



UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

ÉCOLE DOCTORALE DROIT, SCIENCES POLITIQUES et HISTOIRES ED 101

Centre du droit de l'entreprise EA 3397

THÈSE

Ibrahim Zeyyad CEKICI

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : **Droit privé**

Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique

THÈSE dirigée par :

Madame Isabelle RIASSETTO, **Professeur**, Université du Luxembourg.

Monsieur Francis MESSNER, **Directeur de recherche CNRS**, Université de Strasbourg.

RAPPORTEURS :

Monsieur Thierry BONNEAU, Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris II).

Monsieur André PRÜM, Professeur, Université du Luxembourg.

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Monsieur Jean-Marc MOULIN, Professeur, Université de Caen.

Monsieur Michel STORCK, Professeur, Université de Strasbourg.

**Le cadre juridique français
des opérations de crédit islamique**

Ibrahim Zeyyad CEKICI

Sommaire

Sommaire

Remerciements

Liste des abréviations

Introduction

Partie I) Le cadre juridique général des opérations de crédit islamique

Chapitre I) La notion d'opération de crédit islamique en droit français

Section I) L'encadrement de la notion d'opération de crédit par le droit musulman

Section II) L'encadrement de la notion des opérations de crédit islamique par le droit français

Chapitre II) Le caractère onéreux des opérations de crédit islamique en droit français

Section I) L'application des régimes juridiques du « ribâ » et de l'intérêt

Section II) L'application du régime juridique du TEG aux opérations de crédit islamique

Partie II) Le cadre juridique spécial des opérations de crédit islamique

Chapitre I) Le cadre juridique français des opérations de crédit adossé à un bien

Section I) Les régimes juridiques des opérations de crédit adossées aux contrats de vente

Sous-section I) Les régimes juridiques islamiques des opérations de crédit adossées aux contrats de vente

Sous-section II) Le régime juridique français des opérations de crédit adossées à des contrats de vente

Sous-section III) Les régimes fiscaux des opérations de crédit adossé à des contrats de vente

Section II) Les régimes juridiques des opérations de crédit adossées aux contrats de louage

Chapitre II) Le cadre juridique français des opérations de crédit participatif

Section I) Le régime juridique islamique des financements participatifs

Section II) Le régime juridique français des opérations de crédit participatif

Conclusion

Glossaire

Bibliographie

Index

Annexes

Table des matières

Remerciements

Je suis très reconnaissant du soutien et de l'encouragement de ma directrice de thèse Madame Isabelle Riassetto, Professeur à l'Université du Luxembourg. Ma dette à son égard est immense parce que ses conseils, ses suggestions et ses aides ont fortement contribué à achever cette thèse.

Je remercie également M. Francis Messner, Directeur de recherche au CNRS, et M. Michel Storck, Professeur à l'Université de Strasbourg, pour leurs aides et conseils tout au long de mon cursus. Je ne peux m'empêcher d'évoquer la mise en place, parallèlement à mes études doctorales, du Diplôme d'Université de Finance Islamique, à l'École de Management de Strasbourg, grâce aux Professeurs Michel Storck et Laurent Weill, que nous avons co-dirigé de 2008 à 2001. J'ai pu alors confronter la théorie et la pratique de la finance islamique.

À cet égard, M. Anouar Hassoune, Maîtres de conférences à l'Université Paris-Dauphine et Président de Hassoune Conseils, m'a très souvent expliqué la nature de nombreux montages juridico-financiers islamiques, ainsi que la profondeur du marché de la finance islamique. Je lui suis très reconnaissant.

J'aurais encore aimé remercier de nombreuses personnes, mais la liste risque d'être très longue. Néanmoins, je me permets seulement de citer quelques uns qui m'ont non seulement encouragé, mais également apporté des éclairages très utiles. Je songe à MM. Boubkeur Adjir, Mehmet Asutay, Mohamed Boudjellal, Walid Gueriri, Abdelsattar Khouildi, Hakim Latrache, Mohamed Ould Sass, Anass Patel, Jean-Marc Riegel.

Enfin, tous les membres de ma famille m'ont apporté leur aide et soutien tout au long de mes études. Ma reconnaissance est éternelle à leur égard.

Liste des abréviations

AAOIFI : Accounting and Auditing Organisation for Islamic Finance Institutions
Art. : Article
BID : Banque islamique de développement
Bull. civ. I, II, III : Bulletin civil (de la première chambre, deuxième ou troisième chambre) de la Cour de cassation
Bull. com. : Bulletin commercial de la Cour de cassation.
C. civ. : Code civil
C. com. : Code de commerce
C. conso. : Code de la consommation
C. mon. et fin. : Code monétaire et financier
CA (Paris, Colmar, etc.) : arrêt d'une Cour d'appel
Cass. civ. 1^{ère}, 2^{ème} et 3^{ème} : arrêts des 1^{ère}, 2^{ème} et 3^{ème} chambres civiles de la Cour de cassation
Cass. com. : arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. soc. : arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation
CE : arrêts du Conseil d'État
D. : Recueil Dalloz
IFSB : Islamic Financial Services Board
IIFM : Islamic International Financial Market
IOSCO : International Organisation of Securities Committee
IRTI : Islamic Research and Training Institutions (organisme scientifique dépendant de la Banque islamique de développement)
ISRA : International Shari'ah Research Academy for Islamic Finance
JO : Journal officiel
JCP (E ou G) : Revue « La semaine juridique » édition Entreprise ou Générale
OICV : Organisation Internationale des Commissions de Valeurs
Rev. dr. banc. et fin. : Revue de droit bancaire et financier
R.T.D. com. : Revue trimestrielle de droit commerciale

À mon père

À ma mère

À mon fils

Introduction

« Dieu a permis la vente et a interdit l'usure (ribâ) »¹.

« Il ne faut pas ignorer l'océan du monde musulman dont les flots viennent jusqu'à nos rives, longtemps éloignées des siennes... On peut penser ce que l'on veut de l'Islam. L'ignorer est la première marque de mépris à son égard »².

« Le monde des affaires ne néglige jamais le sentiment religieux (quel qu'il soit) dès lors qu'il est suffisamment important pour être digne d'exploitation »³.

« Pour être compréhensible, il faut que l'autre participe de ce qui confère à l'imagination et à la sympathie propres l'espace général de leurs possibilités, sans coïncider avec leur réalité fortuite – donc, qu'il participe de cet élément commun faisant de l'autre un autre humain, un autre au sein de l'humanité : de lui seul nous attendons, mieux, nous désirons qu'il soit compréhensible. Ni dans l'étonnement devant l'étrange ni dans le désarroi devant l'inconcevable, nous ne payons tribut à la présupposition que telle chose, du moment qu'elle relève d'un événement humain, ne peut manquer d'être compréhensible. (...). Nous pressentons déjà que là aussi, dans le comprendre, « le même et l'autre » et, dans l'histoire, la répétition et l'innovation pourraient bien constituer la vérité »⁴.

1. – Construction d'un cadre juridique. Il peut paraître inadéquat, voire inopportun d'aborder la question du crédit islamique en France parce qu'il contient une connotation religieuse. Son encadrement juridique français est problématique du fait que ses fondements reposent sur le droit musulman. Deux corpus juridiques apparemment opposés, à savoir d'un côté le droit français, et de l'autre, le droit musulman, peuvent-ils contribuer de manière complémentaire à définir un cadre juridique et des régimes juridiques applicables aux opérations de crédit islamique.

Si nous saisissons parfaitement les propos de Hans Jonas, nous sommes en mesure de comprendre que la définition d'un cadre juridique est souhaitable. D'ailleurs, les deuxième et troisième citations montrent qu'un tournant juridique est envisageable parce qu'il répond non seulement à l'évolution

¹ Sourate 2, verset 275, du Coran. Nous nous appuyés sur la Traduction de M. Chiadmi, *Le Noble Coran*, Nouvelle traduction du sens de ses versets, Préface Shaykh Zakaria Seddiki, Tariq Ramadan et Shaykh Yusuf Ibram, Tawhid, 2006.

² B. Beignier, *Cours d'introduction au droit*, Montchrestien, 2007, p. 7.

³ X. Labbé, note sous Tribunal de commerce de Lille, 15 mars 2007, D. 2007, n° 35, p. 2518.

⁴ H. Jonas, *Evolution et Liberté*, Rivage Poche, Petite Bibliothèque, p. 91.

du marché bancaire islamique, mais également à la politique d'ouverture de la France à la finance islamique⁵.

L'industrie bancaire et financière islamiques était considérée, au début du siècle dernier, comme un marché de niche⁶. Elle fait partie aujourd'hui du paysage financier mondial, au regard de sa capacité à générer des revenus réguliers⁷, et de ses stratégies d'implantation⁸ qui sont étudiées non seulement

⁵ En 2008, Christine Lagarde, Ministre de l'économie, avait mis en place le Haut Comité de Place au sein duquel la Commission Finance Islamique a proposé une série de réformes (www.paris-europlace.com, visité le 23 octobre 2008). Pour encadrer, et fiscalement, et « juridiquement », les contrats de financement islamique, la dernière série d'instruction fiscale a été publiée le 24 août 2010 : Instruction fiscales, 23 juillet 2010, Direction Générale des Finances Publiques, Bulletin Officiel des Impôts, n° 78, 4/FE/S1/10 relative aux opérations de *mourabaha* ; Instruction fiscales, 4/FE/S4/10 relative aux opérations d'*istisna* ; Instruction fiscales, 4/FE/S3/10 relative aux opérations d'*ijara* ; Instruction fiscale, 4/FE/S2/10 relative aux opérations de *sukuk*.

Voir également le *Rapport d'information du Sénat fait au nom de la commission des finances, du contrôles budgétaires et des comptes économiques de la Nation sur la finance islamiques*, par Jean Arthuis, 2 octobre 2008, n° 329, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 mai 2008 ; *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Rapport remis par E. Jouini et O. Pastré à Paris Europlace, novembre 2008.

Voir aussi 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*, sous la direction de J.-P. Laramée, Préface d'A. Jachi, de H. de Charrette et Avant-propos de D. de Courcelles, Secure Finance ; G. Affaki, *La finance islamique en France : entre accueil et réforme*, Revue Banque, juin 2010, n° 725, p. 56 ; J. De Balanda et F. Bourabiat, *Fiducie et finance islamique*, in Dossier « Quel avenir pour la fudicie », Droit et patrimoine, n° 192, mai 2010, p. 84 ; I.-Z. Cekici, *La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamiques en France*, in Dossier « Problématiques autour du droit du crédit », Revue Lamy Droit des Affaires, octobre 2008, p. 120 ; I. Z. Cekici, *Développement de la finance islamique en France : les premiers de l'Administration fiscale*, Revue Lamy Droit des Affaires, février 2009, n° 35, p. 77 ; I. Z. Cekici, *Le cadre fiscal des produits bancaires et financières islamique en France*, Les Nouvelles Fiscales, Lamy, n° 1057, 1^{er} décembre 2010, p. 22 ; I.-Z. Cekici, *Le cadre juridique des opérations de crédit islamique en France*, Rev. dr. banc. et fin., mars-avril 2011, p. 31 ; I. Z. Cekici et A. Ladlami, *Sukuk : le régime de droit musulman et les régimes fiscaux européens*, in dossier La Finance Islamique, Le Journal des Sociétés, Juin 2010, n° 77, p. 39 ; J.-M. Moulin, *Principes et moyens de la finance islamique*, Dossier « La Finance Islamique », Journal des Sociétés, juin 2010, n° 77 ; G. Saint-Marc, *Le droit français est-il compatible avec la finance islamique ?*, Revue Banque, n° 703, juin 2008, p. 60. G. Saint-Marc, *La finance islamique : une alternative pour financer l'économie française*, Bull. Joly Bourse, Mars-Avril 2009, p. 153 ; C.-J. Serhal, *La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français*, Banque et droit, n° 106, mars-avril 2006, p. 39 ; C.-J. Serhal, *Les prêts participatifs à l'heure de la finance islamique*, Banque Stratégie, novembre 2007 ; C.-J. Serhal et I.-Z. Cekici, *L'application du taux effectif global aux contrats de financements islamiques*, Banque et Droit, n° 126, juillet-août 2009, p. 3 ; N. Mathy, *La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire*, Rev. dr. banc. et fin., mars-avril 2012, in Dossier « Les nouveaux déterminants de la finance (1^{ère} partie) », n° 2, p. 81 ; G. Parléani, *Regards pragmatiques sur la finance islamique*, Rev. dr. banc. et fin., mars-avril 2012, in Dossier « Les nouveaux déterminants de la finance (1^{ère} partie) », p. 76-81 ; M. Storck et I. Z. Cekici, *Les sukuk : régime de droit musulman et de droit français*, Rev. dr. banc. et fin., mars-avril 2011, p. 38 ; M. Storck et I. Z. Cekici, *Questions-réponses de l'AMF sur l'élaboration des prospectus sukuk et les modalités pratiques d'obtention d'un visa en vue de l'admission sur un marché réglementé*, Bulletin Joly Bourse, janvier 2011, n° 1, p. 43 à 46.

⁶ Standard & Poor's, *Creating Sharia-Compliant Equity Indexes*, Alka Banerjee, Research, November 2006.

⁷ Gulf News, *Global Islamic Finance set to double by 2015*, says S&P, 21 septembre 2012 : « S&P (Standard & Poor's) expects the \$1 trillion global Islamic Dinance industry to grow 20 per cet over 2011 – 2015, doubling in size over the period ».

⁸ Islamic Financial Services Board & Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank Group, *Islamic Finance and Global Financial Stability*, Report, April 2010 ; voir aussi le rapport publié par les mêmes organismes : *Ten-Years Framework and Strategies*, Report, 2008, (www.isdb.org) ; Standars & Poor's, *Islamic Finance, Outlook 2008* ; T. Beck, A. Demirgüç-Kunt, O. Merrouche, *Islamic vs. Conventional Banking : Business Model, Efficiency and Stability*, Policy Resarch Paper, The World Bank, Development Research Group, October 2010.

dans de nombreux pays européens qui tentent de lui offrir un cadre propice à son développement⁹, mais également, dans d'autres États qui ont déjà un cadre juridique, plus ou moins approprié aux produits bancaires islamiques. C'est par exemple le cas du Royaume-Uni¹⁰, du Liban¹¹, de l'Égypte¹², de la Turquie¹³, de la Malaisie¹⁴, et des États du Golfe persique¹⁵.

Selon l'agence de notation Moody's, le positionnement des banques islamiques est actuellement un positionnement long-termiste¹⁶, point sur lequel d'autres spécialistes s'accordent¹⁷. Au regard de ses caractéristiques et de ses chiffres, elle apporterait une plus-value tant économique que sociale puisque ses principes de base sont « sains »¹⁸.

La construction d'un cadre juridique français dédié à la finance islamique est, en réalité, tributaire de la détermination des contours de ce cadre. Si ces contours sont figés, la construction risque de s'arrêter à un stade insuffisant. En revanche, si ce cadre se fixe sur des règles juridiques claires et précises, ses fondements seraient suffisamment solides pour définir les règles applicables aux opérations de banques islamiques, dont les crédits sans intérêt. Bien que ce cadre soit soumis à des contraintes religieuses, culturelles, politiques et économiques, il est plus ou moins bien accueilli sur le territoire français.

⁹ R. Wilson, *Islamic finance in Europe*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Policy papers n° 2007/02, European University Institute, Florence, p. 10 ; voir aussi Financial Services Authority, *Islamic finance in the UK: Regulation and Challenges*, Rapport, Novembre 2007 (http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/islamic_finance.pdf) ; *Finance islamique et immobilier en France, Comprendre pour agir*, Livre blanc publié par DTZ Asset Management et Norton Rose, 2010.

¹⁰ Financial Services Authority, 27 avril 2006, *Home Reversions and Islamic Mortgages get new consumer protections*, www.fsa.gov.uk/Pages/Library/Communication.

¹¹ L'article 3 de la Loi libanaise du 11 février 2004, n° 575/2004, relative « à la constitution des banques islamiques » prévoit que les banques islamiques effectuent « tous services et opérations bancaires, commerciales, financières et d'investissements dont la constitution de société et la participation dans des projets existants ou en voie de constitution ».

¹² Loi n° 48-1977, JO, n° 35, 3 septembre 1977, p. 3928.

¹³ Loi n° 5411 du 19 octobre 2005, JO, 1^{er} octobre 2005, p. 25983. Avec la Loi n° 83/7506, du 16 décembre 1983, la Turquie nomma les banques islamiques comme étant des « sociétés financières spécialisées » (« *Özel Finans Kurumlari* ») qui sont maintenant appelées des « banques participatives » (« *Katilim Bankalari* »). Cette loi de 2005 a été complétée par un Décret du 1^{er} octobre 2006, JO, p. 26333, qui expose les nouveaux produits bancaires et les risques afférents.

¹⁴ Islamic Banking Act, 9 mars 1983, n° 276, JO 10 mars 1983.

