd'hui, le règlement Rome I ne reconnaît pas le droit aux parties de soumettre leur contrat à un droit non étatique ou à une convention internationale. Dans le prolongement de cette affirmation, à la lecture de l'article 3 du règlement Rome I, il faut comprendre droit étatique par le terme « loi ». Il est cependant admis depuis la Convention de Rome que si les parties se réfèrent à d'autres règles que les lois étatiques, ce choix sera alors assimilé à un défaut de choix et entraînera l'application des dispositions de l'article 4⁶³. Il reviendra alors à la loi ainsi désignée par le biais de l'article 4, de préciser, quelle place elle accorde aux règles non étatiques. Enfin, il est possible de se référer à des règles non étatiques, le contrat étant par ailleurs soumis à une loi étatique, en guise de règles interprétatives ou complémentaires des stipulations contractuelles. Dans le cadre du règlement Rome I, la Charia fait l'objet du même traitement que les autres règles non étatiques. Le choix de la Charia comme loi applicable à un contrat de financement islamique ne vaudrait pas choix de loi au sens du droit international privé⁶⁴.

⁶² G. Lardeux, « Système juridique applicable au contrat », fasc. 65, *J-Cl. Droit International*, n° 33, p.19.

⁶³ En effet, la convention de Rome et le règlement Rome I interdisant l'application de règles non étatiques, ce choix sera assimilé au cas où les parties n'ont pas choisis préalablement une loi pour régir leur contrat. Dans ce cas de « défaut de choix », c'est l'article 4 du règlement Rome I qui est applicable. V. à ce sujet H. Gaudemet-Tallon, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement " Rome I " du 17 juin 2008, champ d'application, clauses générales », fasc. 552-11, *J-Cl. Droit International*, p. 5, n° 6.

⁶⁴ Nous rappelons que les parties peuvent néanmoins désigner le droit d'un État ayant incorporé la Charia dans son droit interne. Ce choix sera valable en vertu du règlement Rome I.

Conclusion

L'admissibilité de la Charia comme loi applicable à un contrat international étant remise en cause tant sur le plan théorique, que sur le plan pratique, il s'avère d'une importance primordiale se s'interroger sur les moyens et solutions alternatives, qui pourraient rendre effectif un tel choix dans un contrat international, afin de garantir la sécurité juridique des parties ayant conclu un contrat international de financement islamique et pour que l'industrie financière islamique maintienne une bonne réputation. L'arbitrage serait une solution à envisager⁶⁵.

⁶⁵ Sur le sujet v. not. F. Nammour, « De l'applicabilité de la charia islamiya dans l'arbitrage international », *Les cahiers de la Finance islamique* n° spécial 2014-1, *Acquisition immobilière et finance islamique, analyse juridique*, p. 80.

LA FINANCE ISLAMIQUE EN LIBYE DE SES DÉBUTS À 2015

Ayoub MAZEK^{66*}

Introduction

Notre recherche entend présenter de manière chronologique et analytique tous les textes qui forment ce que nous pouvons appeler « la finance islamique » en Libye, afin d'en dresser un état des lieux. L'approche comparative des textes juridiques nous permettra de retracer l'évolution dont a fait preuve le pays en ce domaine. Mais au préalable, dans un souci de clarté, il convient d'aborder le système juridique libyen (notamment le droit civil et commercial) qui a été influencé au fil du temps par les législations ottomane, italienne, égyptienne et française.

Lorsque la Libye était soumise à l'Empire ottoman entre 1551 et 1911, les transactions (*mu'amalat*) étaient régies dans un premier temps par le *fiqh hanafi*⁶⁷ classique, avant de laisser place dans un second temps, à la « *mejalla-i ahkam i addlya* » telle que codifiée et promulguée par la Turquie ottomane, en 1876⁶⁸. Il s'agit là d'un code qui couvrait le droit des contrats et des obligations ainsi que la procédure civile. Cette *Mejella*, qui entendait codifier des parties du droit musulman sous forme d'articles, est la première initiative prise par un pays islamique de « *codifier et de promulguer comme loi d'État des parties du droit religieux* »⁶⁹. Selon son exposé des motifs, ce nouveau code tenait à fournir aux tribunaux non islamiques récemment créés, un exposé faisant autorité de la doctrine musulmane afin d'éviter le recours aux ouvrages de la jurisprudence islamique lesquels étaient intellectuellement difficiles

^{66*} Doctorant à la faculté de droit de Strasbourg, titulaire d'un Master 2 finance islamique et d'un Master 2 droit des religions spécialité islamologie délivrés par l'*Université de Strasbourg*. Il est également assistant de droit à la faculté de Tripoli (Libye) depuis 2009

⁶⁷ Cette doctrine fondée par Abou Hanifa est apparue en Irak, à Kufa et s'est répandue à Bagdad. Elle a adopté les méthodes de son fondateur et celles des maîtres de cette école après lui comme Abou Yusuf et Abou El Hassan. Ses fondements comprennent, en plus du Coran et de la Sunna, l'*istihsan*, la coutume, les paroles des compagnons du Prophète, mais elle est caractérisée surtout par l'utilisation de la raison et de l'opinion.

⁶⁸ La *Mejallah* n'était pas un code du statut personnel, mais réglait la matière des obligations et des contrats, suivant la doctrine hanafite, la loi ottomane sur la famille n'a été promulguée en Turquie qu'en 1917.

⁶⁹ Moussa Fadhel, « La Codification du droit musulman » : <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/moussa.htm>

d'accès⁷⁰. C'est donc cette *Mejallah* qui est devenue un des codes officiels de l'empire ottoman et fut appliquée comme droit civil dans les différents territoires de l'empire, et plus tard dans les États qui en furent détachés (Irak, Chypre, Palestine, Jordanie, etc.).

Ce code a fait naître, dans une certaine mesure, la conviction de la nécessaire sécularisation du droit sur le plan formel en le systématisant, en le rassemblant en articles et en le consacrant par l'autorité temporelle. Mais la *Mejallah* contenait certaines modifications de la stricte doctrine du droit musulman : en plus de la forme, c'est donc le fond qui a connu certains changements⁷¹.

Toutefois, l'application du code ottoman était une source de conflits, notamment vis-à-vis des juges et des muftis, qui s'y opposaient pour deux raisons principales : la première est que le fait de codifier des lois représentait une innovation religieuse inconnue pour les musulmans ; la deuxième raison résidait en ce que les textes juridiques rédigés dans la « *mejalla-i ahkam i addlya* » sont des textes purement juridique et non argumentés du point de vue « *chariatique* »⁷².

Par la suite, le régime colonial s'attacha à partir de 1912 à démanteler le système en place pour l'italiser presque intégralement⁷³. C'est à partir de là que le droit italien s'est introduit en Libye, imprégnant tous les domaines⁷⁴.

Pendant cette période coloniale, les systèmes financiers occidentaux furent introduits dans les pays musulmans. C'est ainsi que le prêt à intérêt fut légalisé dans la quasi-totalité des pays musulmans, tels que la Syrie, l'Égypte, l'Algérie, l'Iraq, le Soudan ou encore le Maroc. Vers le début du siècle, certains islamologues ou savants⁷⁵ soumis aux exigences de l'activité économique moderne et à certaines pratiques visant à détourner cette prohibition ont, plus ou moins, légitimé les pratiques des banques occidentales dans les pays islamiques. « *Aujourd'hui, leur activité ne cesse de développer et de s'étendre si bien que l'on parle de "bancairisation de la société"* ».⁷⁶

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Az-Zriki.Guima, « *Mda Mulaamat At tachri'at Wa Al-qawanin fi Libya Lil Al-khadamat Al-maliya Al-islamiya* », Atelier sur les banques libyennes et la finance islamique, Tripoli, 2009, p.1.

⁷³ En octobre 1911 des troupes italiennes débarquent à Tripoli et cherchent à se constituer un empire colonial à l'instar de ses voisins européens. Les revendications italiennes sur la Libye remontaient au Congrès de Berlin en 1878, au cours duquel la France et le Royaume-Uni avaient accepté l'occupation respective de la Tunisie et de Chypre, toutes deux provinces de l'Empire Ottoman en déclin. Un conflit célèbre, connu sous le nom de « guerre de Tripolitaine » qui opposa l'Empire Ottoman et le royaume d'Italie du 29 septembre 1911 au 18 octobre 1912, conduit enfin l'Italie à obtenir les provinces ottomanes de Tripolitaine, Cyrénaïque et Fezzan, ce qui forma la Libye italienne. V. Chaker Mahmoud, « *Al-Tarikh al-islamy* », *Al-Maktab Al-islamy*, 1996, Vol.14, pp. 24-54.

⁷⁴ À l'exception du droit de la famille et du droit des successions qui sont restés régis par le droit musulman.