¹⁵ Pour le Koweït, cf. la Loi n° 32-1968 ; pour la Jordanie, cf. la Loi n° 13-1978 et Loi n° 28-2000, JO 1/8/2000, art 50-59, pour Bahreïn, cf. le Décret n° 2-1979, au Qatar, cf. la Loi n° 45-1982, au Yémen, cf. la Loi du 3 juillet 1996, n° 21-1996 ; aux Émirats Arabes Unis, cf. la Loi fédérale du 9 décembre 1985, n° 6-1985.

¹⁶ Moody's Global Banking, *Islamic Banks – Their Strategies and Ratings*, Special Comment, May 2009.

¹⁷ Financial Times, *Credit Crunch may test industry beliefs*, 5 mai 2009 : « *While the conventional financial system is buckling under a mountain of debt and financial wizardry gone awry, Islamic finance has appeared relatively robust* ».

2. – Les pouvoirs publics français et la finance islamique. Si le phénomène de la finance islamique a attiré l'attention des pouvoirs publics français à partir de l'année 2007, la première mention officielle se trouve dans le rapport d'information du Sénat sur les fonds souverains¹⁹, ce qui a conduit par la suite à la tenue, dans cette assemblée, en mai 2008, une table ronde sur la finance islamique. Le rapport d'information, publié par la suite, nous informe que « *si la finance islamique s'est historiquement développée dans les pays de tradition musulmane, et reste encore aujourd'hui très concentrée dans le Golfe persique et en Asie du Sud-Est, elle s'exporte aux Etats-Unis et en Europe suite à la très forte augmentation du prix du pétrole de ces dernières années. En effet, l'excès de liquidités en provenance des monarchies du Golfe a, en partie, afflué vers les grandes places financières mondiales, suscitant ainsi un intérêt croissant pour ce système économique basé sur le Coran et la Sunna*²⁰ »²¹. Ce même rapport effectuait également le constat, « *paradoxal* », qu'il existe, d'une part, une inertie des pouvoirs publics français par rapport à leurs homologues britanniques et, d'autre part, une absence de prise en compte des aspirations religieuses en matière bancaire des cinq millions de musulmans vivant en France²². Pour le rapporteur, le développement de la finance islamique ne se heurterait pas à des obstacles juridiques et fiscaux insurmontables : « *les différents exposés ont notamment montré : d'une part, que le droit positif permettait de créer et de distribuer des produits compatibles avec la loi coranique, comme par exemple la création d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières répondant aux critères de la finance islamique ; et d'autre part, que certains dispositifs juridiques et fiscaux français existants étaient, dans leur mécanisme, proches des principes requis par la finance islamique. A l'issue des tables rondes, il est apparu que la question de la réduction des frottements juridiques et fiscaux pouvait*

¹⁸ Bloomberg, *Le vatican : la finance islamique pourrait aider les banques occidentales en crise*, 6 mars 2007 : Le Vatican reconnaît aussi que les principes de la finance islamique peuvent apporter la confiance aux marchés occidentaux après la crise financière. Le Pape avait prévu de les intégrer dans ses encycliques.

¹⁹ Sénat, *Le nouvel « âge d'or » des fonds souverains au Moyen-Orient*, Rapport d'information de MM. Jean Arthuis, Philippe Marini, Aymeric de Montesquiou, Philippe Adnot, Michel Moreigne et Philippe Dallier, fait au nom de la commission des finances, n° 33, 17 octobre 2007.

²⁰ La « *Sounna* » désigne la Tradition du Prophète Mohamed, à qui le Coran a été révélé de 610 à 633 après Jésus-Christ : pour plus de détail, voir W. Al-Zuhayli, *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence* (« *Al-Fiqh Al-islami wa Adillatuh* »), Dar Al-Fikr, Damas, 2001, Tome 1, p. 10 à 45.

²¹ Rapport d'information du Sénat fait au nom de la commission des finances, du contrôles budgétaires et des comptes économiques de la Nation sur la finance islamiques par Jean Arthuis, 2 octobre 2008, n° 329, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 mai 2008, p. 7.

²² Ibidem, p. 8 : « *si l'on constate que la plupart des groupes bancaires français ont ouvert des filiales spécialisées sur le créneau de la finance islamique au Moyen Orient afin de profiter de cette source de liquidités, leur activité sur le territoire national dans ce domaine est plus que balbutiante. Votre commission note toutefois une initiative intéressante et récente sur l'île de la Réunion, dont il conviendra à moyen terme de faire le bilan* ».

être traitée par des réformes simples, non nécessairement d'ordre législatif»²³. S'en suivra l'adoption d'une série de textes pour délimiter, timidement, le cadre juridique français des opérations bancaires et financières islamiques.

3. – Encadrement de la finance islamique par les textes français. Les institutions financières islamiques proposent une panoplie de produits allant des opérations de banques classiques²⁴ (comptes bancaires, dépôts, crédits, et instruments de paiement) jusqu'aux instruments financiers comme les titres de capital ou les certificats d'investissement appelés « *sukuk* » (pl. de « *sak* »)²⁵.

Ces opérations se fondent sur l'une ou l'autre catégorie de contrat de droit musulman : contrat de société (*mousharaka* ou *moudaraba*), contrat de location (*ijara*), contrat de vente (*mourabaha*, *tawarouq*, *salam*, ou *istisna*), structurées notamment par le biais du contrat de mandat (*wakala*), voire du contrat de cession de dette (*hawala*), ou encore via un contrat de sûreté réelle (*rahn*) ou de sûreté personnelle (*kafala*)²⁶. Ces contrats structurent en définitif des opérations bancaires et financières dépourvues de « *ribâ* », c'est-à-dire d'intérêt.

Le rapport du Sénat indique que les autorités publiques pourraient s'investir de manière plus ou moins intense selon la nature des activités bancaires islamiques : « *s'agissant de la banque de financement et d'investissement, nous sommes prêts à mener toutes les adaptations réglementaires et fiscales nécessaires pour lui permettre d'être en conformité avec les principes du Coran, à*

²³ Ibidem., p. 10.

²⁴ Il existe un organisme islamique qui a publié les règles islamiques applicables en matière d'activité, de produits et de services bancaires et financiers islamiques. Il porte le nom d'Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (ci-après AAOIFI, voir www.aaofii.com) qui a publié quarante-et-un standard Charia. Nous allons retenir les suivants : Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institution, Sharia Standard, n° 1, *Trading in currencies* ; Sharia Standard, n° 3, *Default on payment by a debtor* ; Sharia Standard, n° 8, *Murabaha to the Purchase Orderer* ; Sharia Standard, n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek* ; n° 10, *Salam and Parallel Salam* ; Shari'a Standard, n° 12, *Partnership (Musharaka) and Modern Companies* ; Sharia Standard, n° 13, *Mudaraba* ; Sharia Standard, n° 24, *Syndicated Financing* ; Sharia Standard, n° 28, *Banking Services in Islamic Banks* ; Sharia Standard n° 30, *Monetization (Tawarruq)*.

Un autre organisme international a publié les normes prudentielles. Il s'agit de l'Islamic Financial Services Board (ci-dessous IFSB), *Capital Adequacy Standard for Institutions (other than insurance institutions) Offering Only Islamic Financial Services*, December 2005.

²⁵ IFSB, *Capital Adequacy Requirements for Sukuk Securitizations and Real Estate Investment*, Exposure Draft, December 2007 ; Moody's Global Banking, International Structured Finance, *Global sukuk issuance: 2008 slowdown mainly due to credit crisis, but some impact from Shari'ah compliance issues*, Special Report, January 2009 ; M. Imran Usmani, *Fixed income securities: a Shari'ah perspective*, Islamic Finance Review, 2008-2009, Euromoney, p. 1 ; M. Storck et I. Z. Cekici, *Les sukuk : régime de droit musulman et de droit français*, art. préc. p. 38 ; M. Storck et I. Z. Cekici, *Questions-réponses de l'AMF sur l'élaboration des prospectus sukuk et les modalités pratiques d'obtention d'un visa en vue de l'admission sur un marché réglementé*, art. préc., n° 1, p. 43 à 46 ; I. Z. Cekici et A. Ladlami, *Sukuk : le régime de droit musulman et les régimes fiscaux européens*, art. préc., p. 39.

²⁶ Voir Annexe II, *Les différents contrats sous-jacents des services et produits bancaires et financiers islamique*.

condition que le principe de neutralité soit respecté. Autrement dit, les adaptations mises en place ne doivent pas se traduire par des avantages donnés aux produits de la finance islamique au détriment des autres relevant de la finance conventionnelle. Par exemple, pour les opérations de financement immobilier qui reposent sur une double transaction, nous sommes en train d'étudier, avec la [Direction de la Législation Fiscale], la manière de supprimer ou de réduire les frottements fiscaux qui existent. Nous ne sommes pas certains que la solution en la matière passera par une loi. Il est tout à fait possible, en effet, qu'elle réside dans une instruction fiscale »²⁷. Puisque l'éventualité de l'adoption d'une loi est soigneusement écartée, la Direction Générale du Trésor et de la Politique Économique a publié quatre instructions fiscales qui encadrent aujourd'hui huit sortes de techniques de financement islamiques²⁸. Avant la publication de ces instructions, l'Autorité des marchés financiers publia ses positions en ce qui concerne d'une part les fonds islamiques²⁹, et d'autre part, les titres financiers islamiques appelés « *sukuk* »³⁰.

²⁷ Propos de Thierry Francq, Chef du service du financement de l'économie à la direction générale du Trésor et de la politique économique, *in* rapport d'information du Sénat préc., p. 45.

²⁸ Voir supra, note n° 5.

²⁹ Autorité des marchés financiers, *Critères extra financiers de sélections de titres : cas des OPCVM se déclarant conforme à la loi islamique*, 17 juillet 2007.

³⁰ Autorité des marchés financiers, *Admission aux négociations d'obligations islamiques (sukuk) sur un marché réglementé français*, 2 juillet 2008.

| | Loi et texte de nature législative ou réglementaire | Doctrine administrative | Décision de justice | Autres textes |
|-------------------------------|--|--------------------------------|--|--|
| <i>Mouharaka</i> | Néant | Néant | Néant | Néant |
| <i>Moudaraba</i> | Néant | Néant | Néant | Néant |
| <i>Mourabaha</i> | Néant | Instruction fiscale | Néant | Néant |
| <i>Tawarouq</i> | Néant | Instruction fiscale | Néant | Néant |
| <i>Salam</i> | Néant | Néant | Néant | Néant |
| <i>Istisna</i> | | Instruction fiscale | Néant | Néant |
| <i>Ijara et ses variantes</i> | Néant | Instruction fiscale | Néant | Néant |
| Fonds d'investissement | Néant | Néant | Néant | Note de l'Autorité des marchés financiers |
| <i>Sukuk</i> | Néant | Instruction fiscale | Décision du Conseil constitutionnel | Note de l'Autorité des marchés financiers |

Tableau des textes et des décisions de justice régissant les produits bancaires et financiers en France
(Source : Auteur)

Le constat est donc qu'il n'existe pas de textes de nature législative et réglementaire pour les techniques bancaires et financières islamiques, ce qui ne permettrait pas de fixer un véritable cadre juridique. En fait, il ne serait pas aisé de définir des régimes juridiques clairs et précis. Si cela peut nourrir un sentiment d'insécurité juridique, existe-t-il un degré de compatibilité suffisant pour accepter la distribution des produits bancaires islamiques ? En fait, le droit positif français pourrait-il les régir sans l'intervention du Législateur ?

Forte heureusement, il existe des dispositions législatives et réglementaires suffisamment précises, et flexibles, pour que le droit positif français régit les activités bancaires islamiques qui peuvent être exercées soit par une banque islamique, soit par une banque « conventionnelle »³¹. En réalité, la flexibilité tant du droit musulman, qui n'a pas d'attache territoriale que du droit français, a permis d'arriver à des points de convergence, révélateurs d'une porosité « souhaitée » entre les deux systèmes juridiques. Les efforts de la France répondent à l'évolution de cette industrie malgré une origine récente.

4. – Origine de la finance islamique. Pourquoi importe-t-il d'accoler l'adjectif « islamique » aux termes « banque » et « finance » alors que ce n'est pas le cas des adjectifs « chrétien », « juif », ou encore « bouddhiste » ? Bien que l'investissement socialement responsable et la finance éthique soient mieux connus, la finance religieuse, ou « *faith-based finance* »³², est devenue un phénomène remarqué³³.

Un des traits marquant de la finance islamique est qu'elle ne transige pas avec la prohibition de l'intérêt contrairement aux autres finances religieuses. Cette intransigeance reflèterait-elle un attachement plus prononcé des musulmans aux préceptes de leur religion, et ce, parce que la finance islamique se détacherait radicalement des conceptions économiques actuelles ? Quand bien même ce serait vrai, il ne faut pas perdre de vue que le banquier islamique joue le même rôle que n'importe quel autre banquier³⁴ bien qu'il ne perçoive pas d'intérêt³⁵.

³¹ Les banques non islamiques sont dénommées « banques conventionnelles » par les spécialistes de la finance islamique.

³² I. Riassetto, *Fonds éthiques et sociétés commerciales*, in Mélanges Dominique Schmidt, Joly éditions, p. 399 à 423 ; voir pour un rapprochement entre la finance islamique et la finance éthique, Novethic, *Finance islamique et ISR : convergence possible ?* Note de Travail, mai 2009 ; *La finance éthique et la finance islamique*, Dossier, Les Cahiers de la Finance Islamique, Ecole de Management de Strasbourg, Université de Strasbourg.

³³ *Religions et croissance*, in La documentation française, 14 septembre 2005, p. 21.

³⁴ Ph. Delebecque et M. Germain, *Traité de droit commercial*, G. Ripert et R ; Roblot, sous la dir. de Michel Germain, Tome 2, effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives, L.G.D.J., 17^{ème} édition, n° 2216 : « le banquier est un commerçant qui spéculé sur l'argent et le crédit. Il ne contribue pas directement à la production, à la circulation ou la distribution des richesses, mais il aide les industriels et les commerçants dans leur exploitation. Ce sont des auxiliaires, dont le concours est devenu indispensable et qui exercent aujourd'hui une influence de premier plan dans tous les secteurs de la vie économique (...) Le Code de commerce (art. L. 110-1) répute acte de commerce « toute opération de change, banque et courtage ». Les banquiers sont donc des commerçants ».

³⁵ Voir aussi *La finance islamique : l'autre finance*, Centre français de droit comparé, volume 11, Avant-propos de Jacques Robert, Paris, 2009.

Si la naissance de la première institution financière islamique remonte à 1956 en Malaisie, mise en place pour financer le pèlerinage à la Mecque, ce n'est qu'en 1963, en Égypte, une véritable société de financement a vu le jour. Ahmed Al Naggar a créé la Mit Ghamr Saving Bank qui proposait des comptes épargnes fondés sur le principe du partage des profits et des pertes (3P), principe qui remplaça la stipulation de l'intérêt³⁶. Cette institution eut un grand succès populaire en accueillant un million de clients sur cinq ans³⁷.

Par la suite, l'Organisation de la Conférence Islamique³⁸ lança l'idée d'une banque islamique inter-gouvernementale. Elle mit en place la Banque Islamique de Développement (BID) en 1975³⁹.

S'ensuit une série d'implantations d'autres banques, d'initiative privée cette fois-ci, comme la Dubaï Islamic Bank, Al Baraka, Al Rajhi Bank, Kuwait Finance House, Qatar Islamic Bank ou encore la Bahreïn Islamic Bank.

La finance islamique ne représente, à ce jour, que deux à cinq pour cent de la finance conventionnelle bien qu'elle réalise un taux de croissance entre 15 et 30% depuis plus de deux décennies avec des actifs évalués à 1000 milliards de dollars en 2011⁴⁰, et susceptibles d'atteindre 1800 milliards fin 2013⁴¹.

5. – Évolution de la finance islamique. La croissance de ce secteur entre 2006 et 2010 était de 23,8%. En 2009, il était de 28,6% avec 822 milliards, mais seulement de 8,85%, en 2010, du fait de l'impact de la crise et de la baisse du dollar, ce qui représentait environ 895 milliards de dollar. Sur cette période de cinq ans, les institutions financières islamiques ont continué à distribuer des profits à double chiffre. Les potentialités de croissance sont encore considérables puisque la population

³⁶ *Ten-Years Framework and Strategies*, A joint initiative of the Islamic Financial Services Board & Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank Group, p. 30 : « *In contemporary times, the Islamic non-bank and Micro-finance Institutions (INBMFIs) have played a pioneering role in introducing the practices of Islamic finance. In 1962, Tabung Haji Malaysia started its operations. During 1961-1964 period, Islamic saving associations were introduced in Mitghamr, Egypt. The Nasser Social Bank Egypt was established in 1971* » ; I. Karich, *Finances et Islam*, Éditions Le Savoir, Bruxelles, 2004, p. 14-18 ; B. Kettel, *Introduction to Islamic Banking and Finance*, Brian Kettel, édité par Diane Evans, Bradford, United Kingdom et imprimé par Printheus, Northampton, 2008, p. 9-15.

³⁷ M. Ruimy, *La finance islamique*, Arnaud Franel Éditions, 2008, p. 30.

³⁸ <http://www.oic-oci.org/home.asp>.

³⁹ www.isdb.org.

⁴⁰ *The Banker, Top 500 Islamic Financial Institutions*, <http://www.thebanker.com/Markets/Islamic-Finance/Top-500-Islamic-Financial-Institutions2>.

⁴¹ Paul McNamara, *Challenging the Banking 'Fat Cats'*, in *The Raconteur*, Special Issue, The Times, Islamic Finance Council and UKIFS : *Islamic Finance*, 16/04/2013, p. 3.

musulmane représente environ 25% de la population mondiale bien que leur Produit Intérieur Brut (PIB) ne représente que 10%⁴².

L'accroissement du nombre d'institutions financières islamiques illustre quelque peu les estimations. Il en existait plus de six cents en 2010⁴³. Par exemple, l'Islamic Bank of Britain a commencé ses activités en 2004⁴⁴. Il en était de même pour l'European House Finance⁴⁵. Ces institutions ont été agréées par l'autorité de surveillance britannique (*Financial Services Authority*)⁴⁶. The Banker a dénombré la création de 78 nouvelles institutions financières islamiques en 2007, 51 en 2008, 18 (dont 6 fenêtres islamiques) en 2009. Ces implantations concernaient surtout les pays en développement (Maldives, Ethiopie, Kenya, Tanzanie, Uganda, Djibouti, Mauritanie, Sri Lanka, Tunisie, etc.). Dans les pays émergents faisant parties du G20 (Arabie Saoudite, Turquie et Indonésie), la tendance est à l'extension des structures existantes sur de nouveaux domaines d'activité classiquement réservés aux établissements bancaires et financiers conventionnels. Ainsi, il a été observé des transformations de banques conventionnelles en banques islamiques⁴⁷.

Sur le terrain de la production législative, de nombreux États de confession musulmane ont légiféré depuis plus de 20 ans. C'est le cas de la Turquie, du Pakistan, du Soudan, de l'Iran, du Liban, de la Malaisie, de l'Indonésie, du Maroc, de la Tunisie, de l'Égypte et des pays du Golfe⁴⁸. Certains États non musulmans ont reconnu les principes de fonctionnement de la banque islamique à l'instar de la Grande-Bretagne, de la France, du Luxembourg ; et d'autres ont commencé à s'y intéresser comme le Japon, le Danemark, la Chine, l'Espagne, l'Australie. Cependant, les actifs islamiques se logent principalement dans les pays musulmans au regard du classement établi par The Banker.

⁴² The Banker, dossier préc.

⁴³ Idem.

⁴⁴ C-J. Serhal, *La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français*, art. préc. p. 39 : « L'IBB (*Islamic Bank of Britain*) est un projet pilote » ; voir le site www.ibb.com.

⁴⁵ <http://www.custommedia.co.uk/efh/index.asp>.

⁴⁶ Financial Services Authority, Rapport préc., p. 24 : « *The whole Islamic finance activities offered 25 or so firms active in London, including the two wholly Islamic banks, range from traditional banking activities and project and trade financing to structured products, asset management and private banking. The number of firms involved is growing* ».

⁴⁷ Comme l'Industrial Development Bank en Jordanie issue de la coopération de la Dubaï Islamic Bank et de la Jordan Dubaï Capital (The Banker, dossier préc).

⁴⁸ Voir supra, n° 1, notes 13 à 15.

| TOP 25 COUNTRIES BY SHARIA-COMPLIANT ASSETS | | |
|---|----------------------|-------------------------------|
| Rank | Country | Sharia-compliant assets (\$m) |
| 1 | Iran | 314,897.4 |
| 2 | Saudi Arabia | 138,238.5 |
| 3 | Malaysia | 102,639.4 |
| 4 | United Arab Emirates | 85,622.6 |
| 5 | Kuwait | 69,088.8 |
| 6 | Bahrain | 44,858.3 |
| 7 | Qatar | 34,676.0 |
| 8 | Turkey | 22,561.3 |
| 9 | UK | 18,949.0 |
| 10 | Bangladesh | 9365.5 |
| 11 | Sudan | 9259.8 |
| 12 | Egypt | 7227.7 |
| 13 | Indonesia | 7222.2 |
| 14 | Pakistan | 6203.1 |
| 15 | Syria | 5527.7 |
| 16 | Jordan | 5042.4 |
| 17 | Brunei | 3314.7 |
| 18 | Yemen | 2338.7 |
| 19 | Thailand | 1360.8 |
| 20 | Algeria | 1015.1 |
| 21 | Mauritius | 992.2 |
| 22 | Switzerland | 935.5 |
| 23 | Tunisia | 770.1 |
| 24 | Singapore | 725.0 |
| 25 | Palestine | 612.5 |

Source: The Banker 13

Source : The Banker, Classement 2010 des pays détenant des actifs islamiques⁴⁹.

6. – Croissance importante du marché des « sukuk ». Parmi les données pertinentes fournies par le magazine The Banker, nous pouvons noter que le marché des *sukuk* croît à un rythme très important : une croissance de 30 à 35% par an, dont les trois quarts ont été émis par des sociétés commerciales et le quart par des États. L'International Islamic Financial Market (ci-après IIFM) a estimé ce marché à 136 milliards de dollars au 30 juin 2009 alors qu'en 2001, leur volume était seulement d'un milliard de dollars, passant par 30 milliards en 2007⁵⁰.

En France, le Crédit Agricole a annoncé, en 2010, une émission de deux ou trois *sukuk*, pour un montant susceptible d'atteindre 2,1 milliards d'euros⁵¹.

Ces produits sont essentiellement adossés aux contrats de *moudaraba* et de *mousharaka* (contrats de société) et d'*ijara* (contrat de location), ce dernier étant de plus en plus utilisé.

⁴⁹ The Banker, *Top 500 Islamic Financial Institutions*, <http://www.thebanker.com/Markets/Islamic-Finance/Top-500-Islamic-Financial-Institutions2>.

⁵⁰ International Islamic Financial Market, *Sukuk Report, A Comprehensive Study of International Sukuk Market*, 1st Edition, 2010, p. 12.

⁵¹ L'AGEFI Quotidien, 12 octobre 2010.

7. – Fonds islamiques. Selon le rapport de l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (ci-après OICV), il existait environ 350 fonds islamiques en 2005, et 650 fonds en 2008, qui ont géré plus de 40 milliards⁵², alors qu'il n'y aurait eu que 350 en 2009 selon une autre étude⁵³.

L'OICV a précisé que 6% des fonds ont investi en *sukuk*, 52% en actions, 18% dans les sociétés de capital-risque et dans l'immobilier, 13% dans les matières premières grâce au contrat de *mourabaha*, 8% dans divers fonds actions et 4% dans les fonds adossés à la *ijara*.

8. – Un marché en attente de la levée d'obstacles. Néanmoins, les produits bancaires et financiers ne sont pas à la portée de tout le monde, notamment des particuliers, parce qu'ils présentent des inconvénients que l'on peut classer de la manière suivante : premièrement, le coût des opérations islamiques est encore élevé, ce qui a permis à M. El Gamal de parler de « *cost of being muslim* »⁵⁴ (coût d'être musulman) ou de « *faith tax* » (taxe de la foi) par The Banker⁵⁵. Ce coût s'accompagne, deuxièmement, d'un manque de ressources humaines⁵⁶ alors même que des conférences et des formations (professionnelles et universitaires) se développent dans tous les pays. Troisièmement, la gestion des liquidités n'est pas optimale bien que l'IFSB a établi un « Memorandum of Participation » pour établir l'International Islamic Liquidity Management Corporation, et la création au Pakistan de l'Islamic Interbank Money Market qui se fonde sur les contrats de société (*mousharaka*) et de mandat de gestion (*wakala*) en offrant un « *Islamic Interbank Offered Rate* »⁵⁷. Cette initiative a conduit Reuters à lancer, en 2011, un autre taux de profit islamique appelé « *Islamic Interbank Benchmark Rate* » suite à la mise en place d'un consortium de seize banques islamiques et de départements dédiés à la finance islamique des banques conventionnelles⁵⁸. Enfin,

⁵² International Organization of Securities Commissions, *Analysis of the application of IOSCO's objectives and principles of securities regulation for Islamic Securities Products*, International Organization of Securities Commissions, Report, September 2008.

⁵³ Mathieu Vasseux, *The next chapter in islamic finance, Higher rewards but higher risks*, Oliver Wyman, 2009, p. 19 – 21.

⁵⁴ M. El-Gamal, *Incoherence of contract-based islamic financial jurisprudence in the age of financial engineering*, Rice University, May 2007, <http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html> (visité le 7 octobre 2008), p. 6.

⁵⁵ The Banker, dossier préc.

⁵⁶ *Ten-Years Framework and Strategies*, A joint initiative of the Islamic Financial Services Board & Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank Group, préc., p. 23 – 24.

⁵⁷ The Banker, dossier préc.

⁵⁸ http://thomsonreuters.com/products_services/financial/islamic_interbank_benchmark_rate/ : « *IIBR addresses a source of tension within the Islamic finance industry, which is estimated to have reached \$1 trillion in assets: Islam forbids the use of interest in any transaction, but the industry has long used the London Interbank Offered Rate (LIBOR), a system of interest rates, as a benchmark in the absence of sharia-compliant alternatives. The new system is based on the rate of return on capital used by Islamic banks, representing the average profit rate at which bids are made for sharia-compliant interbank transactions, such as murabaha and wakala deals, between top Islamic financial*

quatrièmement, les institutions financières islamiques se meuvent dans des environnements juridiques qui ne sont pas toujours adaptés à leurs activités.

9. – Régulation de la finance islamique. L'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV) a publié, en septembre 2008, une étude sur la régulation des titres financiers islamiques⁵⁹. Elle fait suite à un rapport initial datant de juin 2004 sur les marchés de capitaux islamiques⁶⁰. Elle indiquait d'emblée qu'il n'existait pas une approche uniforme des marchés de capitaux islamiques, et que cela n'était pas en soi problématique car des différences en matière de régulation existent sur les différents marchés de capitaux. Son objectif est plutôt d'échanger des informations afin de favoriser une coopération entre les autorités de régulation. D'ailleurs, des membres des autorités de surveillance du Royaume-Uni, de la France, d'Australie, de Bahreïn, de Jordanie, de Malaisie, de l'Afrique du Sud, de Dubaï et des États-Unis ont contribué à la rédaction du rapport⁶¹.

Les objectifs de ce rapport, qui s'inscrit dans le cadre du programme d'évaluation du secteur financier de Fonds Monétaire International et de la Banque Mondiale, sont décrits par un ensemble de trente principes et de douze standards relatifs au secteur financier. En réalité, la diversité des standards internationaux conduit à une application différente des normes relatives à la comptabilité financière : certains estiment que ce sont les standards IAS/IFRS qui doivent s'appliquer aux établissements financiers islamiques – position de l'OICV en proposant des aménagements – et, d'autres suggèrent l'application d'une comptabilité spécifique de sorte que les standards de l'AAOIFI deviennent obligatoires. C'est le cas par exemple à Bahreïn, à Dubaï, en Syrie, au Soudan et au Qatar, alors que la Malaisie et le Pakistan en font une base de leur comptabilité nationale.

institutions. Murabaha is a cost-plus-profit structure used for funding, while wakala involves the use of an agency agreement in which one firm accepts funds from another to invest on its behalf in a sharia-compliant manner ».

⁵⁹ International Organization of Securities Commissions, *Analysis of the application of IOSCO's objectives and principles of securities regulation for Islamic Securities Products*, International Organization of Securities Commissions, Rapport, September 2008.

⁶⁰ International Organization of Securities Commissions, Islamic Capital Market Task Force (ICMTF), Rapport, Juillet 2004. L'ICMTF a été mandaté à la suite de la Conférence Annuelle de 2002 en Turquie afin d'évaluer le potentiel de développement de l'industrie financière islamique et sa régulation en rassemblant plus d'information sur les activités et titres financiers islamiques.

⁶¹ Il s'agit plus précisément de la Financial Services Authority, de l'Autorité des marchés financiers, Australian Securities and Investments Commission, de la Banque Centrale de Bahrain, de la Jordan Securities Commission, de la Securities Commission de la Malaisie, de la Financial Services Board de la République de l'Afrique du Sud, de la Dubaï

10. – Coopérations des autorités. Étant donné que la France a montré son ouverture à ces activités, les pouvoirs publics ont coopéré avec des organismes internationaux dédiés à la finance islamique. L'AAOIFI a signé, en 2009, un accord de coopération (*Memorandum of cooperation*) avec Paris Europlace en vue de traduire les quarante-et-une normes islamiques en français.

La coopération va encore plus loin dans certains secteurs : l'*Islamic International Financial Market* et l'*International Swaps and Derivatives Association* ont publié un standard pour un produit dérivé islamique appelé « *tahawwut* » qui sert de « *swap* » de devise⁶².

Parallèlement, des indices financiers ont été établis à partir de 1996 avec le *Dow Jones Islamic Markets Indexes*, suivi par *Standard & Poor's* et le *FTSE*. NYSE Euronext a créé, à Paris, un segment pour coter les *sukuk*⁶³.

Le tableau ci-dessous présente les principaux organismes dédiés à la finance islamique.

| | |
|---|---|
| Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institution, Bahreïn 1991 | Standards sharia (41 en 2010), comptables et d'audit pour les IFI |
| Islamic Financial Services Board, Malaisie, 2002 | Normes prudentielles, gestion des risques, gouvernance |
| International Islamic Financial Market, Bahreïn, 200 | Promotion du développement de marchés financiers islamiques, innovation |
| Conseil Général des Institutions Financières Islamiques, Bahreïn, 2001 | Promotion des IFI et leur compréhension à travers le monde |
| Liquidity Management Centre, Bahreïn, 2002 | Création d'un marché secondaire pour les opérations entre les IFI Gestion des liquidités |
| International Islamic Rating Agency, Bahreïn, 2005 | Notation des IFI et des Etats |

Organismes internationaux dédiés à la finance islamique

Source : A. Hassoune, Conférence inaugurale du Diplôme d'université Finance Islamique, 21 janvier 2008, École de Management de Strasbourg, Université de Strasbourg.

*IFI = *Institution Financière Islamique*

*ISDA = *International Swap & Derivatives Association*

Financial Services Authority des Émirats arabes unis, de la Securities Exchange Commissions des États-Unis d'Amérique. Enfin, le Qatar Financial Centre Regulatory Authority était un observateur.

⁶² <http://www.iifm.net/default.asp?action=category&id=54>.

11. – Fenêtre islamique (« *islamic window* »). Parallèlement, des établissements conventionnels, comme la Société Générale, la BNP Paribas, le Crédit Agricole, la Deusch Bank, HSBC, la Citi Bank, la Barclays, Lloyd's, et d'autres encore, ont mis en place des unités ou des départements dédiés à la finance islamique appelées « fenêtres islamiques » (« *islamic window* »).

Elles présentent une difficulté pour cerner le périmètre des activités bancaires et financières en adéquation avec la loi islamique. C'est pourquoi elles doivent mettre en place une structure qui sépare les actifs islamiques de ceux qui ne le sont pas. Á ce stade, une transparence complète est exigée par l'Islamic Financial Services Board (IFSB)⁶⁴.

En conséquence, les autorités de contrôle devraient s'assurer que les banques conventionnelles, disposant de fenêtre islamique, mettent en place toutes les structures et les procédures de contrôle et de gestion afin de distinguer clairement les actifs gérés de manière islamique en apportant aussi la preuve que leur Comité de Conformité Islamique (« *Sharia Board* ») est composé d'expert en loi islamique dans le but de s'assurer que les produits bancaires et financiers soient « *halal* ». Ces experts doivent être indépendants pour émettre un avis de conformité islamique, appelé « *fatwa* », sur les produits, les services et les procédures des banques islamiques⁶⁵.

12. – Des activités remarquées en Allemagne. En juillet 2004, le fait que le Land Saxe-Anhalt ait recouru aux *sukuk* est assez surprenant pour un pays occidental. Le montant de l'émission était de 100 millions d'euros qui étaient structurés grâce au contrat de location appelé *ijara*. Ils avaient une maturité de 5 ans avec un taux de rendement variable en référence au taux Euribor sur 6 mois augmenté d'un pourcent. La conformité islamique de ces *sukuk* dépend de leur adossement à un actif réel, et qui, dans ce cas, avait une particularité typiquement islamique de retenir la méthodologie du « *waqf* » qui consistait à mettre les actifs au service du public après que le Ministère allemand des finances ait transféré les droits attachés aux biens⁶⁶.

Par la suite, la filiale turque de Kuwait Finance House a ouvert un bureau de représentation en vue de mettre en place des agences bancaires dans les années à venir⁶⁷.

⁶³ The Euronext Paris Sukuk segment, www.nyx.com.

⁶⁴ Islamic Financial Services Board, *Capital Adequacy Standard for Institutions (other than Insurance Institutions) offering only Islamic Financial Services*, décembre 2005, point 58.