⁷⁵ Les plus célèbres d'entre eux est l'ancien mufti d'Égypte Mohamed Abduh mort en 1905.

⁷⁶ Zaoulai Hosni, *Le système bancaire islamique à l'ère de la mondialisation : le cas du Maroc*, mémoire, Université Laval, Québec, p. 11.

Après son indépendance de l'Italie en 1951, la Libye a adopté un régime libéral occidental et a comme tout pays nouvellement indépendant commencé à développer ses législations. Les efforts ont abouti à des codes complètement nouveaux, basés sur le droit civil égyptien et français, dont le Code de commerce de 1953 et le Code civil datant de la même année, mais reconnaissant aussi la Charia comme sources du droit. À l'inverse, la coutume figurait avant la Charia dans les autres pays ayant adopté les codes de Sanhourî⁷⁷, tel que l'Égypte et l'Irak. Cette différence était justifiée, par le fait que la société libyenne ne comptait pas vraiment de minorités non-musulmanes, contrairement à l'Égypte et l'Irak par exemple, où les minorités chrétiennes et juives étaient fort nombreuses. Mais cette différence ne change pas le fait que les origines historiques de la loi égyptienne civile élaborée en 1948, remontent au Code Napoléon de 1804.

Nous remarquons que le Code civil libyen lors de sa promulgation en 1953⁷⁸ prévoit des textes basés sur la loi islamique, comme les obligations de voisinage⁷⁹ de l'article 816, les dispositions relatives à la servitude urbaine⁸⁰ qui apparaissent aux articles 863 à 864, et les dispositions de préemption⁸¹ prévues aux articles 939 à 952.

Les dispositions de la *Mughrasah* prévues aux articles 1003 à 1012, qui n'ont pas d'équivalent en droit civil égyptien, ou les dispositions de la *Muzar'aa*⁸² et de la *Musaquah*⁸³, sont attachées aux dispositions du contrat de *Ijara*⁸⁴ et à celles des droits réels. D'autres articles sont influencés par la Charia, mais cela ne veut pas dire pour autant que l'ensemble de ces dispositions est conforme à la loi islamique, car comme nous l'avons vu, le législateur

⁷⁷ Abd el-Razzâq el-Sanhourî est un grand juriste et un homme politique égyptien (m.1971), il est l'auteur de plusieurs codes civils et commerciaux dans le monde arabe dont l'Égypte, la Libye et l'Iraq.

⁷⁸ V. le code : <http://www.aladel.gov.ly/main/modules/sections/item.php?itemid=171>

⁷⁹ La loi islamique a accordé une importance particulière à cette relation et ses adeptes ont été fortement conseillés de prendre soin des droits des voisins. Voir le Coran IV : 36.

⁸⁰ Le voisinage établit non seulement des rapports entre les voisins, mais aussi entre les choses, pour mieux comprendre : le droit de propriété implique la faculté de disposer de sa chose d'une manière absolue mais il n'est pas permis au propriétaire (voisin) de construire d'une manière à nuire à la propriété de son voisin. Pharaon Joanny et Dulau Theodore, *Études sur les législations anciennes et modernes*, Paris, 1839, p. 202.

⁸¹ Si deux personnes sont conjointement et indivisément propriétaires d'une maison ou de tout autre bien, et que l'une des deux veut vendre sa part à un tiers, son copropriétaire indivis a le droit de se porter lui-même acquéreur de la part ainsi cédée, aux mêmes conditions que celles accordées au tiers. Ce droit s'appelle en arabe « *Chuf'ah* ». Il est clair que l'Islam a établi ce droit pour maintenir l'harmonie et pour écarter tous risques de dommage ou préjudice auxquels l'un des copropriétaires pourrait faire face.

⁸² C'est un contrat qui consiste à remettre un fonds de terre pendant un temps déterminé, pour le labourer et l'ensemencer, à une personne qui s'engage à en payer le fermage pour une certaine quantité de blé au propriétaire de ce fonds lors de la moisson. Nicolas de Tornauw, *Le droit musulman, exposé d'après les sources*, Librairie du conseil d'État, Paris, 1860, p. 155.

⁸³ C'est un contrat par lequel le propriétaire d'un verger en remet tout ou partie à un tiers, à la condition que celui-ci surveille les arbres et remette au propriétaire une portion déterminée de la récolte des fruits. Nicolas de Tornauw, *op. cit.*, p. 159.

⁸⁴ C'est un contrat par lequel une personne propriétaire d'une chose la remet, pendant un temps déterminé à une personne pour en jouir et tire des avantages, ou bien, une personne s'engage à rendre ses services à une autre et à travailler pour elle. Nicolas de Tornauw, *Idem*, p. 144.

égyptien était influencé par le droit français. Le législateur libyen a donc été conduit à modifier la plupart des dispositions du Code civil, en vue de se rapprocher de la Charia islamique.

Après cette présentation du droit libyen avant l'indépendance du pays⁸⁵, il convient dès à présent, d'aborder les textes majeurs qui composent la finance islamique. À ce titre, nous analysons les premiers pas de la finance islamique dès 1972 (I) avant d'observer le rôle de la loi n°1 de 2005 dans la naissance des produits islamiques (II). Nous terminerons notre étude par l'analyse de l'apport des lois successives de 2012 et 2013 (III).

I- Les premiers pas de la Finance Islamique en Libye : Deux lois majeures amendant le Code civil et commercial de 1953

La Libye sous le régime de Kadhafi a été l'un des premiers pays à avoir interdit le *riba* au travers de la promulgation la loi n° 74 de l'année 1972, intitulée « *l'interdiction du riba al-nasî'a dans les transactions civiles et commerciales* ». Cette loi se compose de dix articles, dont le premier interdit la pratique du *riba al-nasî'a*⁸⁶ dans tous les types de transactions civiles et commerciales entre personnes physiques, et déclare absolument nulle et non avenue toute condition impliquant le *riba* explicite ou déguisé, en considérant comme intérêt caché une commission ou un avantage de toute nature requis par le créancier, s'il est prouvé que ces derniers ne sont pas compensés par un avantage ou un service réel et légitime. Le reste des articles est ensuite consacré à la modification du droit civil et commercial.

Selon la note explicative de la loi, le comité chargé de fournir le projet de cette loi a examiné les dispositions de chacun des droits de la matière civile et commerciale, et en a conclu à la présence d'éléments permettant le *riba* qui est interdit du point de vue « *chariatique* ». C'est ainsi que ce comité s'est chargé de modifier ces dispositions et a aboli ce qui est appelé *riba al jahylya ou al-nasî'a*, un type d'usure qui fait l'objet d'un consensus sur sa prohibition. Mais cet amendement a été limité dans ce projet aux transactions civiles et commerciales contractées entre les personnes physiques et non pas entre les personnes morales elles-mêmes, (institutions, sociétés, entreprises et banques), ou entre les individus et les personnes morales⁸⁷.

⁸⁵ Il nous faut signaler ici que les sources bibliographiques concernant l'état du droit avant l'indépendance sont rares en raison de la disparition d'une grande partie des archives libyennes notamment avec l'arrivée de Khadafi au pouvoir.

⁸⁶ Le Malikite Ibn-Rusd et le Hanbalite Ibn Oayim al-Jawziyya ont convenu que le *riba* expressément prohibé est le *riba al-nasî'a* (*riba* de report) qui est le *riba al-jali* ou manifeste. Ce genre de *riba* est le plus grave puisqu'il tient à l'octroi et à la propagation du terme, ce *riba* ne peut être excusable que dans le cas d'une nécessité extrême. V. Comaire-Obeid.Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Paris, Economica, 1995, p. 51.

⁸⁷ Le Comité a reporté son examen afin de compléter les éléments de recherche précis à explorer, à commencer par ce qui peut provoquer de réels dommages à ces banques et instituts en cas d'une telle interdiction.

Cela est conforté par la Cour suprême qui a déclaré qu' « *en ce qui concerne les textes juridiques civils ou commerciaux qui permettent de pratiquer des avantages "riba" d'une personne morale à une autre, ou entre elles et des particuliers, la loi n° 74 de l'année 1972 ne les avait pas abordés* », avant de rajouter qu'ils sont toujours l'objet d'une étude afin de parvenir à une opinion définitive sur leur interdiction⁸⁸. Il convient de noter que la loi n'aborde pas le sujet de l'interdiction du *riba* dans les transactions internationales effectuées entre les établissements libyens ou l'État même avec d'autres institutions financières étrangères, comme les transactions qui ont lieu entre les banques locales et les particuliers.

La note explicative de la loi justifie ce silence en disant qu'à l'inverse de l'interdiction du *riba al-nasee'ah* dans les transactions entre individus, qui n'exige pas nécessairement d'alternatives juridiques, l'interdiction qui toucherait les personnes morales imposerait la mise en place de systèmes alternatifs remplaçant les systèmes existants qui gèrent le *riba*, et cela est d'autant plus clair pour l'affaire du banquier, qui ne se limite pas au périmètre interne de l'État, mais qui est relié aux banques internationales et aux opérations étrangères.