⁶⁵ Islamic Financial Services Board, *Principles on Shari'ah Governance Systems for Islamic Financial Institutions*, décembre 2009.

⁶⁶ M. S. Gassner, *How a sukuk was developed in the state of Saxony-Anfalt*, Islamic Banking and Finance Magazine, December 2004.

⁶⁷ <http://www.ajib.fr/2012/09/banque-islamique-allemande/>.

Le Royaume-Uni est le pays qui a fourni le plus d'effort pour accueillir la finance islamique.

13. – Transposer l'exemple britannique ? En droit anglais, les produits financiers islamique sont appelés « *alternative finance products* », c'est-à-dire des produits financiers alternatifs. Ce pays était un pionnier en Europe, avec l'adoption rapide de mesures juridiques et fiscales destinées à favoriser l'émergence de la finance islamique, que ce soit en renforçant l'attractivité de sa place financière ou en proposant une offre de service adaptée aux particuliers⁶⁸ : « *depuis 2003, plusieurs réformes législatives « shariah friendly » ont été mises en œuvre. Une succession de réformes ont été entreprises entre 2003 et 2005 afin de mettre fin aux problèmes de double imposition à l'occasion des doubles transferts de propriété caractéristiques de la Finance Islamique. (...) Dans le prolongement de ces réformes, en Avril 2007, le gouvernement britannique a mis en place un groupe d'experts en Finance Islamique afin d'identifier les opportunités de développement de la Finance Islamique au Royaume-Uni. Par ailleurs, la Financial Services Authority (FSA) a pris des positions claires au sujet de la Finance Islamique et a accordé son agrément à des opérateurs et à des produits shariah compliant (fonds d'investissement, établissements de crédit, sukuk...). Afin de promouvoir et mieux encadrer la Finance Islamique, des départements spécialisés au sein de la FSA ont été créés. Ces réformes législatives sont accompagnées d'importants efforts de développement d'une expertise professionnelle et de formations spécifiques pour les cabinets d'avocats et les organismes professionnels* ». Non seulement le droit anglais a été le premier à lever les obstacles fiscaux, mais les textes adoptés ont à présent une nature législative⁶⁹, en définissant la rentabilité des financiers islamiques qui pour partie équivaut à celle de l'intérêt⁷⁰.

⁶⁸ E. Jouini et O. Pastré, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Rapport remis à Paris Europlace, novembre 2008, P. 88-90 : Actuellement, cinq banques islamiques ont été agréées au Royaume-Uni « au cours des cinq dernières années : *The Islamic Bank of Britain* (2004, parmi ses actionnaires de référence – HSBC à hauteur de 3%); *European Islamic Investment Bank* (2005, parmi ses actionnaires de référence – la BNP Paribas à hauteur de 9%); *The Bank of London and the Middle East* (2007) ; *European Finance House* (Janvier 2008) et *Gatehouse* (Avril 2008). Au côté des banques islamiques « pures », il existe, à ce jour, plus de vingt guichets islamiques (*islamic windows*) de banques conventionnelles ».

⁶⁹ Laurence Toxé, Avocate, in Rapport d'information du Sénat préc., p. 54 -55 : « *Le Finance Act de 2003 a posé comme condition que, si la banque achète l'immeuble pour le revendre à une personne physique qui lui consent une hypothèque (mortgage), alors la deuxième vente est exonérée de droits de timbres, si cette taxe a été payée lors de la première vente ayant mis en relation le vendeur initial et la banque* ». Ensuite, « *cette initiative a été étendue, en 2005, aux immeubles commerciaux et aux investisseurs personnes morales. Elle a été adaptée également aux opérations d'ijara et ijara/moucharakah dégressive, qui supportaient une triple la Stamp Duty and Land Tax (SDLT). En 2005 et 2007, le législateur a également modifié le traitement fiscal des rendements sur les financements islamiques en les assimilant à des charges d'intérêt déductibles pour l'acheteur (dans le cadre d'une mourabaha, d'une moudarabah et d'une wakala) et pour l'émetteur (dans le cadre d'une émission de sukuk). Malgré le fait que ces « profits » ne sont pas des intérêts à proprement parler, la loi a privilégié leur rôle économique plutôt que leur forme (« substance over form »). Une mesure*

Bien sûr, la Charia ne s'appliquera pas, du moins pas dans sa plénitude en cas de litige. Cette approche est *a priori* similaire en droit français⁷¹. Le juge anglais a jugé, suite à un litige dans lequel une banque islamique était impliquée, qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne permettait l'application – voire la possibilité de choisir l'application – d'un ensemble de règles découlant d'un système juridique islamique. Cependant, une autre décision a tenu compte des engagements des parties ayant conclu un contrat de financement islamique fondé sur la *wakala*⁷², et ce, après les déclarations du chef de la magistrature anglaise⁷³.

Les autorités françaises devront continuer d'observer leur voisin, notamment le Royaume-Uni qui offre à présent un cadre juridique plus approprié aux financements islamiques⁷⁴. Bien que la

de 2006 prévoit également la fin de la présomption d'établissement stable au Royaume-Uni pour les acheteurs étrangers parties prenantes à une *mourabaha* » (E. Jouini et O. Pastré, Rapport préc., p. 88-89).

⁷⁰ Ibidem., p. 53 – 54 : « l'autre problème rencontré par les Britanniques a trait à la qualification du *mark-up* (marge bénéficiaire) et des profits commerciaux réalisés pour ce genre de transaction. Fondamentalement, ces profits, même s'ils ne sont pas présentés comme tel, correspondent à un intérêt et leur traitement fiscal s'accompagne donc d'un manque de sécurité juridique, avec notamment des problèmes en matière de déduction fiscale pour les investisseurs ou de qualification de distribution puisqu'on pouvait assimiler ce profit à un réel profit plutôt qu'à un intérêt. Ce problème a été analysé de manière pragmatique, avec un examen de la substance plutôt que de la forme retenue pour les dispositifs. Et aujourd'hui, à chaque fois qu'un certain nombre de critères sont remplis pour chaque type de produits définis strictement, le profit réalisé au travers de l'opération sera assimilé à un intérêt et donc à un produit fiscal auquel s'applique un ensemble de mesures (déduction fiscale, taxation, retenue à la source par exemple). Concrètement, nous pourrions envisager en France une confirmation de la déductibilité des sommes assimilées à de l'intérêt et un ensemble d'adaptations à la frontière du droit fiscal et du droit civil et commercial et qui auraient pour but de sécuriser les opérations de crédit-bail, les amortissements, etc ». Lorsqu'il s'agit de la marge bénéficiaire, ce sont les opérations adossées à la vente ou à la location qui sont concernées. Le cadre fiscal français est à ce jour presque complet en la matière.

⁷¹ *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Rapport préc., p. 16-17 : « un contrat financier, qu'il soit islamique ou non, est construit sur la base de règles de droit explicites. Si les principes éthiques de l'Islam peuvent être pris en compte dans le montage de produits financiers, ils ne peuvent en aucun cas se substituer aux règles de droit en vigueur, ni être utilisés comme prétexte pour contourner ces mêmes règles. Un contrat rédigé en droit français, même s'il concerne un montage financier islamique, se doit, d'abord et avant tout, d'être conforme aux règles du droit français et ne peut être contesté que sur la base de ces règles. La récente décision des juges anglais (*Shamil Bank of Bahrain Ec vs Beximco Pharmaceuticals Ltd (n°1) Court of appeal (Civil Division) 28 January 2008*) va bien dans ce sens. Elle reflète la conviction des magistrats britanniques que les principes de la Charia ne constituent pas un socle de règles susceptibles de venir supplanter le droit anglais. Dans les rapports contractuels, le droit anglais prévaut, même si les principes de la Charia peuvent sous-tendre la relation contractuelle. A Londres, les banques islamiques doivent donc se conformer à la réglementation applicable à toutes les banques exerçant leurs activités au Royaume-Uni, y compris les exigences posées par la FSA ».

⁷² Royal Courts of Justice, London WC2A 2LL, 11 december 2009, *The Investment Dar Company KSCC vs. Blom Developments Bank SAL*, [2009] EWHC 3545 (Ch), Case No: CH/2009/PTA/0455.

⁷³ Le Figaro, *Le plus haut juge anglais accepte la loi islamique*, 13 novembre 2007.

⁷⁴ Gilles Vaysset, ancien Secrétaire Générale du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement in Rapport d'information du Sénat préc., p. 55 : « les dépôts de clientèle peuvent prendre deux types de formes. Pour l'Islamic Bank of Britain, ils représentent, par exemple, des prêts à taux 0 du client à la banque (*qard hassen* ou *moudaraba/mousharaka*). Or, il n'existe pas en France de règles de comptabilisation des prêts accordés par leurs clients aux banques. Ceux-ci devraient sans doute être considérés comme des « fonds remboursables au public » au même titre qu'un dépôt qui est qualifié comme tel selon le Code monétaire et financier. Il devrait ainsi être éligible au fonds de garantie des dépôts. Ces fonds sont bien sûr remboursables en totalité par la banque aux clients à leur première demande et ne génèrent aucun produit ou intérêt. En revanche, dans le cadre d'un compte de dépôt rémunéré

Commission Finance islamique ait été mise en place, en 2008, en France, par le Ministère de l'économie et Europlace, il n'existe aucun département spécialisé au sein des autorités de surveillance françaises : ni au sein de l'Autorité de contrôle prudentiel, ni au sein de l'Autorité des marchés financiers. Toutefois, ce ne doit pas être un obstacle à la mise en place d'un cadre juridique français dédié aux opérations de crédit islamique. Ce cadre doit prendre en compte les cinq « piliers » de la finance islamique.

14. – Les cinq piliers de la finance islamique. À l'instar des cinq piliers de l'Islam⁷⁵, la banque et la finance islamiques reposent sur cinq piliers. Cette présentation est synthétique parce que le corpus juridico-théologique musulman qui y est applicable contient de nombreuses règles dont celles qui définissent les régimes juridiques des contrats de vente, de location ou de société, servant à structurer les crédits islamiques, dénués d'intérêt. Ces cinq piliers reposent sur des prescriptions juridiques islamiques dont le Coran est le fondement juridique principal, fondement explicité par des Traditions de Mohamed, et, par des régimes juridiques systématisés par les juristes appelés « *fouqahas* ». Les Imams Abou Hanifa (699 – 767), Imam Malik Ibn Anas (712 – 796), Imam Chafi'î (767 – 820), ou encore Imam Ahmed Ibn Hanbel (780 – 855) ont été les fondateurs des quatre principales écoles théologico-juridiques (« *madhab* ») de l'Islam dont les enseignements sont toujours d'actualité. Les juristes contemporains, notamment ceux impliqués dans l'industrie bancaire et financière en tant que membre d'un « *Conseil de conformité islamique* » (*Sharia Board*), contribuent à définir des régimes juridiques⁷⁶.

d'un compte sur livre ou d'un compte à terme, l'opération prendra la forme d'une murabaha (sic, il doit s'agir de moudaraba, avec un apport en capital du client qui est investi par la banque dans des produits compatibles avec la Charia selon une clé prédéterminée de répartition des profits et pertes. Dans ce cas, il ne peut pas y avoir assimilation aux dépôts ou même aux fonds remboursables, s'agissant d'avances de fonds du client à la banque pour investissements. Ces avances pourraient être assimilées à des investissements semblables à des organismes de placement collectif qui ne bénéficient pas, comme nous le savons, de la protection apportée par le fonds de garantie ».

⁷⁵ Les piliers de l'Islam sont la profession de foi (« *shahada* »), la prière (« *salat* »), le jeûne du mois de Ramadan (« *sawm* »), l'aumône (« *zakat* ») et le pèlerinage à la Mecque (« *hadj* »).

⁷⁶ *Recueil de fatwa de l'Imam Abou Hanifa, El-Ihtiyar*, (en langue arabe et turque), Traduit en turc par Celâl Yeniceri, Samil Yayinevi, Istanbul, 2012, p. 167 – 169, n° 73 à 80, p. 203 – 205 ; p. 225 – 232 ; p. 352 – 355 ; Imam Shaf'î, *La Risâla, Les fondements du Droit musulman*, traduit de l'arabe, présenté et annoté par L. Souami, Sindbad, Acte Sud, 1997, p. 143 – 144 ; Imam Al Ghazali, *Ihya Ulumud-Din* (en langue turque, notre traduction « *La revivification de la science religieuse* »), traduit en turc par Ahmed Serdaroglu, Tome 2, Bedir Yayinevi, Istanbul, 1989, p. 179 – 181 ; W. Al-Zuhayli, *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence (Al-Fiqh Al-Ilami wa Adillatuh)*, Tome 1, Traduit par Mahmoud A. El-Gamal et révisé par Muhammad S. Eissa, Dar Al-Fikr, Damas, Syrie, P. 309 – 366 ; M. Ayub,

15. – Premier pilier : une finance sans « ribâ ». S’agissant du premier pilier, les institutions financières islamiques ne doivent pas stipuler de *ribâ*. Cette interdiction concerne non seulement les transactions usuraires, mais également celles qui stipulent toute sorte d’intérêt (simple, composé ou capitalisé)⁷⁷. Ces institutions financières remplacent la stipulation de l’intérêt soit par une clause de

Understanding Islamic Finance, John Wiley & Sons, 2007, p. 43 à 71 ; C. Chehata, *Essai d’une théorie générale de l’obligation en droit musulman*, Dalloz, 2005, préface d’I. Fadlallah, p. 58 – 76 ; H. Döndüren, *Iktisat ve Ticaret Ilmihali* (en langue turque, notre traduction : *Traité de droit et d’économie islamiques*), Altinoluk Yayınevleri, Istanbul, 1993, p. 379 à 401 ; H. Döndüren, *Islami ölçülerle ticaret rehberi*, (en langue turque, notre traduction, *Le guide islamique du commerce*), Erkan yayınlari, Istanbul, 2004 ; M. A. Draz, *L’usure en droit musulman*, Arrissala, Paris 2003 ; M. El-Gamal, *Islamic Finance, Law, Economics and Practice*, Cambridge University Press, 2006, p. 73 à 92 ; S. Ibn Fawzan Al Fawzan, *La différence dans la législation islamique entre le commerce et les transactions usuraires*, Traduit de l’arabe par Njikum Yahya, Assia Édition, 2004 ; Ibn Kathir, *Tafsir (Commentaire du Coran)*, Volume 1, Dar Al-Manrah, Dar Al-Kutub Library, 2007, verset 275 de la IIème Sourate ; Ibn Taymiyya, *Épître sur le sens de l’analogie (Rissalatun fi ma’na-l-qiyyas)*, Les éditions Albouraq, Beyrouth, Liban, 1996, p. 27 à 77 ; S. Ibn Wahf Al-Qahtâni, *Ar-ribâ, L’usure, ses préjudices et ses conséquences d’après le Coran et la Sunna*, 1^{ère} édition, Editions Al-Andalous, 2005, Bruxelles ; Z. Iqbal et A. Mirakhor, *An introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, John Wiley and Sons (Asia), Pte Ltd, 2007 ; *Interest in Islamic Economics, Understanding “Riba”*, Edited by Abdelkader Thomas, Routledge, Taylor and Francis Group, 2006 ; *Islamic Banking and Finance, What It Is and What It Could Be*, Editor Tarek El Diwany, 1st Ethical, 2010 (ouvrage Collectif) ; p. 99 – 114 ; M. Islamoglu, *Hayat Kitabi Kuran, Gerekçeli meal-tefsir* (en langue turque, notre Traduction : *Commentaire du Coran*), Dûsün Yayincilik, Istanbul, 2009 ; M. Obaidullah, *Islamic financial services*, Islamic Economics Research Centre, King Abdelaziz University, Jeddah, Saudi Arabia, 2005 ; M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique, Traduit par Moufti Loqman Ingar*, Cellule du Fiqh du Centre Islamique de la Réunion, 2008 ; H. Algabid, *Les banques islamiques*, Préface Ch. Gavalda, Thèse, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Économica, 1990 ; A. Félix, *Recherches historiques sur les opérations usuraires et aléatoires en droit musulman*, Thèse, Faculté de Droit de l’Université de Paris, A. Pedone Éditeur, 1909 ; H. A. Al Amine, *Statut légal (hukm) des transactions bancaires avec intérêt*, Institut Islamique de Recherche et de Formation, Banque Islamique de Développement (IRTI/IDB), document d’information n° 7, 2002 ; F. Benali, *L’usure en droit musulman et ses conséquences pratiques*, Thèse, Faculté de Droit de Lyon, A. Rey, Imprimeur-Éditeur de l’Université de Lyon, 1908 ; N. Comar-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Thèse, Paris, Economica, 1995.

Pour les Traditions Prophétique, voir *Hadis Ansiklopedisi, Kitoubou Sitte*, par CANAN Ibrahim (Compilation des Traditions authentiques, en langue turque), Zaman, Istanbul, 2003, p. 523 à 538.