Dans un même temps et dans un souci de vouloir se conformer à la Charia, le *Conseil du commandement de la révolution libyenne* a promulgué la loi numéro 86 de l'année 1972 intitulée « *l'interdiction de certains contrats de gharar dans le droit civil et son amendement pour le conformer à la loi islamique* ». L'article premier de cette loi prévoit que dix-sept dispositions du Code civil seront remplacées par d'autres dispositions compatibles avec la loi islamique. Par ailleurs, cinq articles ont été abrogés et des dispositions remplacées. Celles-ci touchent différents sujets où le *gharar* est souvent présent, tel que la prescription, l'ignorance dans le contrat de vente, les vices cachés dans le prêt ou le statut légal du pari dans les compétitions sportives.

Avec cette loi, le législateur a examiné les articles consacrés à la prescription, car il a estimé qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de la loi islamique. En effet, la loi islamique ne reconnaît pas le fait que le droit puisse disparaître avec l'écoulement du temps, « la prescription extinctive ». En ce sens, cette loi élimine ce principe qui est adopté par la plupart des législations positives, ainsi que le principe de l'acquisition des droits au cours du temps « la prescription acquisitive ». Ces deux sont remplacés par la prescription qui concerne la saisine du tribunal.

L'amendement inclut également les articles 458 à 462, qui sont consacrés à l'ignorance abusive (*jahala fahisha*)⁸⁹ et à l'élément aléatoire (*Gharar*) dans l'objet du contrat.

Des amendements ont également porté sur les actes juridiques entachés par un élément aléatoire, tels que la rente perpétuelle et le salaire permanent à vie. Le législateur a, en vertu de cette loi, abrogé certains articles du Code civil, notamment l'article 545 sur le rachat de la

⁸⁸ Recours civil n° 3/36 S, 12/02/1990, Journal de la Cour suprême n° 1 et 2, Janvier 1998.

⁸⁹ La plupart des juristes ont fait la distinction entre le *gharar* et la *jahala*. Le lien entre ces deux notions est la généralisation et la spécification de la chose. Le *gharar* est ce dont on ignore le devenir alors que la *jahala* est ce dont on est sûr de la survenance mais on ignore la nature. Qurradaghi Mohyeddine, *op.cit.*, p. 117.

rente perpétuelle, l'article 546 sur le rachat obligatoire de la rente perpétuelle et l'article 739 qui est intitulé contrat du *Gharar*.

En définitive, nous considérons que les deux lois précédentes représentent une grande contribution à la codification de la loi islamique et constituent le premier chemin vers la finance islamique.

II-Le rôle de la loi n°1 de 2005 dans la naissance des produits islamiques

La promulgation de la loi n° 1 de l'année 2005 consacrée aux banques⁹⁰ mérite désormais toute notre attention. Cette loi est perçue par un certain juriste⁹¹ comme une loi « *souple et flexible* » qui pourra permettre l'introduction des services islamiques au sein des banques libyennes. Sur la base de cette dernière, et en particulier de son article 16⁹², la Banque centrale libyenne a publié deux circulaires. La circulaire n° 9 /2009 intitulée « *les produits bancaires alternatifs* » qui autorise les banques commerciales en Libye à développer et offrir de nouveaux produits alternatifs en conformité avec les règles de la charia.

Cette circulaire précise que ces nouveaux produits alternatifs seront développés et offerts par des fenêtres et succursales bancaires qui seront créées spécialement à cette fin. Ces produits alternatifs consisteront en un financement sur la base de la *Mourabaha*, un financement sur la base de la *Moudharabah*, un financement sur la base de la *Musharakah* et un financement sur la base de l'*Ijara*.

Il nous faut retenir que jusqu'en 2009, les activités bancaires et financières s'exercent de manière classique et nous n'assistons pas encore à la possibilité d'introduire des offres islamiques au sein des instituts bancaires et financiers.

Après la circulaire 9 /2009, la BCL publie en 2010 sa circulaire 9/2010 intitulée « *les normes et les fondements pour l'offre des produits bancaires alternatifs conforme aux règles de la Charia islamique dans les banques commerciales* ».

Pour améliorer l'offre de ces services financiers et bancaires dits islamiques, il est désormais possible pour les banques de profiter et de prendre en considération les standards comptables internationaux créés par l'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions* (l'AAOIFI). Notons qu'il s'agit de la première référence à une communication

⁹⁰ Il existait avant cette loi, la loi n° 1 de 1993 « *loi bancaire et monétaire* » et la loi n° 4 de l'année 1963 « *les banques* ».

⁹¹ Le professeur Nouri Browin est un spécialiste et expert libyen dans le domaine de l'économie.

⁹² Le paragraphe 9 de l'article 16 de la loi n°1 de 2005, donne la compétence à la Banque centrale libyenne d'accorder des autorisations de créations de banques commerciales, de banques spécialisées ou de banques de financement ou d'investissement, etc., ainsi que d'élaborer des standards et réglementations régissant leurs activités, notamment avec la rédaction de modèles de contrats. Ce paragraphe est un texte manifeste et explicite quant à la possibilité de créer des banques spécialisées exerçant des activités bancaires islamiques. Cet article est d'une importance majeure, car il permet, avec les autres articles précités, un nouveau passage vers la finance islamique. Il revêt presque à lui seul le caractère libéral et flexible de cette loi de 2005, car enfin, le pouvoir de décision est entre les mains de la Banque centrale qui peut marquer un changement en faveur de la finance islamique en disposant des outils qui lui sont désormais offerts.

entre les banques libyennes et l'AAOIFI. Il s'agit plus ou moins de la reconnaissance d'un ordre mondial de la finance islamique. Malheureusement, le seul produit auquel on a eu beaucoup recours après ces deux circulaires est la *Mourabaha* pour l'achat de meubles ou de voitures.

Il faudra attendre le changement de pouvoir politique en Libye, notamment l'année 2012 pour assister à la conversion de système bancaire et financier quasi conventionnel vers un système purement islamique.

III- « L'islamisation » des secteurs bancaire et financier : l'apport majeur des lois successives de 2012 et 2013

À partir de 2011, avec les révolutions arabes, la finance islamique s'impose de plus en plus. Alors que le Maroc, la Tunisie et l'Égypte mettent en place des cadres juridiques favorisant la coexistence entre la finance et les banques islamiques et le système bancaire classique, la Libye est allée plus loin en interdisant intégralement le système bancaire classique après avoir voté une loi bancaire islamique en mai 2012.

La loi n° 46/2012 amendant la loi n° 1/2005 paralyse le système bancaire conventionnel par l'ajout d'un chapitre spécial sur la finance islamique⁹³ et par l'interdiction totale d'offrir ou d'exercer certaines activités ou services bancaires non conformes aux règles de la loi islamique ainsi que l'interdiction de toutes les opérations jugées illicites du point de vue « *chariatique* »⁹⁴.

En plus de l'amendement de certaines dispositions déjà existantes, l'article 3 de la loi n° 46/2012 prévoit l'ajout d'un quatrième chapitre intitulé « *les règles spécialement conçues pour la finance islamique* ». Ce chapitre intitulé les règles de *syyrafa islamyya*, contient neuf articles annexés à l'article 100, que nous allons rapidement évoquer.

Les articles 4 et 5 de la loi 46/2012 revêtent une importance majeure. Selon l'article 4, les dispositions du chapitre s'appliquent à toutes les succursales et fenêtres qui avaient obtenu l'autorisation d'exercer des activités bancaires islamiques avant l'entrée en vigueur de cette loi, donc les banques concernées sont obligées de réguler leurs succursales et fenêtres conformément aux dispositions de ce chapitre avant la fin de l'année financière de 2012. Autrement dit, il s'agit d'une loi rétroactive.

L'article 5 précise qu'en attendant la promulgation d'une loi spéciale consacrée aux banques islamiques, la loi n° 1/2005 amendée par la loi n° 46/2012 sur les banques, s'applique à tout ce qui n'est pas prévu dans ce chapitre spécial consacré à la bancarisation islamique. Ceci à condition qu'elle ne soit pas non conforme avec la nature et les exigences de ces activités ou les opérations et les transactions liées à elles. Cette disposition implique la promulgation prochaine d'une loi spéciale consacrée aux banques islamiques.

⁹³ V. la loi n° 46/2012 amendant la loi n° 1/2005 sur les banques.

⁹⁴ V. l'article 100 (4) de la loi n° 46/2012 amendant la loi n° 1/2005 sur les banques.

En janvier 2013, le *Congrès national général* (Parlement) a voté la loi n° 1 de 2013, qui proscrie toute forme d'intérêt. La Loi n° 1 rend toute disposition relative aux intérêts inapplicable à partir de son entrée en vigueur (à savoir le 31 mars 2013 pour les transactions effectuées par des personnes physiques et le 1^{er} janvier 2015 pour les transactions effectuées entre les personnes morales), peu importe la date à laquelle la transaction a été effectuée ou si un tribunal a ordonné le paiement d'intérêts.

La Loi n° 1/2013 va plus loin que les législations précédentes en interdisant toute forme d'intérêt caché. D'après la loi « *les intérêts cachés incluent la perception par le prêteur d'une commission ou d'un avantage, quel qu'il soit ; s'il est prouvé que la commission ou l'avantage ne correspond pas à un bénéfice réel et légitime ou à un service fourni par le créancier en retour* » (article 1). Nous comprenons donc que selon les circonstances, certains produits financiers communément utilisés dans les transactions financières islamiques peuvent tomber sous le coup de cette disposition.

La loi impose des sanctions pénales à toute personne violant l'interdiction sur les intérêts, allant d'une peine d'emprisonnement d'un an ou d'une amende entre 1.000 et 5.000 dinar⁹⁵ libyens à une peine, en cas de circonstances aggravantes, de deux ans d'emprisonnement ou une amende de 5.000 à 10.000 dinar libyens (article 6). Bien qu'une lecture du Code Pénal Libyen (article 4 lu conjointement avec l'article 11) limite l'application de la loi au territoire libyen et/ou aux transactions de droit libyen⁹, la loi pourrait avoir des conséquences lourdes pour les transactions financières internationales, étant donné qu'il n'est pas clairement déterminé à partir de quand il peut être considéré qu'une institution financière réalise une transaction transfrontalière sur le territoire libyen⁹⁶. Ce qui montre une des ambiguïtés de la loi. Mais il est intéressant de voir que la loi n° 1 de 2013 qui proscrie les taux d'intérêts, prévoit dans son article 4 une alternative au *riba* : le *qard hassan*⁹⁷.

Pour finir avec ce texte, on peut penser que si elle n'est pas traitée avec prudence, cette législation pourrait plonger le secteur financier dans une situation risquée et saper les efforts de diversification de l'économie. Si les transactions rémunérées par intérêt sont légalement interdites en l'absence d'un système financier islamique correctement établi, « *l'environnement deviendra moins favorable à l'intermédiation financière, et compromettra de ce fait les efforts du secteur privé pour investir et créer des emplois* »⁹⁸.

⁹⁵ Cela correspond actuellement à un montant allant entre 500 et 2500 euros.

⁹⁶ Silke N. Kumpf, « Libye: Vers Une Criminalisation De La Finance Classique ? », http://brownrudnick.com/news-resources-detail/2014-05-libye-vers-une-criminalisation-de-la-finance-classique-?&983e0d6ae0bacb5227b2fc3d76f7b0a78f4d9930&key&pnc_cache_off&pnc_cache_key=92f1093e

⁹⁷ Celui-ci est un instrument servant à accorder des prêts à une petite échelle aux personnes en difficultés financières. Cette technique de micro-crédit est destinée avant tout aux personnes défavorisées et aux personnes non bancarisées, ou encore aux étudiants ou à des personnes ayant besoin d'argent dans le court terme pour un événement particulier. L'intérêt pour la banque d'accorder ces prêts à titre gracieux n'est certes pas l'argent mais cette activité lui assure une bonne opinion générale et lui octroie le label de banque islamique

http://www.memoireonline.com/06/11/4546/m_Les-specificites-des-contrats-de-financement-dans-les-banques-islamiques4.html

⁹⁸ Taghdisi Rad Sahar, « Libye-Perspectives économiques en Afrique », 2014, p. 10.

Il nous faut comprendre à travers ces nouvelles lois que la finance islamique est un axe majeur mis en avant par le nouveau gouvernement libyen.

Conclusion

Depuis 2011, le système bancaire libyen accusait des déséquilibres structurels, et ce bilan n'a fait qu'empirer notamment à cause de l'instabilité politique et de la déchirure législative (deux parlements aucun État) qui marque le pays.

Malgré toutes ces avancées juridiques, il est clair que les institutions bancaires libyennes ne semblent à l'heure actuelle, pas prêtes à rendre des services islamiques ayant besoin d'un environnement propre. Comme nous l'avons précisé, la loi de 2013 a fixé un délai butoir à 2015 pour les personnes morales, ce qui paraît trop brutal. En effet, aujourd'hui la loi est comme inexistante, puisqu'elle n'est pas appliquée. Quant au fonds du *Qard Hassan* mentionné à l'article 4 en tant qu'alternative à l'interdiction au *Riba*, il n'a malheureusement encore jamais vu le jour en 2015.

Même s'il est évident que la Libye dispose d'importants moyens pour intégrer le système de finance islamique et malgré de considérables changements cette dernière décennie, le secteur financier libyen souffre toujours d'un manque de structure, de stabilité et reste ainsi fragile.

En définitive, la Finance Islamique en Libye a connu une expansion remarquable (théoriquement) ces cinq dernières années, cependant, ce progrès ne s'est pas fait sans difficultés et en dehors de tout risque. Les défis à surmonter sont lourds et menacent de compromettre cet essor ou du moins l'affaiblir. La Libye, doit aujourd'hui surmonter de grands obstacles afin d'arriver aux buts qu'elle s'est fixée.

LA ZAKÂT AU MAROC : UN CADRE JURIDIQUE À CONSTRUIRE

Safae ABRIGHACH^{99*}

« *Les institutions résultent de la vie sociale et ne font que la traduire au-dehors par des symboles apparents* », signale Émile DURKHEIM¹⁰⁰. Le Maroc est un pays arabo-africain. L'Islam, qui est la religion de l'État marocain¹⁰¹, y est introduit en 670 par le général arabe Oqba Ibn Nafaa. Il se classe comme cinquième puissance économique d'Afrique et deuxième puissance économique maghrébine¹⁰². En plus du phosphate, le Royaume du Maroc bénéficie également d'un levier considérable dans les secteurs de l'agriculture, de la pêche et du tourisme. La diversité sociale (arabo-islamique, amazigh, et saharo-hassani) au sein du pays est protégée par la monarchie constitutionnelle¹⁰³. Énonçant les prérogatives du Roi, l'article 41 de la constitution confère à ce dernier un titre de « commandant des croyants » chargé de « veiller au respect de l'Islam ». L'école juridique sur laquelle se fonde l'islam marocain est l'école malékite. Et le système juridique marocain est basé à la fois sur le droit romano-germanique et le droit musulman¹⁰⁴.

En 1998, Feu Hassan II avait émis un souhait de voir la création d'un fonds *Zakât* au Maroc. En 2007, le ministre des *Habous* et affaires islamiques, M. Ahmed TAWFIQ, a proclamé la quasi-finalisation du projet fonds *Zakât* au Maroc¹⁰⁵. Plus encore, la loi de finance prévoit chaque année dans ses annexes un fonds spécial de la *Zakât*¹⁰⁶. Or, de nos jours, le Maroc ne dispose toujours pas d'un fonds *Zakât*.

La *Zakât* constitue le premier pilier financier de l'Islam et la première source des revenus d'un

^{99*} Doctorante à l'Université de Strasbourg en co-tutelle avec l'Université d'Al-Quarawiyin à Fès.

¹⁰⁰ Simon Deploige, « Le conflit de la morale et de la sociologie », p. 74, Revue néo-scolastique, 1906, vol. 13, disponible sur : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/phlou_0776-5541_1906_num_13_49_1922

¹⁰¹ Art. 3 de la Constitution marocaine 2011.

¹⁰² <http://www.le-maroc.org/Economie.htm>

¹⁰³ Art. 1 de la Constitution marocaine 2011.

¹⁰⁴ <http://judgment-call-med.e-monsite.com/pages/page-14.html>

¹⁰⁵ <https://ribh.wordpress.com/2008/02/06/bientot-un-fonds-de-la-zakat-au-maroc/>

¹⁰⁶ Loi de finances 2015 au Maroc, Dépenses des comptes spéciaux du Trésor pour l'année budgétaire 2015, Bulletin Officiel, 25 décembre 2014, p. 75.

État musulman¹⁰⁷. Cheikh Ayyub HASSAN¹⁰⁸ précise que le terme *Zakât* revient au sens purification, croissance et bénédiction¹⁰⁹. Le verbe « *Zakkâ* » signifie donc être purifié, à croître et être béni. Dès lors, celui qui donne une partie de sa richesse sous forme de *Zakât* purifie cette richesse, la fait croître et la bénit¹¹⁰.