Pour les encyclopédies, *Islam Ilmihali*, (en langue turque, notre traduction : *Encyclopédie de la science islamique*), sous la direction de SENTÜRK L. et YAZICI S., publiée par la Direction des Affaires Culturelles de Turquie (Diyanet), 8^{ème} édition, Ankara, 2001 ; *Islam Ansikopedisi* (en langue turque, notre traduction : *Encyclopédie de la science islamique*), Tome 5, sous la direction d’AGIRAKCA A., Samil Yayınevleri, Istanbul, 1992.

Voir aussi les articles, I.-Z. Cekici, *La prohibition islamique de l’intérêt et les opérations de crédit islamiques en France*, in Dossier, *Problématiques autour du droit du crédit*, Revue Lamy Droit des Affaires, octobre 2008, p. 120 ; M. A. El-Gamal, *An economic explanation of the prohibition of ribâ in the classical Islamic jurisprudence*, Rice University, May 2001, in <http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html>, (visité le 8 octobre 2008) ; J.-M. Moulin, *Principes et moyens de la finance islamique*, Dossier *La Finance Islamique*, Journal des Sociétés, juin 2010, n° 77 ; M. Omar Farooq, *Ribâ, Interest and six Hadiths: do we have a definition or a conundrum?*, Review of Islamic Economics, vol. 13, n° 1, 2009, p. 105 ; G. Parléani, *Regards pragmatiques sur la finance islamique*, Rev. dr. banc. et fin., mars-avril 2012, in Dossier « *Les nouveaux déterminants de la finance (1^{ère} partie)* », p. 76 – 81.

⁷⁷ H. A. Al-Amine, *Statut légal (« hukm ») des transactions bancaires avec intérêt*, Institut Islamique de Recherche et de Formation, Banque Islamique de Développement (IRTI/IDB), document d’information n° 7, 2002 ; voir aussi F. Arin, *Recherches historiques sur les opérations usuraires et aléatoires en droit musulman*, Thèse, Faculté de Droit de l’Université de Paris, A. Pedone Éditeur, 1909 ; F. Benali, *L’usure en droit musulman et ses conséquences pratiques*, Thèse, Faculté de Droit de Lyon, A. Rey, Imprimeur-Éditeur de l’Université de Lyon, 1908.

participation, soit par une clause de marge bénéficiaire, soit par les deux dernières simultanément en fonction de la nature du ou des contrats sous-jacents.

16. – Deuxième pilier : adossement à un « actif ». L'adossement à un actif constitue le second pilier. La notion d'« actif » n'est pas une notion juridiquement bien définie. Il comprend tant les biens meubles, corporels ou incorporels, que les biens immeubles du moment qu'ils sont « *halal* », c'est-à-dire conforme à la loi islamique. Il peut s'agir d'un véhicule, d'un aéronef, d'un immeuble résidentiel ou commercial, d'un portefeuille de titres financier, d'un patrimoine social, ou encore de matière première.

Cet adossement doit être effectif parce qu'il confère une sécurité juridique aux transactions bancaires islamiques. C'est pourquoi il n'est pas permis de décoller le revenu découlant de la performance du bien et les risques liés au droit de propriété parce que le profit n'est pas licite en Islam en l'absence de prise de risque.

17. – Troisième pilier : des investissements « *halal* ». Le financement islamique doit forcément être *halal*. Cela signifie que les secteurs d'activités liés à l'alcool, à l'industrie porcine, à l'industrie du cinéma et de la musique⁷⁸, l'armement, les jeux de divertissement (loto, course de chevaux) et l'industrie bancaire et financière conventionnelles sont écartés⁷⁹.

Cette liste n'est ni absolue, ni complète parce qu'il existe des sociétés et activités évoluant conformément à la loi islamique dans l'industrie du cinéma et de la musique. D'ailleurs, une activité licite peut devenir illicite, et réciproquement, selon que l'une ou l'autre condition de conformité islamique n'est pas respectée.

18. – Quatrième pilier : prohibition de la spéculation hasardeuse et dangereuse. Ce pilier interdit de spéculer d'une façon hasardeuse et dangereuse, eu égard à la combinaison de la prohibition du « *gharar* » et du « *maysir* » : celle du *gharar* consiste à écarter l'incertitude manifeste entachant tant les conditions que les effets d'une convention, d'un contrat ou d'une opération

⁷⁸ Dès lors qu'ils conduisent les individus à la déchéance morale.

⁷⁹ Les versets 90 et 91 de la cinquième Sourate prohibe notamment le jeu de hasard et le vin.

commerciale⁸⁰ ; et, celle du *maysir* interdit les activités assimilables au jeu, prohibition qui est plus accentuée pour le « *qimar* » qui désigne le jeu de hasard pur et simple.

19. – Cinquième pilier : purification des revenus. Enfin, attachées à une vision sociale imposée par la loi islamique, les institutions financières islamiques se doivent de purifier leurs revenus. Cette purification contient deux volets : premièrement, celui découlant de l'exigence de purifier les revenus entachés d'intérêt qui se traduit concrètement par le versement de ces sommes usuraires à des pauvres ou à des œuvres caritatives ; et deuxièmement, celui pour accomplir l'obligation de verser la *zakat*, pilier de l'Islam, qui est un impôt social de purification.

Le taux de la *zakat* est de 2,5%. Le patrimoine « *zakatable* » d'un musulman est composé d'or, d'argent, de monnaie fiduciaire, de marchandises destinées au commerce, de produits agricoles, du cheptel, de revenus des biens immobiliers. Si ce patrimoine dépasse, au cours d'une année lunaire, le seuil d'imposition (« *nissab* ») de 1600 euros (environ 85 grammes d'or)⁸¹. Á travers la *zakat*, une partie de l'éthique islamique peut se comprendre parce qu'elle soutient des investissements parfois délaissés en finançant des nécessiteux capables de produire. Elle soutient donc la demande tout en stimulant l'emploi en affectant des fonds dans les organismes de *Zakat*. Elle empêche en outre que les nantis ne thésaurisent les richesses en vue d'effacer les inégalités socio-économiques par une redistribution prioritaire au niveau local.

20. – Une finance simple ? Au regard de cette présentation, la finance islamique semble être simple. Cette vision doit cependant être nuancée. « *Selon certains, la Finance Islamique serait ainsi une et indivisible. En réalité, rien n'est moins homogène que l'univers de la Finance Islamique. Et ce à un double titre. D'abord parce que la Finance Islamique donne une place prépondérante à la jurisprudence. Il n'existe pas une définition unique et unanimement acceptée des produits shariah compliant (conformes à la loi coranique). Tout est donc question d'interprétation, d'où l'importance des shariah boards, chargés d'interpréter la loi coranique. Il existe ainsi d'importantes différences de politique d'investissement entre les fonds islamiques originaires de chacun des pays*

⁸⁰ S. M. Al-Ameen Al-Dhareer, *Al-Gharar in contracts and its effects on contemporary transactions*, Institut Islamique de Recherche et de Formation, Banque Islamique de Développement (IRTI/IDB).

⁸¹ Y. Al Qardawi, *Fiqh Al Zakah, A Comparative Study of Zakah, Regulations and Philosophy in the Light of Qur'an and Sunnah*, Volume I and II, Translated by Moncef Kahf, King Abdulaziz University, 2000, Jeddah.

musulmans »⁸². En arrière plan de cette complexité, bien qu'il existe des concepts simples à comprendre, la divergence entre les différentes écoles de pensée d'une part, et celle entre les institutions financières islamiques d'autre part, ne sont pas en soi un obstacle au développement de la finance islamique. Le point sur lequel les acteurs de cette forme de finance convergent est la prohibition du *ribâ*, à savoir l'interdiction d'effectuer des opérations bancaires et financières affectées d'un intérêt.

21. – Difficultés de traduction de l'arabe au français. L'approche sémantique permet aussi de tracer les contours tant conceptuels que juridiques de la notion islamique d'intérêt. En effet, la manière dont le Droit appréhende le sens des mots et des concepts est un enjeu capital⁸³ dans l'édification d'un droit commun des opérations de crédit sans intérêt. Étant donné que de nombreux termes et expressions d'origine arabe seront utilisés dans nos développements, la traduction littérale en français risque de dénaturer leur sens.

Précisons, d'abord, le terme « *fiqh* » qui est malheureusement traduit uniquement comme la jurisprudence islamique par les francophones alors que la « jurisprudence » renvoie en droit français aux décisions rendues par les juges du fonds ou de cassation⁸⁴. En réalité, le *fiqh* est la science juridique qui encadre les aspects tant culturels que civils et commerciaux de la religion musulmane alors que le mot « *Charia* » désigne la Loi islamique au sens général du terme en tant que système juridique fondé sur des sources scripturaires comme le Coran et la « *Sounna* ». Cette dernière est la Tradition de Mohamed⁸⁵ (570 – 632 après JC), deuxième source de la Charia, dont l'invocation d'un « *hadith* » renvoie à un acte ou à un propos, explicite ou implicite du Prophète Mohamed.

Quand bien même les juristes comprendraient la définition d'un terme ou le sens d'une expression, les correspondances entre le droit musulman et le droit français se heurtent à une compréhension erronée dans certains cas. Par exemple, la prohibition du *gharar* qui englobe la prohibition des

⁸² *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Rapport préc., p. 18-19.

⁸³ Puisque « *les mots sont les instruments des juristes. Ils leur permettent d'exercer leur art : tracer des frontières, catégoriser, séparer le licite du condamnable, en recherchant constamment la ratio legis, et, au-delà, la ratio juris. Il faut donc faire attention aux mots qu'on utilise à cette fin, car ils peuvent tantôt guider, tantôt égarer* », I. et G. Parléani, 2001, *La tentation du Moyen âge, l'exemple du parasitisme*, in Mélanges C. Gavalda, Litec, 2001, p. 248, n° 6.

⁸⁴ Lexique des termes juridiques, sous la dir. de S. Guinchard, Dalloz : « *dans un sens ancien, la science du Droit. Dans un sens plus précis et plus moderne, la solution suggérée par un ensemble de décisions suffisamment concordantes rendues par les juridictions sur une question de droit* ».

contrats aléatoires dans son acception immédiate occupe une place non négligeable en droit musulman parce qu'elle consiste à interdire les contrats dont les conditions et les effets sont entachés d'une incertitude ou d'un aléa manifeste, ainsi que les contrats qui sont entachés de dol, un vice du consentement, en sous-entendant l'induction volontaire ou involontaire en erreur⁸⁶.

22. – « Ribâ » : intérêt ou usure ? Quant au terme « *ribâ* », il ne sera pas toujours traduit par intérêt ou usure parce que le droit musulman englobe sous ce vocable et l'intérêt, et l'usure, qui sont formellement interdits. C'est pourquoi il nous arrivera de parler d'opération « *ribawi* » pour désigner les opérations entachées de *ribâ*, lorsque la logique du droit musulman est prépondérante dans nos explications.

Ce terme apparaît dans le verset 275 de la deuxième Sourate du Coran qui annonce clairement que « *Dieu a permis la vente et a interdit l'usure* »⁸⁷. Le verset emploie le mot *ribâ* qui, comme *salat*⁸⁸ ou *zakat*⁸⁹, est un mot polysémique et protéiforme qui peut facilement induire en erreur. En fait, il provient du radical « *rihb* » qui renvoie à l'idée d'augmentation, d'avantage, de bénéfice, et de croissance, mais en sous-entendant l'abus et la lésion. Le *ribâ* désigne ainsi tout excédent, tout surplus, qualitatif et/ou quantitatif généré au cours d'une transaction. Cette acception du *ribâ* ne trouve donc pas un écho à travers la distinction faite en droit français entre l'usure et l'intérêt. Elle les englobe tous les deux, tout en ayant d'autres formes en droit musulman.

23. – « Ribâ al fadl » et « ribâ an-nassia ». Il existe plusieurs catégories de *ribâ* : le *ribâ al fadl* est le *ribâ* qui naît au cours d'une transaction au comptant alors que le *ribâ an-nassia* est celui qui résulte des transactions à terme. La première forme renvoie également à l'idée d'enrichissement sans cause⁹⁰ au sens du « *principe général du droit (français) selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui* »⁹¹. Ainsi, lorsque nous utiliserons le terme « *ribâ* » isolément, il devrait être compris comme étant le surplus matériel et/ou pécuniaire, injustifié et abusif, généré par une transaction au comptant ou à terme car l'intérêt auquel renvoie le *ribâ* grève également toute

⁸⁵ Voir par exemple A. Khallah, *Les fondements du Droit musulman*, Al-Qalam, Paris, 1997, p. 53 à 66.

⁸⁶ S. M. Al-Ameen Al-Dhareer, op. cit., p. 25.

⁸⁷ Sourate II, verset 275 du Coran.

⁸⁸ « *Salat* » désigne *a priori* la prière quotidienne et obligatoire chez les musulmans ; mais aussi les autres formes de prière, comme celles qui sont surérogatoires.

⁸⁹ Le mot « *zakat* » signifie étymologiquement à la fois augmentation, purification, mais désigne, en droit musulman, l'aumône obligatoire, un des piliers de l'Islam.

⁹⁰ J.-M. Moulin, *Principes et moyens de la finance islamique*, art. préc., p. 23.

sorte de choses mobilière comme les sommes d'argent et les denrées, ce qui signifie qu'il renvoie à toute forme d'augmentation sans contrepartie réelle.

24. – La prohibition du « ribâ » dans le Coran. Le Coran qui n'a pas été révélé en un seul bloc, mais grâce à une succession de révélations, a permis l'évolution des mentalités dans la péninsule arabique. Une interdiction brutale de l'intérêt aurait été mal venue au début de l'Islam, notamment en raison de la panoplie des nouvelles prescriptions religieuses dans une société en cours de mutation. Les musulmans devaient aussi non seulement lutter contre l'ordre établi, mais également définir un modèle de développement. La prohibition a été explicitement formulée par la révélation des derniers versets du Coran.

Le *ribâ* était déjà critiqué et condamné, en rappelant notamment que sa prohibition avait été décrétée pour les autres religions monothéistes. Plus précisément, l'intérêt est passé d'un blâme à une condamnation explicite et non équivoque au bout d'une vingtaine d'années⁹². Les versets suivants illustrent ce passage du fait qu'ils sont cités par ordre chronologique de révélation. Dans la Sourate 30, le verset 39⁹³ met en exergue l'idée de justice sociale en prévenant les croyants que *« l'argent que vous prêtez à usure dans l'espoir de vous enrichir au détriment des biens de vos semblables ne vous sera d'aucun profit auprès de votre Seigneur ; mais l'argent que vous donnez en aumônes, pour être agréables à Dieu, sera pour vous porté à plusieurs fois sa valeur »*.

Ensuite, le verset 161 de la quatrième Sourate rappelle que certains juifs n'ont pas tenu leur engagement à l'égard de l'Éternel puisque ce verset nous informe que *« c'est aussi à cause de la pratique de l'usure, bien qu'elle leur ait été interdite, de leur habitude de s'accaparer injustement des biens d'autrui, que Nous avons préparé pour ceux d'entre eux qui sont infidèles de terribles tourments »*. L'interdiction prend forme avec le verset 130 de la troisième Sourate : *« Ô vous qui croyez ! Ne pratiquez pas le ribâ pour multiplier sans cesse vos profits ! Craignez Dieu si vous voulez assurer le salut de votre âme »*. Ce dernier verset désapprouve toute forme d'intérêt qu'il s'agisse de l'intérêt simple, composé ou capitalisé (même sous forme d'anatocisme⁹⁴).

⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 avril 2001, Bull. civ. I, n° 105 ; Cass. civ 1^{ère}, 25 février 2003, Bull. civ. I, n° 55.

⁹² W. Al-Zuhayli, *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence (Al-Fiqh Al-Ilami wa Adillatuh)*, op. cit., Tome 1, p. 340 à 341.

⁹³ Ce verset fut révélé à l'époque mecquoise, c'est-à-dire avant l'exil des musulmans à Médine. Selon la doctrine juridico-théologique, les versets mecquois étaient destinés à la fortification de la foi alors que les médinois avaient une connotation plutôt pragmatique et normative.

⁹⁴ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 343.

Finalement, le verset 275 de la deuxième Sourate fut révélé. Il est sans appel parce que « Dieu a interdit le ribâ ». Cette interdiction est devenue effective lors du pèlerinage d'adieu de Mohamed en l'an 10 de l'Hégire (632 après J.C.). Ce dernier déclara lors de son discours que les transactions *ribawi* (adj. de *ribâ*) encourraient la nullité. Les premiers concernés avaient été les membres de sa famille, plus précisément les débiteurs de son oncle Abbas⁹⁵. Le commerce de l'argent devenait dès lors une activité illicite.