Pourquoi centraliser la *Zakât* ? Face à une rivalité entre les besoins et les ressources, la problématique de l'intervention de l'État dans le système économique constitue une question récurrente. Le Maroc ne se trouve pas exempté des problèmes sociaux économiques, à savoir : croissance économique¹¹¹, emploi et chômage¹¹², pauvreté et inégalités¹¹³. La création d'un fonds *Zakât* établirait un levier de financement social via la lutte contre la thésaurisation, l'éradication de la pauvreté et le chômage, voire la participation au développement humain. Selon une étude réalisée en 2012 par l'Association marocaine des études et recherches sur la *zakat*, l'aumône légale pourrait constituer un fonds de 15 à 17 milliards de dirhams par an (entre 1,3 et 1,5 milliard d'euros), soit 3 à 5% du PIB¹¹⁴.

En dépit des différentes positions qui existent entre les *fouquahâ'* au niveau de *fiqh Zakât*, ils affirment à l'unanimité l'obligation de compatibilité du contribuable aux règles suivantes : être de confession musulmane, propriété effective du bien, croissance réelle ou potentielle, atteindre le quorum (*nissab*), avoir un surplus contre le non-endettement, et enfin l'annualité. Le verset 60 de la Sourate *Tawbah* fixe 8 catégories d'attributaires au profit desquels la *Zakât* peut être versée. En l'occurrence, il s'agit des pauvres, nécessiteux¹¹⁵, personnes chargées de collecter la *Zakât*, personnes dont les sympathisants à l'islam, les esclaves, les insolubles, les voyageurs en détresse, et le sentier d'Allah¹¹⁶.

La diversité et la complexité des biens soumis à la *Zakât* (produits agricoles, l'or et l'argent, les actions, etc.) exigent une intervention étatique en la matière. La *Zakât* n'est pas un libre devoir laissé à la libre appréciation de l'individu¹¹⁷. Ceci est confirmé par le Coran lorsqu'il cite parmi les bénéficiaires de la *Zakât*, les personnes chargées de sa perception et qui ne

¹⁰⁷ Dr. Al Qardawi Yusuf, *Fiqh Al Zakah*, Vol. II, Scientific Publishing Centre, King Abdulaziz University, Jeddah, Saudi Arabia, p. 112.

¹⁰⁸ Cheikh Ayyub Hassan, né en 1918 et mort en 2008. Un des savants de l'Université Al-Azhar et fait partie de la première génération des frères musulmans en Égypte.

¹⁰⁹ Cheikh Ayyub Hassan, *Le culte du musulman : Fiqh al-'bâdât*, éd. Tawhid, Lyon 3, France, 2002, p. 109

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ <http://www.aujourd'hui.ma/maroc/economie/croissance-economique-le-hcp-voit-rose-pour-le-maroc-en-2015-117694#.VT7i-9L1akq>

¹¹² http://www.hcp.ma/La-Situation-du-marche-du-travail-en-2014_a1503.html

¹¹³ http://www.hcp.ma/downloads/Objectifs-du-millenaire-pour-le-developpement_t11877.html

¹¹⁴ <http://www.afrik.com/article25284.html>

¹¹⁵ Le nécessiteux est plus démuné que le pauvre. Ce dernier dispose des ressources mais non suffisantes.

¹¹⁶ Hamidullah Mohamed, *Le Saint Coran et la traduction en langue française du sens de ses versets*, Version électronique, p. 136, disponible sur : <http://www.lenoblecoran.fr/mohammed-hamidullah/>

¹¹⁷ Dr. Al Qardawi Yusuf, *Fiqh Al Zakah*, préc., p. 112.

peuvent être qu'une administration d'État¹¹⁸.

De ce qui précède, il convient de partir du questionnement suivant : Quelles solutions de droit positif pour développer un fonds *Zakât* au Maroc ?

C'est pour inciter à la création d'un fonds *Zakât* au Maroc que ces lignes sont rédigées. En bonne logique, il est opportun d'abord d'étudier les différents types d'administration contemporaine de la *Zakât* en exposant les cas du Soudan et du Kuweit (I). Ensuite, avancer les mesures nécessaires à adopter pour la réussite d'un fonds *Zakât* au Maroc (II)

I- Un système hybride de l'administration contemporaine de la Zakât

L'expérience des pays atteste de l'existence d'une administration hybride de la *Zakât*. Une collecte obligatoire par l'État tels que le Pakistan, le Soudan, l'Arabie Saoudite, le Yémen et la Malaisie. Une administration facultative de la *Zakât* comme le Kuwait, Bangladesh, le pré-1983 au Soudan et l'Algérie¹¹⁹.

➤ Cas particulier : Le Soudan

À l'exclusion de l'État Mahdiste (1881-1898) et l'époque de la colonisation anglaise (1898-1956), les lois sur la *Zakât* au Soudan sont nombreuses. En 1980, le premier fonds de la *Zakât* volontaire a vu le jour. Depuis lors, le pays a connu 4 autres lois ayant rendu la *Zakât* obligatoire. Une double imposition de la *Zakât* et impôt en 1984, une première création de la chambre de la *Zakât* en 1986, une séparation gestionnaire entre la *Zakât* et les impôts en 1990, et enfin une dernière loi en 2001 renforçant le statut de la chambre de la *Zakât* au sein de la République.

La loi de 2001 comporte 52 articles. Elle oriente l'ensemble de ses dispositions vers une définition de la chambre de la *Zakât* et ses objectifs, les normes convenues en matière de *fiqh Zakât*, dispositions financières, infractions et sanctions.

L'organisation administrative est structurée en terme régional. Une chambre fédérale de la *Zakât* constituée de 17 bureaux instaurés dans les États (wilayat). La chambre est un organisme indépendant de l'administration gouvernementale. Elle a une personnalité juridique autonome et un budget approuvé de façon annuelle¹²⁰. Elle dispose d'un droit d'édicter des règlements administratifs et financiers. La chambre de la *Zakât* dispose également d'un conseil supérieur de la *Zakât* qui représente l'autorité suprême chargée de la supervision générale via un mandat direct¹²¹. Par conséquent, le conseil vote pour les politiques et

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ Rachedi Sadia, *État des lieux et perspectives de la finance islamique en Algérie*, Mémoire de Master 2, Université de Strasbourg, 2014, p.33

¹²⁰ <http://www.zakat-sudan.org/index30d8.html?page=subject2&pid=9>

¹²¹ Art. 8 de la loi 2001 sur la *Zakât* au Soudan.

stratégies de la chambre, approuve le budget annuel et la clôture des comptes, vérifie les projets en fonction des priorités et restrictions légales, annonce le quorum annuel légal et enfin détermine les politiques et les guides des dépenses pour les différentes unités selon les circonstances¹²². D'autres comités sont instaurés en fonction du besoin. Ainsi que le montre le comité de fatwa¹²³ chargé des questions religieuses sur la *Zakât* et le comité suprême des griefs ayant pour mission de statuer irrémédiablement sur les conflits le cas échéant¹²⁴.

Aux fins d'une bonne gouvernance, la décentralisation décisionnelle et géographique permet un "*selfgovernment*" régional en matière de la *Zakât*. Ceci dit, à bon escient, le droit de regard est exercé par la chambre fédérale de la *Zakât*. Par conséquent, le conseil d'administration régional est tenu de respecter les politiques et directives émises par le conseil supérieur de la *Zakât*¹²⁵.

Au-delà de la *Zakât* collectée par les *wilayat* et à l'extérieur du pays, la chambre de la *Zakât* fonde également ses ressources sur l'aumône, don et donation, *Zakât* des personnes morales voire les fonds publics en matière de pétrole, des métaux, etc.¹²⁶. Il est possible, chiffres à l'appui, de démontrer la performance de la chambre de la *Zakât* au Soudan. Ainsi, les ressources financières de la chambre fédérale, en 2013, se divisent comme suit : 68% destinées aux pauvres et nécessiteux, 16 % aux agents chargés de la collecter, 3,5 % pour les personnes dont les cœurs sont à gagner, 5 % aux insolubles, 2,5 % à ceux qui se consacrent à la cause d'Allah¹²⁷, et enfin 0,5 % aux voyageurs¹²⁸. Il en résulte que l'absence de la catégorie du « rachat des captifs » est justifiée par la non-pratique de l'esclavage à l'époque actuelle.

L'adaptabilité des ressources à la réalisation des projets sociaux induit une rigueur dans la stratégie et politique d'action de la chambre. Les allocations diffèrent selon qu'il s'agit d'un soutien direct ou indirect. La chambre permet, à titre d'exemple, de couvrir les frais des médicaments et traitements de 2.500.000 patients au Soudan. Certains auteurs sont allés même à inciter la chambre de la *Zakât* à intégrer dans son système le service de *takaful* au profit des pauvres¹²⁹.

Le projet national pour les femmes rurales est une initiative qui a permis d'assurer l'octroi (en

¹²² Art. 8 de la loi 2001 sur la *Zakât* au Soudan

¹²³ Art. 11, *op.cit.*

¹²⁴ Art. 12, *op.cit.*

¹²⁵ Art. 14, *op.cit.*

¹²⁶ Art. 39 de la loi 2001 sur la *Zakât*.

¹²⁷ Toute forme de bien susceptible à être dépenser à édifier ou entretenir les biens publics des musulmans : mosquées, écoles, routes...

¹²⁸ El Taher Hassan Kamel, « *Mada tahqiq siassât al-massarif az-zakaia li ahdâf az-zakât* », Conférence internationale sur « État des lieux et perspectives de la *Zakât* au Soudan », Chambre de la *Zakât* et Institut des sciences de la *Zakât*, Khartoum, 3-4 mars 2015, pp. 4-7

¹²⁹ Ainsi que l'a suggéré Dr. Abdel Qader Ahmed El Tijani lors de la conférence internationale sur « État des lieux et perspectives de la *Zakât* au Soudan », *op.cit.*, p. 39

2013) des crédits sans intérêt à 2500 familles dans la limite de 2000 livres soudanaises¹³⁰. Enfin, d'autres parrainages visent aussi bien les orphelins, que les étudiants et chômeurs. L'optique, est de collaborer pour la réalisation du bien-être des soudanais.

Afin d'éviter la pression fiscale au sein du pays, la loi prévoit des avantages fiscaux en matière d'impôt sur le revenu (IR) et impôt sur les sociétés (IS). En l'occurrence, il s'agit de la déduction, réduction ou de crédit d'impôt¹³¹.

Enfin, l'appartenance de la *Zakât* aux deniers publics du Soudan implique l'applicabilité du droit pénal en cas d'infraction réalisée par les agents de la chambre¹³². Quant aux payeurs de la *Zakât*, une extorsion de la *Zakât* et/ou une pénalité de 10 % du montant de la *Zakât* peuvent être infligées à l'auteur d'une fraude, évasion « zakataire » ou refus de fournir des documents à la chambre¹³³.

➤ **Cas particulier : Kuweït**

Au Kuweït, il y a matière à classer les lois sur la *Zakât* en deux. Une première promulguée en 1982 (n° 5) et une seconde en 2006 (n° 46). S'ajoute en sus la résolution n° 58 de 2007, modifiant la loi sur la *Zakât*, et les règlements exécutifs de la *Zakât*¹³⁴.

La collecte de la *Zakât* est volontaire pour les personnes physiques, et obligatoire pour les personnes morales. À titre de précision, 1 % de la *Zakât*¹³⁵ va de pair avec les 15 % d'impôt sur les sociétés. S'ajoute, de facto, d'autres taxes, à savoir: contribution à la sécurité sociale, contribution au KFAS, et taxe de soutien à l'emploi (NLST)¹³⁶. Dès lors, en cas de non-respect des dispositions en vigueur, le pouvoir d'appréciation du juge joue, à bon escient, un rôle déterminant dans la fixation des sanctions¹³⁷.

¹³⁰ Ahmed Jamal Nayl, « *taqouim tajribat ad-da'm an-naqdi al-mobâchir* », Conférence internationale sur « État des lieux et perspectives de la *Zakât* au Soudan », *op.cit.*, p. 11

¹³¹ Art. 48 de la loi 2006 sur la *Zakât*.

¹³² Art. 45, *op.cit.*

¹³³ De l'art. 42 à l'art.44, *op.cit.*

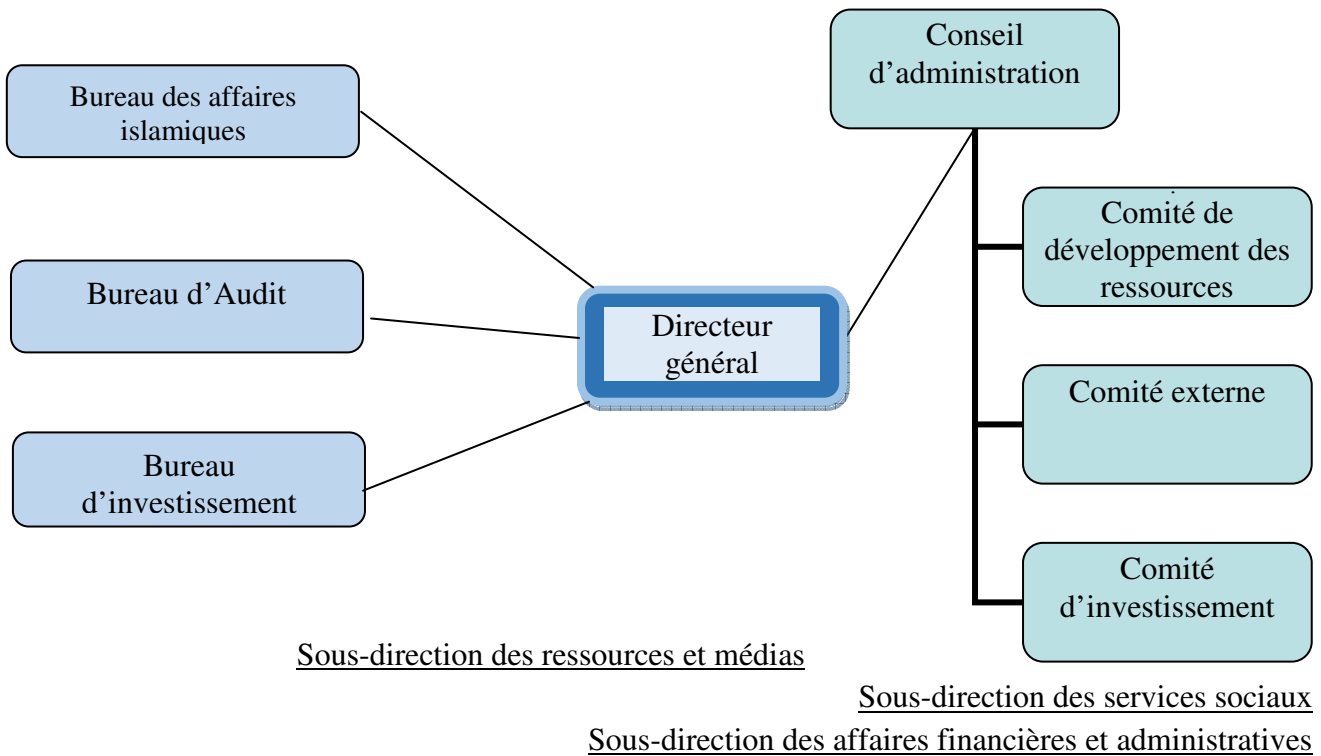
¹³⁴ <http://www.bakertillykuwait.com/Zakat-Services-Eng.asp?spid=176>

¹³⁵ <http://www.gcc-legal.org/BrowseLawOption.aspx?country=1&LawID=3282>

¹³⁶ <http://www.planet-expert.com/fr/pays/koweit/fiscalite-taux-d-imposition>

¹³⁷ Emprisonnement ne dépassant pas 3 ans et/ou une amende de 5000 dinars koweïtiens.

La structure opérationnelle de la *Zakât* au Kuweit se réalise comme suit :



Source : Kuwait Zakât House

Suite au schéma ci-dessus, il convient d'éclaircir certains points. La *Zakât House* reste sous la direction du ministre d'*Awqaf* et des affaires islamiques. Elle est protégée contre toute ingérence de gouvernement grâce à sa personnalité juridique autonome et son budget annuel. Le conseil d'administration constitue la tutelle administrative chargée de la bonne pratique et le contrôle des projets de KZH.

Les KZH sont au nombre de 5 au sein du territoire koweïtien. Les institutions publiques, autorités locales, sociétés, et enfin les subventions annuelles octroyées par l'État constituent l'origine des ressources de la KZH.

Il est judicieux de mettre l'accent sur deux aspects participant du succès de KZH : la dimension de ses projets et la qualité de ses services.

En 2014, les recettes de la KZH constituent un total de 26 014 596 Dinars Kuweïtiens (*Zakât* et aumône). Le département des statistiques et analyse des données avance un nombre de 264 projets externes fluctuant en fonction des secteurs : mosquées, centres de santé, orphelinats, écoles, etc.¹³⁸. Elle fait preuve d'une participation à côté des institutions humanitaires

¹³⁸ <http://www.zakathouse.org.kw/ar/ZHProject/Pages/International%20Projects.aspx>

internationales outre sa solidarité envers les victimes de guerre, de crises et autres situations d'urgence. En l'occurrence, il s'agit de l'Agence des nations unies pour les réfugiés (UNHCR)¹³⁹, le Comité international de la croix rouge (ICRC)¹⁴⁰, sa collaboration avec les pays du Golfe¹⁴¹ au profit des pays arabes en guerre : Liban, Syrie, etc.

Au niveau interne, son soutien s'avère également utile au regard des services sociaux : santé, éducation et l'octroi des crédits sans intérêts pour encourager l'investissement social (1 251 *Qard Hassan*¹⁴² octroyés en 2014)¹⁴³.