25. – La prohibition du « ribâ » dans la Tradition de Mohamed (« Sounna »). Avant l'interdiction explicite de l'intérêt, il est rapporté dans la Tradition de Mohamed relative à son ascension vers le Ciel (*Miradj*), bien qu'il ne fût pas mort, que le *ribâ* était particulièrement néfaste dans la mesure où Mohamed demanda à l'Archange Gabriel les raisons des tourments des hommes qui avaient des ventres grossis par les serpents dans les entrailles de l'Enfer. Gabriel répondit qu'ils avaient été usuriers dans leur vie sur Terre. Cela vient accentuer la portée de l'interdiction car la pratique du *ribâ* est un péché qui est sanctionné tant dans la vie sur Terre, que dans l'au-delà.

Selon d'autres *Hadiths* ou Traditions de Mohamed, Dieu et son Prophète maudissaient les usuriers, ainsi que les scribes qui participaient à la rédaction de contrat contenant des clauses d'intérêt⁹⁶. À cet égard, il faut aussi retenir la Tradition sur les six produits *ribawi* qui sont l'or, l'argent, le blé, l'orge, les dattes et le sel⁹⁷.

Une autre raison de cette prohibition était de mettre fin à un conflit entre deux tribus arabes. Tabari⁹⁸ précise qu'avant l'avènement de l'Islam, le prêt à intérêt était une pratique courante dont ses conséquences les plus néfastes se manifestaient en cas de litige sur le montant et la durée de l'intérêt, litige qui mena à cette guerre tribale. Ibn Kathir⁹⁹ (m. environ 1274) et Ibn Rushd¹⁰⁰ (1126-1198), plus connu sous le nom d'Averroès, relevèrent les mêmes considérations d'ordre historique,

⁹⁵ M. Hamidullah, *Le Prophète de l'Islam, Sa vie, Son œuvre*, Librairie El Falah, Paris, 7^{ème} édition augmentée, 1430 A.H., 2009 A.D, n° 800 : « Les capitalistes mecquois prêtaient de l'argent à Tâ'if, et rien d'étonnant si oncle paternel Abbas le faisaient également (et dans son discours de Pèlerinage d'Adieu, le Prophète parle de la suppression des intérêts dus à Abbas) », voir aussi n° 1687 et suivant.

⁹⁶ W. Al-Zuhayli, op. cit., p. 310.

⁹⁷ Voir supra, n° 26.

⁹⁸ Célèbre historien de l'Islam (838-923), in H. Döndüren, *Iktisat ve Ticaret Ilmihali* (en langue turque, notre traduction : *Traité de droit et d'économie islamiques*), Altinoluk Yayinevleri, Istanbul, 1993, p. 385.

⁹⁹ Ibn Kathir (Imam Al Hafiz Imad Ad-Din Abi Al Feda Ibn Kathir Al-Damashqi), *Tafsir (Commentaire du Coran)*, Volume 1, Dar Al-Manrah, Dar Al-Kutub Library, 2007, p. 179.

¹⁰⁰ Voir H. Döndüren, op. cit., p. 385. Voir Averroès, Ibn Ruchd, *Discours décisif*, traduit par M. Geoffroy, Flammarion, Édition bilingue, Paris, 1996.

en précisant que la grande majorité des personnes confondaient, sciemment ou inconsciemment, la vente et la vente à crédit susceptible de porter des intérêts.

26. – « Ribâ » et prêt d'argent. En matière de prêt de sommes d'argent, même si le mot « usure » désigne la partie excessive qui greffe l'« intérêt » dans la langue française, cette distinction a conduit, par un glissement sémantique et juridique, à légaliser la stipulation de l'intérêt. L'article 1905 du Code civil dispose qu'« *il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit de sommes d'argent, soit de denrées ou autres choses mobilières*¹⁰¹ ». Cet article ressemble à une Tradition de Mohamed qui fixe par contre le champ d'application prohibitif du *ribâ al fadl* : « *or contre or, argent contre argent, blé contre blé, orge contre orge, datte contre datte, sel contre sel, en même quantité, de même qualité et de la main à la main ; s'il y a surplus, c'est du ribâ. Si les choses (échangées) sont de nature différente, vendez comme il vous plaira, mais de la main à la main* ». Ce type de *ribâ* naît donc lorsqu'une opération au comptant implique l'échange d'un produit contre un autre de même nature, de même espèce et partageant un même fait générateur dit « *illâ* ». S'il est formellement interdit pour les six produits cités par la Tradition prophétique, les juristes musulmans (« *fouqaha* ») le recherchent dans toutes les formes d'opérations civiles ou commerciales (vente, dépôt, bail, prêt, etc.) y compris en matière de change de monnaie, de contrats de société et de mandat (*wakala*). Son champ d'application est tellement étendu qu'il peut paraître ne laisser qu'une place résiduelle au *ribâ an-nassia*.

Ce dernier, défini comme le surplus dégagé au cours d'une transaction à terme, avantage abusivement une partie. Il était pratiqué avant l'avènement de l'Islam où le prêteur accordait un délai supplémentaire à l'emprunteur en difficulté pour le remboursement des échéances, mais en alourdissant sa charge financière. Il est actuellement identifié à toute forme de pénalité de retard ou de clause pénale stipulée en faveur d'un créancier qui, bien que souhaitant presser son débiteur, est qualifié d'usurier.

En outre, la genèse du *ribâ* conduit *de jure* à un déséquilibre contractuel¹⁰². Dès lors, la combinaison de ces deux principales formes de *ribâ* sert à disqualifier la pratique de subterfuge juridique appelé « *hila* », dont le pluriel est désigné par le mot « *hiyal* ». C'est par exemple le cas des opérations

¹⁰¹ Les choses immobilières se prêtent moins aux intérêts, contrairement aux crédits immobiliers.

¹⁰² Son régime est exposé notamment par W. Al-Zuhayli, *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence*, op. cit., p. 309 à 359.

combinant deux ou plusieurs contrats de vente, de location ou de société en vue d'éviter la prohibition du *ribâ*.

De même que le Coran interdit sans ambiguïté toute forme de stipulation de *ribâ*, les juristes des quatre grandes écoles (hanafite, malékite, chaféite et hanbalite)¹⁰³ se sont accordés sur l'impératif de prohiber ses deux principales formes parce que « *le lien entre le sens linguistique et le sens légal du terme ribâ (...) est clair et évident* »¹⁰⁴ : l'un comme l'autre désignent en fait une augmentation injustifiée où le premier sens (terminologique) tend à généraliser la prohibition à toute forme de majoration sans contrepartie réelle, alors que le second sens (juridique) en délimite le champ d'application¹⁰⁵.

Par voie de conséquence, lorsque les deux formes de *ribâ* et les deux sens s'articulent de concert, la prohibition islamique de l'intérêt concerne indéniablement les opérations de crédit dans lesquelles l'intérêt correspond à la somme que l'emprunteur verse au prêteur en contrepartie de l'usage fait de l'argent prêté pendant un laps de temps. Il vise non seulement les transactions affectées d'un intérêt, mais également celles qui sont déséquilibrées. La dimension de l'équilibre contractuel est, en droit musulman, partiellement assise sur le concept de *ribâ al fadl*¹⁰⁶.

27. – Prohibition de l'intérêt, un pilier trans-religieux. Si on doit apporter une explication théologique à cette prohibition, il faut au préalable comprendre la notion de Temps en Islam¹⁰⁷. Partie intégrante de la vie humaine, le Temps est une chose à la portée de son seul Créateur. Le fait de le manipuler via l'intérêt revient à défier la puissance qui l'a engendrée. Les êtres humains ne font que subir son écoulement, bien qu'ils puissent le gérer. Dès lors, la pratique de l'intérêt illustre le penchant de l'être humain à dénaturer l'ordre établi par Dieu.

¹⁰³ Pour les spécificités de ces écoles juridico-théologiques « *madhabs* », voir infra, n° 77 – 87.

¹⁰⁴ S. Ibn Fawzan Al Fawzan, *La différence dans la législation islamique entre le commerce et les transactions usuraires*, Assia Edition, 2004, Jeddah, p. 20-21.

¹⁰⁵ En effet, « *la maîtrise des mots de la loi a un double objet : d'abord, à contribuer à sa confection même, pour la rendre plus claire et plus précise* » (P.-Y. Gautier, *La bonté du docteur : Gérard Cornu*, D. 2007, n° 21, p. 1439, qui précise que « *les travaux de Gérard Cornu sur les définitions qui jalonnent le Code civil démontrent cette vertu didactique et technique* »).

¹⁰⁶ C. Chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, op. cit., p. 58.

¹⁰⁷ En ce qui concerne la conception islamique d'une prohibition (quelque soit le domaine), Ibn Arabî l'explique de la manière suivante : « *l'interdit n'est pas une charge qui revêt un caractère pratique puisqu'il est totalement négatif étant une non-action* ». Tout agissement contraire aux prescriptions divines conduirait donc à dénaturer la nature originelle de l'être humain, V. Ibn Arabî, *Les révélations de la Mecque*, Anthologie traduite, commentée et annotée par A. Penot, Entrelacs, Paris, 2009, p. 371.

Certains philosophes grecs pensaient aussi que la stipulation de l'intérêt était une chose à écarter. Plutarque et Aristote s'étaient érigés contre la pratique de l'intérêt car elle était contraire à la Nature. Selon Aristote, son interdiction découle notamment de la raison suivante : « *la monnaie a été inventée en vue de l'échange, tandis que l'intérêt multiplie la quantité de monnaie elle-même* »¹⁰⁸. Les effets de la pratique de l'intérêt sont à cet égard inquiétants. Outre le fait de nourrir une injustice, il participe à la création virtuelle de monnaie qui est source d'inflation¹⁰⁹. Ce débat a toujours existé au sein des différentes religions en conduisant à l'édiction de règles juridiques et des pratiques controversées.

Selon certaines études, la prohibition de l'intérêt concerne toutes les religions monothéistes, ce qui représente environ les deux tiers de la population mondiale¹¹⁰. C'est une prescription qui a le souci de maintenir l'équilibre que voit naturellement naître chaque individu évoluant dans un espace normé par le temps. En soi, le temps n'aurait aucune valeur. Bien que les activités bancaires modernes démentent ce dogme, le droit musulman maintient cette idée. Par contre, il reconnaît au temps la capacité à valoriser un bien, et non l'argent¹¹¹.

28. – Interdiction de l'intérêt dans le Judaïsme. Le « *ribbit* » désigne, en hébreu, l'intérêt¹¹². Dans la Torah, révélé à Moïse¹¹³, l'interdiction est décomposée en l'énoncé du principe, mais aussi de son exception. Concernant le principe, le Deutéronome XXIII, 20 indique que « *si ton frère devient pauvre, et que sa main fléchisse près de toi, tu le soutiendras ; tu feras de même pour celui qui est étranger et qui demeure dans le pays, afin qu'il vive avec toi. Tu ne tireras de lui ni intérêt, ni usure, tu craindras ton Dieu, et ton frère vivra avec toi. Tu ne lui prêteras point ton argent à intérêt, et tu ne lui prêteras point tes vivres à usure* ». Toutefois, le texte poursuit par une application sélective de l'interdiction quant aux personnes qui y sont obligées : « *Tu pourras tirer un intérêt de l'étranger, mais tu n'en pourras point de ton frère, afin que l'Éternel, ton Dieu, te bénisse dans tout ce que tu entreprendras au pays dont tu vas entrer en possession* »¹¹⁴. Cette relativité de l'interdiction induit-

¹⁰⁸ Aristote, *La Politique*, traduction de Jules Tricot, Paris : J. Vrin, 1962, I, 10, p. 65-66.

¹⁰⁹ Z. Iqbal et A. Mirakhor, *An introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, op. cit., p. 46 – 57.

¹¹⁰ M. N. Siddiqi, *Islamic banks: Concept, precept and prospects*, Journal of King Abdulaziz University, Islamic Economics, vol. 10, 1998, Jeddah, Arabie Saoudite, p. 48.

¹¹¹ Voir infra, n° 361.

¹¹² M. A. El-Gamal, *Incoherence of contract-based islamic financial jurisprudence in the age of financial engineering*, Rice University, May 2007, <http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html> (visité le 7 octobre 2008), p. 2.

¹¹³ Prophète reconnu et respecté dont les enseignements sont suivis par les musulmans à l'instar de tous les envoyés de Dieu, voir Sourate II, verset 53 indiquant que la Torah était un critérium (al furqan) révélé à ce Prophète.

¹¹⁴ Les mêmes injonctions se trouvent dans le Lévitique, XXV, 35-37.

elle une spécificité de l'injonction du Dieu de l'Ancien Testament ? Cette exception serait notamment justifiée par le fait que le Judaïsme « *insiste sur l'importance de l'énergie matérielle et, par conséquent, sur la conception de la fertilité des richesses* »¹¹⁵. Toutefois, l'interdiction semble être générale en ce qui concerne les choses, objet d'une transaction, alors qu'elle est relative pour les personnes. Selon M. El Gamal, la prohibition de l'intérêt est plus rigoureuse dans le judaïsme qui prohibe toute forme de surplus affectant le prix de la vente à crédit par rapport à une vente au comptant alors que les juristes musulmans permettent un tel surplus¹¹⁶. Faut-il faire cette discrimination alors que, l'intérêt est comparé à l'extorsion de bien et au meurtre qui s'accompagnera d'un châtement douloureux des usuriers en Enfer¹¹⁷ ?

29. – Interdiction de l'intérêt dans le Christianisme. Cette prohibition est naturellement reprise par le Christianisme, notamment par le Pape Léon 1^{er}, de qui on retient l'adage suivant : « *Foenus pecunia, funus animae* »¹¹⁸.

Jésus, le Verbe de Dieu¹¹⁹, prêcha à ses fidèles de ne pas stipuler d'intérêt. L'Église l'a donc interdit. Cette interdiction a été rappelée dans de nombreux Conciles comme celui d'Elvir en 300, d'Arles en 314, de Nicée en 325, de Laodicée en 431, de Clichy en 626, et même plus tard avec de ceux de Reims en 1049, de Latran en 1139 ou encore de Trèves en 1227. Malgré les reformulations de l'interdiction de l'usure, le Pape Alexandre III (1105-1181) autorisa la vente à crédit porteur d'intérêt au titre du *lucrum cessans* (manque à gagner). Le Pape Innocent III (1198-1216) précisa que, suite à la remise d'une somme d'argent à un commerçant au titre d'une participation, le bénéfice n'était pas un péché¹²⁰.

¹¹⁵ Michel Ruimy, op. cit., p. 26.

¹¹⁶ M. A. El Gamal, art. préc., p. 6.

¹¹⁷ Bible, Exode, XXII, 25-27 ; Jérémie, XV, 10.

¹¹⁸ « *L'intérêt de l'argent est la mort de l'âme* », in *Droit des affaires, questions actuelles et perspectives historiques*, sous la direction d'Edouard Richard, Presse Universitaire de Rennes, 2005, note 11, p. 37.

¹¹⁹ Pour son importance dans l'Israël, voir la Sourate 3.

¹²⁰ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, Domat droit privé, 2004, n° 825 ; Lamy, *Droit du financement*, 2011, n° 5485 : « *Le concile de Nicée sur le fondement de l'Ancien et du Nouveau Testament, puis les capitulaires de Charlemagne condamnent fermement la pratique du prêt à intérêt. Avec le développement de l'économie monétaire à partir de l'an 1000, l'Eglise catholique bannit la pratique du prêt à intérêt et l'usure devient un péché capital. Les décrets du pape et les conciles multiplieront les condamnations. Le concile du Latran (1179) rend l'interdiction de l'usure absolue et universelle. L'usure est assimilée à un péché et le concile de Lyon (1274) place sa condamnation sous la juridiction des tribunaux ecclésiastiques. En 1311, au concile de Vienne, le pape condamne toute la législation civile en matière d'usure : « (...) Nous, désireux de mettre un frein à cette audace pernicieuse (de l'iniquité de l'usure) , nous avons statué (...) que tous les pouvoirs des Communautés, capitaines, recteurs, consuls, juges, conseillers et officiels quelconques qui ont eu la présomption de composer, d'écrire ou d'éditer de semblables statuts d'après lesquels des usures sont payées ou des usures qui ont été payées ne sont pas restituées, s'ils ont agi avec*

Afin de rester en harmonie avec la croyance chrétienne, des théories ont été élaborées dont celle de Thomas d'Aquin (1225-1274) selon laquelle le droit de tirer un bénéfice et un revenu de tout travail doit être reconnu¹²¹.

Selon MM. Jouini et Pastré, « *en ce qui concerne la religion catholique, dans l'Évangile selon Saint Luc n'est-il pas affirmé que « si vous ne prêtez qu'à ceux dont vous espérez restitution, quel mérite ? Car les pêcheurs prêtent aux pêcheurs afin de recevoir l'équivalent » ? Par ailleurs, rappelons que la législation canonique condamnera le prêt à intérêt jusqu'en 1830 et que le Vatican n'a rendu licite le prêt à intérêt qu'en 1917 (Codex iuris canonici, c.1735). C'est le protestantisme qui justifie, sous la plume de Calvin, dans sa « lettre sur l'usure », en 1545, la légitimité de l'intérêt : le capital a un « caractère de bien immédiatement productif » et l'intérêt acquiert ainsi un caractère licite »¹²². Justinien avait diminué le taux de l'usure à 6% et à 8% selon que l'emprunteur était un particulier ou un commerçant, cette dernière distinction a traversé les siècles pour être reprise tant par l'Église, que par le droit français.*

Cependant, à partir du X^{ème} siècle, les lombards, les vénitiens, les florentins et les juifs assuraient le commerce de l'argent suite au développement du commerce de change. Parallèlement, dans les universités comme celle de Bologne, les juristes prirent une position en se fondant sur le Code de Justinien, dans le sens de la levée de l'interdiction dès le XI^{ème} siècle¹²³.