Aux fins de faciliter les tâches au payeur de la *Zakât*, le service électronique accorde des renseignements en matière de *fiqh Zakât*, permet le calcul diamétral de la *Zakât* qui va de pair avec l'option de la payer, faire un don, ou sponsoriser des projets. L'espace client, lui, permet au dit payeur de modifier ses données le cas échéant, percevoir les relevés des dons périodiques, et la liste des projets.

II/ Création d'un fonds *Zakât* au Maroc : Un système volontaire

Il convient de se mettre au diapason de « l'intérêt général » de la société pour créer un fonds *Zakât* au Maroc. Son administration ne pourrait être que volontaire en raison des enjeux stratégiques que représente la création d'un tel fonds. Sa mission principale consisterait en la collecte et distribution de la *Zakât* au profit des plus démunis, et son objectif serait de réaliser le bien-être social des marocains musulmans.

Afin de lutter contre les problèmes sociaux économiques du pays, le fonds *Zakât* serait tenu de collaborer à côté des organismes compétents en la matière¹⁴⁴. À titre d'exemple, l'*Initiative Nationale pour le Développement Humain* (INDH), fait preuve de succès dans le développement rural, urbain, et la lutte contre la précarité. En 2013, avec un chiffre de 3,9 Milliards de Dirhams, l'organisme a permis la réalisation de 6 227 interventions au profit de 1 277 522 personnes. Ses sources de financement sont : budget général de l'État, collectivités locales, établissements publics, coopération internationale¹⁴⁵. Parallèlement, d'autres associations n'hésitent point à ériger les principes de solidarité et entraide au Maroc. Il s'agit,

¹³⁹ Créée en 1950, l'agence a pour mandat de diriger et de coordonner l'action internationale visant à protéger les réfugiés et résoudre leurs problèmes.

¹⁴⁰ Créée en 1863, il s'agit d'une assistance aux personnes objet d'un conflit ou une situation de violence armée et fait connaître les règles qui protègent les victimes de la guerre.

¹⁴¹ <https://moneyjihad.wordpress.com/2011/04/15/kzh-spends-20-million-in-lebanon/>

¹⁴² Financement consenti à titre gratuit à une personne en contrepartie d'un remboursement à l'échéance du montant du capital prêté.

¹⁴³ http://www.zakathouse.org.kw/ar/ZHProject/Pages/projects_loc_2.aspx

¹⁴⁴ Bien qu'une réforme de droit fiscal serait une solution pertinente.

¹⁴⁵ <http://www.indh.gov.ma/index.php/fr/presentation>

entre autres, de l'Association Mouvement Twiza (AMT)¹⁴⁶, la Fondation Mohamed 5 pour la solidarité¹⁴⁷, etc.

Voici, ci-dessous, quelques pistes à la création d'un fonds *Zakât* au Maroc :

➤ **Un cadre formel dénué de souplesse**

Le fonds pourrait dépendre soit du ministère des *Habous* et des affaires islamiques soit du ministère de l'économie et des finances. Afin d'assurer le couvert du fonds contre les conflits d'intérêts, il est impératif de le protéger via une personnalité juridique et un budget autonome¹⁴⁸.

– **Fonds *Zakât* et ministère des *Habous* et des affaires islamiques**

Il est indéniable que le champ religieux relève des prérogatives du Roi de par sa qualité de « commandeur des croyants ». Dès lors, rien n'empêche d'intervenir, éventuellement, en la matière en recourant à un *Dahir* (décret royal) assortie d'une loi assortie pour la mise en place d'un conseil supérieur de la *Zakât*. Le conseil aurait un rôle de supervision et de contrôle financier. Il représenterait également une instance consultative en matière de la *Zakât*. Dès lors, des plans d'actions peuvent être mis en place à l'instigation dudit conseil. D'un strict point de vue juridique, il convient d'édicter un *Dahir* pour régir les missions et attributions du conseil, modalités et règles de fonctionnement. Certes, le conseil doit, jouir également d'une autonomie intégrale au regard du ministère des *Habous* et des affaires islamiques ou tout autre organisme.

Des comités peuvent être instaurés en fonction du besoin et des bureaux au niveau des régions, préfectures, provinces et des communes. Toutefois, la décentralisation du pouvoir doit se réaliser en conformité à la tutelle administrative qui exercerait un contrôle sur les unités régionales.

Depuis l'adoption du programme de restructuration du champ religieux en 2004 par le ministère des *Habous* et des affaires islamiques, la cadence des projets des affaires islamiques devance ceux des *Habous*. Une stratégie justifiée par les enjeux politico-religieux à l'intérieur et l'extérieur du pays¹⁴⁹. Quant à la *Zakât*, une seule *fatwa* existe en la matière. Elle date du

¹⁴⁶ <http://amtwiza.unblog.fr/>

¹⁴⁷ <http://www.fm5.ma/>

¹⁴⁸ Dr. Al Qardawi Yusuf, « Fiqh Al Zakah », *op.cit.*, p. 115.

¹⁴⁹ http://www.aktab.ma/%D8%A7%D8%B9%D8%A7%D8%AF%D8%A9-%D9%87%D9%8A%D9%83%D9%84%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%82%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%8A%D9%86%D9%8A-%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%BA%D8%B1%D8%A8-%D9%88%D8%AF%D9%88%D8%B1%D9%87-%D9%81%D9%8A-%D9%85%D8%AD%D8%A7%D8%B1%D8%A8%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B7%D8%B1%D9%81-%D8%A8%D8%AF%D9%88%D9%84-%D8%BA%D8%B1%D8%A8_a6284.html

1^{er} septembre 2010¹⁵⁰ et porte sur la possibilité de s'acquitter de *Zakât el-fitr* en espèces.

En substance, hormis une volonté politique claire, la création d'un fonds *Zakât* issu du ministère des *Habous* et des affaires islamiques ne pourrait avoir lieu.

– **Fonds *Zakât* et ministère de l'économie et des finances**

Une étude est réalisée par l'association marocaine pour les études et les recherches sur la *Zakât* (AMERZ). Il s'agit bel et bien de mettre en place un système volontaire à double reprise. D'une part, nul ne sera forcé à payer la *Zakât* au Maroc. D'autre part, la « quittance de la *Zakât* »¹⁵¹ permettra à son titulaire de bénéficier des avantages fiscaux en vigueur comme la déduction et/ou le crédit d'impôt en matière d'IS ou d'IR¹⁵².

L'exemple typique est celui d' « une société qui s'acquitte de la zakat de 2,5% sur une base « zakatisable » donnée et qui est assujettie à l'IS de 30% sur la base d'imposition. Pour le règlement de l'IS, elle imputera la zakat sur l'IS, c'est-à-dire elle n'est redevable théoriquement que de $30 - 2,5 = 27,5\%$ uniquement. ». Il en résulte une pression fiscale neutre assortie d'une satisfaction des marocains de l'acquiescement de leur obligation religieuse financière.

Virer de bord au contrôle financier, la reddition des comptes doit être transparente au point de gagner la confiance du marocain payeur de la *Zakât*. La Cour des comptes, de par son statut conféré par la constitution, demeure la seule habile¹⁵³ à exercer un tel contrôle. Une publication des résultats annuels renforcera la transparence des opérations du fonds. Et ce en visant à la fois la collecte et la distribution de la *Zakât*.

➤ **Une stratégie cohérente et opérationnelle :**

Réaliser des projets caritatifs au profit des plus démunis impose de mettre en place une bonne stratégie basée sur des plans d'action à court, à moyen et à long termes. La quantité et la différenciation des projets peuvent s'élargir ou se rétrécir en fonction des ressources et du besoin. Le conseil d'administration doit d'ailleurs faire état d'une classification objective des enjeux et des priorités selon leur importance.

Il en ressort que dans les actions à court et moyen termes, les allocations peuvent prendre la forme d'une contribution mensuelle en espèces, ou en nature au profit des familles privées de moyens de première nécessité. Ainsi, en matière d'aide alimentaire, des structures idoines

¹⁵⁰ « *Fatawa* », Comité scientifique chargée des fatwas », publications du Conseil supérieur des Oulémas, 2004-2012, p. 216

¹⁵¹ Document qui atteste l'acquiescement de la *Zakât*

¹⁵² http://www.entreprendre.ma/Les-nouvelles-pistes-pour-le-fonds-de-la-zakat_a6379.html

¹⁵³ Art. 147 de la Constitution marocaine 2011.

doivent être mises en place pour résoudre le problème de gestion d'entreposage et transport des produits agricoles. Le fonds pourrait également contribuer aux dépenses médicales dont les coûts sont exorbitants et fournir un soutien financier dans le domaine de l'éducation au profit des étudiants impécunieux.

Un plan d'action à long terme consiste à transformer les familles nécessiteuses en personnes productives payeuses à leur tour la *Zakât*. Dès lors, les contributions doivent être affectées au financement des micro-projets via le contrat de *Mudârabah*¹⁵⁴ ou l'octroi des *Qard Hasan* (crédit gratuit).

Il s'en suit qu'assurer un meilleur suivi de la performance des projets implique la notion de contrôle sur pièces et sur place. Une mission d'audit, serait ainsi assurée par le conseil d'administration. Une stratégie pertinente doit inclure également une réduction des coûts d'administration des agents travaillant pour la *Zakât*. En l'occurrence, les Hanbalites et Chafi'ites s'accordent sur un huitième de la collecte du fonds¹⁵⁵.

Enfin, suite à l'adoption des nouvelles Technologies de l'information et de la communication (NTIC), il importe de dématérialiser les procédures de paiement via la plateforme « administration en ligne » en vue de faciliter le paiement de la *Zakât* par les marocains.

¹⁵⁴ Contrat par lequel un apporteur de capital financier dit « *Rab Al Mal* », apporte l'ensemble des capitaux financiers nécessaires au projet à l'entrepreneur dit « *Mudârib* », apporteur d'un capital travail. Les bénéficiaires sont divisés en fonction du pourcentage consenti et les pertes ne sont subies que par l'apporteur du capital, sauf manquement de la part du *Mudârib*.

¹⁵⁵ Hanbali Abou Ishâq, « *al-mobdi' fi charh al-moquana'* », 2000, p. 419 ; <http://fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=FatwaId&Id=113610>

Conclusion

En guise de conclusion, le projet de fonds *Zakât* au Maroc, est pertinent par sa puissante teneur à la concordance du religieux et du socio-économique. Toutefois, l'absence des données appropriées sur les payeurs de la *Zakât* au Maroc, suspend l'avancement du présent projet. Pour prendre position, les autorités compétentes à savoir : le Haut commissariat du plan, le ministère des *Habous* et des affaires islamiques, le ministère de l'économie et des finances, voire l'association marocaine de la *Zakât* doivent à présent étudier le marché et publier les résultats au public. Il convient également d'accentuer les efforts en matière de sensibilisation pour réveiller la conscience des marocains en matière de *Zakât*. Les agents du fonds *Zakât* doivent non seulement se placer à la hauteur de la confiance et des attentes qu'ils incarnent mais aussi faire preuve de mérite via le rendement des projets sociaux. L'application du droit pénal commun en la matière demeure nécessaire pour la mise en jeu de la responsabilité pénale des agents en cas de faute intentionnelle et non-intentionnelle. En foi de quoi, le projet d'un fonds *Zakât* au Maroc doit être une initiative commune entre volonté populaire et politique.

Bibliographie :

- **Abi Ibrahîm**, Ismail « *Mokhtassar Al Mozni fi foro' ach-chafi'ia* », Dâr kotob 'ilmia, Beyrouth, Liban, 1990.

- **Abou Mohamed**, Abdel Wahab, « *At-talkîn fi fiqh mâlikî* », Vol. I, Maktaba Nizar Mostapha Al-Bâz, Arabie Saoudite, 2004.

- **Al Qardawi**, Yusuf, « *Fiqh Al Zakah* », Vol. II, Scientific Publishing Centre, King Abdulaziz University, Jeddah, Arabie Saoudite.

- **Deploige**, Simon, « *Le conflit de la morale et de la sociologie* », Revue néo-scolastique, 1906, Vol. 13.

- **El Tijani**, Abdel Qader Ahmed, lors de la conférence internationale sur « *État des lieux et perspectives de la Zakât au Soudan* », Chambre de la Zakât et Institut des sciences de la Zakât, Khartoum, 3-4 mars 2015.

- **El-Sourkhossi**, Mohamed Ibn Ahmed, « *El-Mabsout* », Vol. II et III, Dar Al maarifa, Beyrouth, 1993.

- **El Taher**, Hassan Kamel, « *Mada tahqiq siassât al-massarif az-zakaia li ahdâf az-zakât* », Conférence internationale sur « *Etat des lieux et perspectives de la Zakât au Soudan* », Chambre de la Zakât et Institut des sciences de la Zakât, Khartoum, 3-4 mars 2015.

- « *Fatawa* », Comité scientifique chargée des fatwas », publications du Conseil supérieur des Oulémas, 2004-2012.

- **Hamidullah**, Mohamed, « *Le Saint Coran et la traduction en langue française du sens de ses versets* », Version électronique.
- **Hanbali**, Abou Ishâq, « *al-mobdi' fi charh al-moquana'* », 2000.
- Sheikh Ayyub **Hassan**, « *le culte du musulman : Fiqh al-'bâdât* », éd. Tawhid, Lyon 3, France, 2002.
- **Mâlik Ibn Anas**, « *Al-modowana kobrâ* », Vol. II, Dâr Kotob 'ilmia, 1994.
- **Ibn Qudâmah**, « *Al-Moghni* », Dâr Ihyar torath al-'arabî, éd.1, 1985.
- **Nayl**, Ahmed Jamal, « *taqouim tajribat ad-da'm an-naqdi al-mobâchir* », Conférence internationale sur « *État des lieux et perspectives de la Zakât au Soudan* », Chambre de la Zakât et Institut des sciences de la Zakât, Khartoum, 3-4 mars 2015.
- **Rachedi**, Sadia, « *État des lieux et perspectives de la finance islamique en Algérie* », Mémoire de Master 2, *Université de Strasbourg*, 2014.

Sites

- <http://www.le-maroc.org/Economie.htm>
- http://www.lesechos.fr/20/01/2014/lesechos.fr/0203254362337_quand-1---de-la-population-detient-50---des-richesses-mondiales.htm
- <http://judgment-call-med.e-monsite.com/pages/page-14.html>
- <https://ribh.wordpress.com/2008/02/06/bientot-un-fonds-de-la-zakat-au-maroc/>
- <https://lepetitjri.wordpress.com/2014/01/25/la-fortune-de-85-individus-equivaut-a-50-de-la-population-mondiale-une-fatalite/>
- <http://www.aujourd'hui.ma/maroc/economie/croissance-economique-le-hcp-voit-rose-pour-le-maroc-en-2015-117694#.VT7i-9L1akq>

- http://www.hcp.ma/La-Situation-du-marche-du-travail-en-2014_a1503.html
- <http://www.afrik.com/article25284.html>
- <http://www.zakat-sudan.org/index30d8.html?page=subject2&pid=9>
- <http://www.bakertillykuwait.com/Zakat-Services-Eng.asp?spid=176>
- <http://www.gcc-legal.org/BrowseLawOption.aspx?country=1&LawID=3282>
- <http://www.planet-expert.com/fr/pays/koweit/fiscalite-taux-d-imposition>
- <http://www.zakathouse.org.kw/ar/ZHProject/Pages/International%20Projects.aspx>
- <https://moneyjihad.wordpress.com/2011/04/15/kzh-spends-20-million-in-lebanon/>
- http://www.zakathouse.org.kw/ar/ZHProject/Pages/projects_loc_2.aspx
- <http://www.indh.gov.ma/index.php/fr/presentation>
- <http://amtwiza.unblog.fr/>
- <http://www.fm5.ma/>
- http://www.aktab.ma/%D8%A7%D8%B9%D8%A7%D8%AF%D8%A9-%D9%87%D9%8A%D9%83%D9%84%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%82%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%8A%D9%86%D9%8A-%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%BA%D8%B1%D8%A8-%D9%88%D8%AF%D9%88%D8%B1%D9%87-%D9%81%D9%8A-%D9%85%D8%AD%D8%A7%D8%B1%D8%A8%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B7%D8%B1%D9%81-%D8%A8%D8%AF%D9%88%D9%84-%D8%BA%D8%B1%D8%A8_a6284.html
- http://www.entreprendre.ma/Les-nouvelles-pistes-pour-le-fonds-de-la-zakat_a6379.html
- <http://www.lenoblecoran.fr/mohammed-hamidullah/>
- <http://fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=FatwaId&Id=113610>

Textes légaux:

- Loi 1980 de la *zakât* au Soudan.
- Loi 1984 sur la double imposition *zakât* et impôt au Soudan.
- Loi de 1986 sur la création de la chambre de la *zakât* en 1986 au Soudan
- Loi 1990 sur la *zakât* au Soudan.
- Loi en 2001 renforçant le statut de la chambre de la *zakât* au sein de la République Soudanaise.
- Loi sur la *zakât* promulguée en 1982 (n° 5) au Kuweit.
- Loi sur la *zakât* de 2006 (n° 46) en Kuweit
- Constitution marocaine 2011.
- Loi de finances pour l'année budgétaire 2015 au Maroc.

cahiersfinanceislamique@misha.cnrs.fr