30. – De l'interdiction à la permission de l'intérêt. L'ancien droit français était marqué par le droit canonique. Ainsi, l'interdiction de l'intérêt fut décrétée par les rois de France influencés par l'Église catholique. Le Capitulaire de Charlemagne réprimait sévèrement les laïcs pratiquant l'usure, comme « *en témoigne l'Admonitio generalis ou encore le Capitulaire de Nimègue de 806. Ainsi sera juste*

intention, librement et sciemment, qu'ils encourent la sentence d'excommunication (...) ». Dès la fin du XI^e siècle, cette question du prêt à intérêt et de son interdiction réapparaît. L'Église s'appuie sur les Saintes Écritures et sur la critique de la chrestomathie d'Aristote pour condamner le prêt à intérêt. Si Platon ne tolérait le versement d'un intérêt que sous la forme d'une indemnité dans le cas des mauvais payeurs, Aristote condamnait le prêt à intérêt per se ».

¹²¹ Droit des affaires, questions actuelles et perspectives historiques, sous la direction d'Edouard Richard, op. cit., p. 38 ; Lamy, Droit du financement, n°5486 : « *La question de la détermination du *lucrum cessans ex ante*, dans le contrat, avait été posée car elle aurait permis de légaliser la pratique du prêt à intérêt. Toutefois, Thomas d'Aquin ainsi que de nombreux canonistes s'y opposèrent fermement : « Quant à une indemnité pour le dommage résultant de ce qu'il ne tire pas profit de son argent, le prêteur ne peut en imposer l'obligation, parce qu'il ne doit pas vendre ce qu'il ne possède pas encore et qu'il peut en mille manières être empêché de posséder » (Somme théologique, Question 78, « Du péché d'usure »).*

¹²² Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris, rapport préc., p. 21.

¹²³ S. Piedelièvre, Intérêts des capitaux, Répertoire commercial Dalloz., n° 2.

que le prêt qui réclame ce que l'on a fourni »¹²⁴. Cependant, on ne put empêcher la stipulation détournée de l'intérêt non pas dans le contrat de prêt proprement dit, mais dans des documents ou des « titres extrinsèques » rattachés audit contrat de prêt.

Trois sortes de stipulations étaient envisageables : d'une part, les pénalités de retards (*poena*) déterminées au moment de la conclusion du contrat, d'autre part, le *damnum emergens* qui consistait à financer l'exercice des voies de recours en cas de non remboursement des sommes prêtées par l'emprunteur ; et enfin, le *lucrum cessans* pour indemniser le manque à gagner du prêteur du fait de l'immobilisation des fonds¹²⁵.

Dans les pays de droit coutumier, les prêts ne pouvaient être stipulés avec des intérêts. Ils étaient gratuits « parceque l'argent ne produit rien par lui-même, à la différence d'un héritage qui produit des fruits »¹²⁶. Différents arrêts du Parlement de Paris eurent cette position alors même que l'emprunteur eut payé volontairement des intérêts. Leur répétition fut décidée de sorte que leur imputation sur le principal eut été exigée. Il s'agissait, en l'espèce, de la restitution des intérêts payés pendant quarante ans sans que puisse jouer la prescription car « l'usure ne se prescrit pas »¹²⁷.

Dans les pays de droit écrit, la stipulation d'intérêt était possible, mais de manière détournée. Le Parlement de Toulouse n'invalidait pas les clauses qui nécessitaient un montage comme la constitution de rente pour le compte du créancier. En cas de paiement d'intérêt constaté par les juges, ils n'exigeaient ni la restitution, ni l'imputation sur le capital ; sauf si le paiement apparaissait excessif. En pratique, lesdites clauses étaient néanmoins « aventureuses ». La même approche fut adoptée dans le ressort du Parlement de Grenoble, celui du Conseil Souverain d'Alsace, dans les pays de la Bresse, et autres pays de droit écrit¹²⁸.

Toutefois, de Philippe VI¹²⁹ à Louis XIV¹³⁰, la stipulation des intérêts était autorisée dans la ville de Lyon pour les obligations passées entre marchands et négociants. Le paiement devait se réaliser lors des foires (quatre fois par an). Lorsque l'Édit de 1679 disposait que la nullité était encourue pour les

¹²⁴ *Droit des affaires, questions actuelles et perspectives historiques*, op. cit., p. 38.

¹²⁵ *Idem*.

¹²⁶ *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Dalloz, 5ème Édition, par M. Merlin, T. 13, H. Tarler Librairie-éditeur, Bruxelles, 1826, p. 426.

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ *Ibidem.*, p. 428.

¹²⁹ Ordonnance de 1349.

¹³⁰ Édits de décembre 1665 et de septembre 1679.

promesses portant des intérêts, il fit naître de grandes difficultés à tel point qu'une déclaration du roi, en 1689, et un arrêt du Conseil du 8 août 1691 laissèrent entendre un certain laxisme¹³¹.

La conscience religieuse a prévalu jusqu'à la Révolution française. À partir de 1789, les intérêts pouvaient être stipulés¹³². Le Code civil, codifié en 1804, a renouvelé cette permission dans ses articles 1905 et suivants. En matière de crédit, l'intérêt intègre, aujourd'hui, le taux effectif global (TEG) qui est régi par l'article L. 313-1 du Code de la consommation, repris par l'article L. 313-4 du Code monétaire et financier. L'article L. 313-3 du même Code évoque l'« intérêt légal » qui remplace l'intérêt conventionnel en cas de litige sur le taux.

Pourtant, l'article L. 313-1 du même Code¹³³, qui est le fondement législatif des opérations de crédit¹³⁴, n'exige pas la stipulation de l'intérêt.

31. – Absence de cadre juridique français des opérations de crédit islamique ? Il n'existe pas un véritable cadre juridique français dédié aux opérations bancaires islamiques, pas plus pour les crédits de type islamique. Il existe par contre un « cadre fiscal » pour certaines opérations (bancaires et financières) adossées à des contrats translatifs de propriété d'un bien tels que les contrats de *mourabaha*, de *tawarruq*, d'*istisna*, d'*ijara* (ainsi que pour les *sukuk*)¹³⁵. Ce régime fiscal est encore trop incertain pour la distribution à grande échelle des produits bancaires (et financiers) islamiques en raison de la nature des textes qui les encadrent.

¹³¹ M. Merlan, étude précit., p. 427. Dans un cadre non français, mais francophone, les provinces de Belgique avaient une « loi célèbre sur la stipulation des intérêts », voir, l'Annexe IV, les dispositions des articles 8 et 9 de ladite loi. Le placard de Charles-Quint, du 4 octobre 1540, autorisait les intérêts au denier douze (environ 8,30% par an) et non l'usure (P. Malaurie, *Baisse des taux d'intérêt, prêt à long terme et renégociation*, D. 1998, Chronique p. 318). De plus, il était prévu des peines pour les intérêts de nature usuraire.

¹³² Loi du 2 octobre 1789 et le décret des 3 et 12 octobre 1789.

¹³³ Article L. 313-1 du Code monétaire et financier : « Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie. Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat ».

¹³⁴ L. M. Martin, *Banques et Bourses, Traité de droit commercial*, Michel de Juglart et Benjamin Ippolito, Tome 7, Montchrestien, 1991, n° 218 et suivant ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, LGDJ - Montchrestien, Domat Droit privé, 6ème édition, 2005, 7ème édition, 2007 et 8ème édition, 2009, n° 50, C. Gavaldà et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, Litec, Paris, 6ème édition, 2005, 7ème édition, 2007, 8ème édition, 2008, 9ème édition 2011, n° 31 et suivants.

¹³⁵ Voir, note n° 5.

En effet, ce sont des instructions fiscales qui ne sont pas créateurs de droit, et n'occupent même pas une place normative dans la hiérarchie des normes¹³⁶. Elles constituent la doctrine administrative « *qui est étroitement circonscrite à leur nature de mesures d'ordre intérieur au sens de la jurisprudence du Conseil d'État : elles s'imposent aux agents du fisc en vertu du principe de hiérarchie mais elles n'ont pas de caractère juridique contraignant pour les contribuables puisqu'elles constituent de l'infra-droit, élaborée qu'elles sont par des autorités administratives dépourvues du pouvoir réglementaire* »¹³⁷. Mais, selon les mêmes auteurs, « *leur portée pratique est immense car elles viennent expliquer le sens des normes fiscales aux agents dans le dessein de les rendre plus compréhensible et d'en assurer une application plus facile et uniforme sur l'ensemble du territoire* ». À cet égard, l'article 1^{er} du décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers dispose que « *tout intéressé est fondé à se prévaloir, à l'encontre de l'administration, des instructions, directives et circulaires publiées (...) lorsqu'elles ne sont pas contraires aux lois et règlements* »¹³⁸. Ce dernier texte suscite deux interrogations contradictoires : d'un côté, il donne une « consistance » juridique à l'instruction fiscale, mais de l'autre, son contenu peut être contesté pour des motifs de légalité, notamment pour la contradiction tant au principe de laïcité qu'à l'ordre public¹³⁹.

Au regard de ces considérations, il nous a semblé opportun de proposer un cadre juridique français dédié aux opérations de crédit islamique en nous fondant sur des dispositions de nature législative et réglementaire. Dans la mesure où les crédits islamiques ne se structurent pas grâce au contrat de prêt à intérêt, ni même grâce aux contrats de crédit régis par le Code monétaire et financier et par le Code de la consommation, il convient de rechercher, dans un premier temps, dans le Code civil, les dispositions qui pourraient les régir, notamment en prenant en compte les régimes juridiques des contrats de prêt, de vente, de louage et de société. Dans un second temps, les dispositions régissant les opérations de crédit devront, à cet égard, être analysées en vue de savoir si elles concourraient à définir un cadre juridique dédié à une nouvelle notion juridique, une notion hybride de droit

¹³⁶ Pour plus de détail, voir notamment, Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, 2009, n° 40 – 42 ; G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Domat, Montchrestien, 12^e édition, 2005, n° 70 et suivants et n° 418 à 450 ; C. Larroumet, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 3^e édition, n° 68 – 169 ; B. Mathieu et M. Verpeaux, *Droit constitutionnel*, PUF, 2004, n° 401 – 470 ; P. Pactet et F. Mélin-Soucramanien, *Droit Constitutionnel*, Sirey Université, 2009, n° p. 122, 506 – 507.

¹³⁷ J. Grosclaude et Ph. Marchessou, *Droit fiscal général*, Dalloz, 7^e édition, 2009, n° 44.

¹³⁸ JO 3 décembre 1983, p. 3492.

¹³⁹ Voir infra, respectivement, n° 33 et 37.

musulman et de droit français, dont la définition doit être calquée sur celle donnée par le droit français.

32. – Définition de l'opération de crédit islamique en droit français. L'article L. 313-1 du Code monétaire et financier définit l'opération de crédit de la manière suivante : « *constitue une opération de crédit, tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une personne ou prend, dans l'intérêt de celui-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie. Sont assimilés à des opérations de crédit, le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat* ». Cette définition est suffisamment large¹⁴⁰ pour encadrer les crédits sans intérêt parce qu'une opération de crédit doit être « onéreuse ».

L'« *opération de crédit est un terme générique* »¹⁴¹ dont son unicité s'articule autour de la notion de mise à disposition à « *titre onéreux* » de fonds¹⁴². L'onérosité de la mise à disposition de fonds ne signifie pas nécessairement la perception d'un intérêt par la banque. N'est pas contraire au droit français la rémunération des dispensateurs de crédits islamique alors même que cette rémunération découle d'une clause de participation et/ou d'une marge bénéficiaire, au regard de la nature des contrats sous-jacents.

L'opération de crédit islamique peut alors être définie comme étant un *acte par lequel une personne agissant sans intérêt, mais à titre onéreux, met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie, ladite personne pouvant aussi conclure un contrat de location assortie d'une option d'achat ou de crédit-bail*. Trois points de cette définition doivent être mis en évidence. Premièrement, l'onérosité du crédit islamique doit tenir compte des commissions, des divers frais et des rémunérations de toute nature telle que la participation aux résultats d'une entreprise¹⁴³. MM. Gavalda et Stoufflet interprètent l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier de façon à reconnaître la forme participative des crédits : « *si [l'article L. 313-1] ne range les crédits parmi les opérations de banque que s'ils ont un caractère onéreux, le texte ne précise pas la*

¹⁴⁰ Pour une interprétation extensive de cette disposition, voir notamment Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, Rapport annuel, 2007, p. 15 à 37.

¹⁴¹ C-J. Serhal, *La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français*, art. préc. p. 41.

¹⁴² T. Bonneau, op. cit., n° 50 et n° 51.

¹⁴³ En ce sens C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., 8^{ème} édition, n° 49.

forme de cette rémunération »¹⁴⁴. En effet, « il suffit que le prêteur reçoive une contrepartie financière spécifique, même aléatoire. Une avance rémunérée par une participation aux profits de l'activité du bénéficiaire serait une opération de banque »¹⁴⁵. Le principe de la stipulation d'une clause de participation dans une convention de crédit islamique peut alors être admis en droit français

Deuxièmement, l'opération de crédit se distingue du prêt d'argent au sens civiliste parce que, selon M. Vasseur, « si tout prêt est une opération de crédit, toute opération de crédit n'est pas un prêt »¹⁴⁶. Cela signifie qu'une opération de crédit ne s'adosse pas forcément sur un contrat de prêt à intérêt. C'est ce qui ressort aussi de la définition donnée par le Code monétaire et financier. Par voie de conséquence, une opération de crédit peut nécessiter la conclusion de plusieurs contrats, comme c'est le cas en matière de crédit-bail où il faut distinguer l'opération de crédit-bail du contrat de crédit-bail¹⁴⁷. D'ailleurs, cette opération est une opération triangulaire à l'instar du crédit-bail islamique fondé sur l'*ijara*. Il en va de même pour les opérations de crédit *mourabaha*, *tawarouq* et *istisna*¹⁴⁸.

Enfin, troisièmement, les garanties bancaires, dès lors qu'elles sont rémunératrices, sont des mises à disposition de fonds. Mais, le droit musulman interdit la rémunération en matière de garanties bancaires parce que toutes formes de sûreté doivent être gratuites. De même, les cessions de créance sont prohibées dès lors qu'une opération d'escompte est nécessaire¹⁴⁹.

Se pose donc la question de savoir si les dispositions françaises peuvent efficacement régir les différentes catégories de crédit islamique. On peut les classer en deux grandes catégories : d'une part, les crédits adossés à un bien (meuble ou immeuble) se fondant sur des contrats de vente et location, et d'autre part, les crédits participatifs s'adossant sur des contrats de société. Ces derniers soulèvent la question de la souscription de parts sociales par le banquier et son client.

¹⁴⁴ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 41-1.

¹⁴⁵ Ibidem, n° 38.

¹⁴⁶ M. Vasseur, *Droit et économie bancaire, Les cours du droit, Institutions bancaires*, Fasc. I-A, 4^{ème} édition, 1985-1986, p. 74.

¹⁴⁷ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 531.

¹⁴⁸ Voir infra, n° 39 à 42

¹⁴⁹ Voir infra, n° 43 et 44.

En droit français, en matière de détermination de l'assiette du taux effectif global (TEG), la Cour de cassation, a exigé que la souscription de parts sociales entre dans l'assiette de calcul du taux effectif global (TEG). Elle a été qualifiée de « frais »¹⁵⁰.

Est-ce suffisant pour affirmer que les crédits islamiques, et de manière générale, la finance islamique ne sont pas contraires au droit français, notamment au principe de laïcité ?

33. – Opérations de crédit et principe de laïcité. La laïcité n'est définie par aucun texte en France¹⁵¹. Le principe de laïcité est un principe constitutionnel posé par l'article Premier de la Constitution du 4 octobre 1958 qui dispose que « *la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale* ». Le même article assigne à l'État une responsabilité dans la mesure où il « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. [La France] respecte toutes les croyances* ». Selon MM. Pactet et Mélin-Soucramanien, « *la définition la plus claire de la laïcité « à la française » est sans doute celle qu'a retenue le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 19 novembre 2004 à propos du « Traité constitutionnel européen »*¹⁵². En effet, le Conseil constitutionnel interdit « *à quiconque de se prévaloir de ses croyances pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers* »¹⁵³. Ni cette décision, ni les articles de la Constitution ne font obstacle à l'exercice des activités bancaires et financières islamiques dès lors que le banquier et son client respectent les *règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers*. Cette précision montre que le principe de laïcité a un champ d'application limité aux situations juridiques nées des interactions entre le citoyen et l'État, et ses administrations.

Selon Mme Riassetto, « *la création en droit des affaires d'institutions juridiques « faith-based » n'est pas contraire au principe de laïcité. Elle s'inscrit parfaitement dans le cadre de la liberté de croyance religieuse garantie par la Constitution* »¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 23 novembre 2004, Bull. civ. I, n° 289, p. 243 ; Revue de droit banc. et fin., janv.-fév. 2005, p. 14, obs. Crédot et Gérard.

¹⁵¹ G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, *Droit administratif*, 12^{ème} édition, Sirey, 2011, p. 576, note 2 : « *Principe mentionné à deux reprises dans la Constitution de 1958 (art. 1^{er}, et al. 13 du Préambule de 1946) et souvent associé à la loi du 9 décembre 1905 portant séparation des Églises et de l'État (laquelle il faut le noter, bien qu'elle soit considérée comme son principal fondement législatif, n'utilise pas le mot* ».

¹⁵² P. Pactet et F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, 28^{ème} édition, Sirey, 2009, p. 349.

¹⁵³ Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004, DC 2004, Rec. 173, considérant 18, in *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, L. Favoreu et L. Philip, 15^{ème} édition, Dalloz, 2009, n° 44.

¹⁵⁴ I. Riassetto, *Le « faith-based », un concept en droit bancaire et financier*, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, sous la dir. de G. Fargat et E. Dolley, Post faces de J. L. Bergel et Th. Bonneau, LGDJ, 2010, p. 174 - 175.

La laïcité est, selon la doctrine, un principe de neutralité de l'État à l'égard des religions qui ne peuvent influencer sur l'exercice du pouvoir. Neutralité ne signifie pas indifférence¹⁵⁵ : « *sur le plan du droit, le terme désigne la neutralité religieuse de l'État. On y inclut aussi l'absence de discrimination (donc l'égalité) et la liberté en matière religieuse, mais l'égalité et la liberté ont leurs fondements juridiques propres, sans qu'il soit nécessaire de faire appel à la laïcité* »¹⁵⁶. Selon M. J. Robert, les dispositions françaises « *font parfaitement le lien entre la notion de neutralité négative qui suppose la « discrétion » de l'État et celle de neutralité « positive » qui implique l'engagement de l'État d'assurer pratiquement, à chacun, dans sa quotidienneté vécue, le libre exercice de sa religion, c'est-à-dire de mettre à sa disposition, si la nécessité l'impose, les moyens lui permettant d'en observer les règles* »¹⁵⁷. Ainsi, cette « laïcité-neutralité »¹⁵⁸, qui peut être active ou passive¹⁵⁹, ne s'opposerait pas à une réglementation des activités bancaires islamiques¹⁶⁰.

¹⁵⁵ P. Pactet et F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 349.

¹⁵⁶ Dictionnaire du droit des religions, p. 436.

¹⁵⁷ J. Robert, *La liberté de religion, de pensée et de croyance*, in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. Cabrillac, M.-A. Frisson-Roche et Th. Rivet, Dalloz, 2007, p. 343 ; voir aussi Dictionnaire du droit des religions, sous la dir. de Fr. Messner, CNRS Édition, 2010, le terme « Laïcité » auquel est adjoint le mot « Neutralité », p. 433 ; voir aussi Fr. Messner, P.-H. Prélôt, J.-M. Woerhling, *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003, p. 111 – 123 ; p. 239 à 270 ; spéc. p. 393 – 402 et 427 – 444 ; p. 398.

¹⁵⁸ Fr. Messner, P.-H. Prélôt, J.-M. Woerhling, *Traité de droit français des religions*, op. cit., p. 398 : « *À la lecture des travaux préparatoires des Constitutions de 1946 et 1958, il apparaît que l'intention des constituants n'était que de donner à la notion de laïcité une acception rigide. Il s'agissait plutôt de conférer un sens très général à l'idée de neutralité de l'État. C'est pourquoi on a pu parler de « laïcité de cohabitation »* ».

G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, *Droit administratif*, op. cit., n° 272 : « *La neutralité du service public est le prolongement de l'égalité mais elle ne s'y réduit pas et doit être distinguée. Elle signifie certes que les autorités administratives et leurs agents ne doivent pas pratiquer de propagande dans le cadre du service public ou de favoritisme en prenant en considération les origines raciales, la nationalité, les obédiences religieuses ou les convictions politiques des administrés. Toutefois, tout autant que de l'égalité, la neutralité résulte du principe de laïcité* » ; voir aussi R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, Domat droit public, Montchretien, 15^{ème} édition, 2001, n° 787.

¹⁵⁹ Pour l'aspect positif (rendre possible l'exercice du culte) et l'aspect négatif (la religion est reléguée à la sphère privée puisque la République « ne reconnaît aucun culte » en vertu de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905), voir J. Rivero et H. Moutouh, *Libertés publiques*, Tome II, 7^{ème} édition, PUF, 1977, p. 157 – 158 : « *puisque les religions sont désormais affaires privées, l'État laïque n'a aucune raison de les ignorer systématiquement, alors qu'il est en relation avec toutes les autres formes – culturelles, sociales, économiques – de l'activité privée. Bien plus, il y aurait, dans cette ignorance, une discrimination à l'encontre des seules activités religieuses, qui irait contre la logique du système : en les ignorant, l'État leur ferait un statut à part, différent de celui qu'il applique à toutes les activités privées* » ; voir aussi le Dictionnaire du droit des religions, p. 436 ; et G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Armand Colin, 7^{ème} édition, 2005, p. 412.

¹⁶⁰ Pour une réflexion sur la neutralité en matière financière, E. Derieux, *Neutralité et responsabilité des intermédiaires : Du mythe à la réalité du principe de « neutralité »*, JCP G, n° 13, 226 mars 2012, p. 617 : « *les lois du marché et la raison du plus fort, du plus puissant ou du plus habile dans l'usage des techniques sont une atteinte aux libertés. (...) Entre le faible et le fort, c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère* ».

Étant donné que les conventions internationales ont une valeur supra-législative¹⁶¹, la France est également tenue d'appliquer l'article 9 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 qui dispose que « *toute personne a droit à la liberté de religion* ». Outre le droit de choisir sa religion, cette liberté implique la possibilité de la manifester « *individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, la pratique et l'accomplissement de rites* ». Toutefois, cet article ne prévoit pas la manifestation de la religion à travers les activités économiques. Faut-il alors le combiner avec la liberté d'entreprendre qui, composante de la liberté du commerce et de l'industrie¹⁶², consiste pour une personne de créer son entreprise et de pouvoir librement l'exploiter ?

Lorsque la laïcité est évoquée, il est fait référence à la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation de l'Église et de l'État, notamment pour souligner la non-conformité de la finance islamique à ce principe¹⁶³. Son article 1^{er} dispose que « *la République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public* ». Cet article ne s'y oppose pas, pas plus qu'elle ne s'applique aux banques parce que son objet consiste à interdire le financement des cultes par l'État¹⁶⁴.

Les banques islamiques ne sont donc pas concernées par cette loi parce que d'une part, la laïcité devrait être comprise comme un principe de droit public qui régit les rapports de l'État et de ses administrations, avec les citoyens, et d'autre part, l'État se doit de conjuguer avec tous les courants

¹⁶¹ Article 55 de la Constitution : « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* » ; voir L. Favoreu, P. Gaïa, R. Chevontian, F. Mélin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffini, J. Tremeau, *Droit des libertés fondamentales*, précis Dalloz, 3^{ème} édition, 2005, n° 456 : « *Corollaire immédiat du caractère objectif de la Convention, l'applicabilité directe permet aux individus de se prévaloir de ce texte dans la mesure où les États ont, au moment de son adoption, clairement leur volonté de conférer de tels droits et prérogatives. La Cour considère ainsi que les normes de la Convention ont toute vocation à être directement appliquées, tant par le juge interne qu'international* ».

¹⁶² La liberté d'entreprendre a une valeur constitutionnelle alors que ce n'est pas le cas de la liberté du commerce et de l'industrie, reconnue depuis le « Décret d'Allarde » des 2-17 mars 1791, Décret complété par la loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791, et ne figurant ni dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ni dans la Constitution du 4 octobre 1958 (L. Favoreu, P. Gaïa, R. Chevontian, F. Mélin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffini, J. Tremeau, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., n° 279). C'est pourquoi sa valeur constitutionnelle n'est pas reconnue bien qu'elle soit un principe général du droit français après une décision rendue par le Conseil d'État (CE, Ass., 22 juin 1951, Rec. p. 362) ; voir aussi C.-A. Colliard et R. Letteron, *Libertés publiques*, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2005, n° 711 à 715.

¹⁶³ Pour un exemple de crainte de remise en question de la Laïcité par l'introduction de la finance islamique, voir un article paru dans *Le Monde* : *La finance islamique menace la laïcité*, Point de vue, 20 novembre 2009.

¹⁶⁴ Article 2 : « *La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1er janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'Etat, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes* ».

religieux et non religieux pour assurer une cohérence sociale et économique. La laïcité n'est pas un principe de portée économique.

Puisque l'État français ne doit pas croire en une religion, il ne doit non plus pas, de par ses prérogatives de puissance publique, assimiler dans une seule et unique vision la diversité des cultures, des croyances, des ethnies sur son territoire, sans tenir compte de leurs véritables aspirations, notamment en matière bancaire et financière. La laïcité ne peut pas alors être, selon cette approche, un obstacle à la combinaison de la liberté de religion et la liberté d'entreprendre : dès lors que le citoyen, aspirant croyant, respecte les lois de la République, il a le droit de demander à l'État de garantir, d'assurer, de protéger et de défendre cet ensemble de libertés conformément aux dispositions du droit interne et du droit international.

34. – Neutralité de la loi française et contrat de crédit islamique. Il faut donc veiller à ce que le contenu des contrats de crédit islamique ne soit pas contraire à la loi française. En fait, « *l'élément religieux, par exemple, une prescription édictée par le Coran telle que le ribâ va intégrer le contrat en participant d'une qualification juridique. En l'occurrence, il participera de la définition des obligations auxquelles le contrat donne naissance (rémunération d'un prêt, modalités de gestion de l'actif du fonds d'investissement) (...) Entré dans le champ contractuel, l'élément religieux va acquérir une force obligatoire et s'imposer au partie (C. civ. art. 1134)* »¹⁶⁵. Du moment que les obligations chargées de religiosité ne sont pas en contradiction avec la loi, cette dernière demeure neutre. Mais, il est important que le ou les contrat(s) sous-jacent(s) ai(en)t une qualification juridique adéquate parce qu'une opération de crédit islamique adossée à un bien et qu'une opération de crédit participative ne produisent pas les mêmes effets, pas plus qu'ils aient les mêmes conditions de formation du contrat sous-jacent. Ainsi, les parties devront expressément stipuler des clauses rendant le crédit conforme à la loi islamique, sans contrevenir au droit français.

Sur le terrain de l'objet du contrat, il faut probablement admettre que « *le fait religieux peut également intégrer l'objet d'une obligation au titre de ses modalités d'exécution. Il en est ainsi de l'obligation de délivrance pesant sur le vendeur de produit casher ou halal, comme de l'obligation du prestataire de service* »¹⁶⁶. Cet objet doit être possible et licite en droit français. En vertu de

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ *Traité de droit français des religions*, sous la dir. de F. Messner, P.-H. Prélôt et de J.-M. Woerling, avec la collaboration d'I. Riassetto, Litec, 2003, n° 1514 et suivants, spécialement, n° 1543 à 1545, voir aussi n° 1514 à 1569, « *Religion et contrat* ».

l'article 1172 Code civil, « toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend ». Dès lors, les contrats de crédit islamique ne devraient pas être annulés au motif d'une illicéité ou l'impossibilité de l'objet de l'obligation du distributeur de crédit islamique de mettre, sans intérêt, des fonds à disposition d'un client.

Enfin, il faut aussi permettre à une partie à un contrat de crédit islamique d'invoquer les articles 1147¹⁶⁷ ou 1184¹⁶⁸ du Code civil pour, respectivement, rechercher la responsabilité contractuelle de son cocontractant ou, pour résoudre le contrat si le crédit n'a pas une nature « islamique ».

35. – Opération de crédit islamique, une nouvelle notion juridique en droit français.

L'encadrement juridique d'une nouvelle notion par le droit français doit tenir compte de certaines règles islamiques, notamment en raison du phénomène de renaissance du droit musulman classique grâce au développement de la finance islamique¹⁶⁹. Réciproquement, le droit musulman devrait intégrer une partie des règles de droit français,

Cette notion serait certainement une nouveauté pour le droit français. Mais, c'est également le cas pour le droit musulman parce qu'aucun manuel de *fiqh*, de droit musulman, n'expose une théorie générale des crédits bancaires¹⁷⁰. C'est probablement dû au fait que le crédit est identifié à une opération *ribawi* par les musulmans. M. Taqi Usmani indique que les contrats utilisés par la finance

¹⁶⁷ Article 1147 du Code civil : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

¹⁶⁸ Article 1184 du Code civil : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

« Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein de droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts.

« La résolution doit être demandée en justice, il peut être accordée au défendeur un délai selon les circonstances ».

¹⁶⁹ N. Hardy, *Finance islamique et renouveau du droit islamique au Moyen Orient : les contraintes de l'innovation financière pour les juristes-fuqaha*, Thèse, École des Hautes Études en Sciences Sociales, dirigée par Baber Johansen, jury présidé par Alain Couret, soutenue le 28 juin 2006.

¹⁷⁰ Les auteurs suivants n'en font pas mention dans leur ouvrage : W. Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 1 à 366 ; *Islamic Banking and Finance, What It Is and What It Could Be*, op.cit. ; H. Döndüren, op.cit. ; M. Ayub, op.cit. ; C. Chehata, op.cit. ; N. Comair-Obeid, op.cit. ; T. Usmani, *An introduction to Islamic Finance*, op.cit. ; Z. Iqbal et A. Mirakhor, op.cit. ; B. Kettel, op.cit. ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, *Structuring Islamic Finance Transaction*, op.cit. ; M. El-Gamal, *Finance islamique, Aspects légaux, économiques et pratiques*, op.cit. ; F. Guéranger, *Finance islamique, Une illustration de la finance éthique*, op.cit.

Toutefois, voir l'analyse de l'Islamic Financial Services Board qui expose la nature des contrats de financement par les banques islamiques, et la nature des risques (*Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institution) offering only Islamic Financial Services*, op.cit.).

islamique n'étaient pas prévus à l'origine à cet effet et suggère la systématisation de nouveaux concepts en matière bancaire et financière¹⁷¹. C'est pourquoi le droit musulman peut aussi encadrer des crédits régis par le droit français.

35 bis. – Complémentarité entre le droit musulman et le droit français. Un courant doctrinal a commencé à expliquer les rapports juridiques que devraient exister entre le droit musulman et le droit français en matière bancaire et financière¹⁷². Il est d'abord important de savoir si la Charia va s'appliquer à la place du droit français pour certaines opérations, interrogation clairement soulevé par M. Affaki : « *la Charia présente-t-elle les traits d'un système normatif qui permettrait de reconnaître à ses règles le caractère de règles de droit et, partant, accepter qu'elles puissent régir la finance islamique en France ?* ». L'auteur répond affirmativement : « *assurément, oui, car si la Charia ne constitue pas une loi, du moins dans le sens d'ensemble codifié qui distingue les systèmes de tradition civiliste, ses règles jouissent, indéniablement, d'un caractère normatif susceptible de lier leurs destinataires. En cela, elles doivent être qualifiées de règles de droit* »¹⁷³. Il ajoute qu'« *il n'est pas nécessaire de changer notre droit pour renforcer l'attractivité de la place de financière de Paris, encore moins de forcer les investisseurs étrangers à s'acculturer au droit français aux dépens*

¹⁷¹ M. Taqi Usmani, *Looking for new steps in Islamic finance*, Islamic Finance Review, Euromoney Yearbooks, 2007/08, p. 1.

¹⁷² 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*, sous la direction de Jean Paul Laramée, Préface d'Ahmad Jachi, de Hervé de Charrette et Avant-propos de Dominique de Courcelles, Secure Finance ; G. Affaki, *La finance islamique en France : entre accueil et réforme*, Revue Banque, juin 2010, n° 725, p. 56 ; J. De Balanda et F. Bourabiat, *Fiducie et finance islamique*, in *Quel avenir pour la fudicie*, Dossier, Droit et patrimoine, n° 192, mai 2010, p. 84 ; E. Jouini et O. Pastré, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Rapport remis à Paris Europlace, novembre 2008 ; I.-Z. Cekici, *La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamiques en France*, in Dossier, *Problématiques autour du droit du crédit*, Revue Lamy Droit des Affaires, octobre 2008, p. 120 ; I.-Z. Cekici, *Le cadre juridique des opérations de crédit islamique en France*, Revue de droit banc. et fin., mars-avril 2011, p. 31 ; J.-M. Moulin, *Principes et moyens de la finance islamique*, Dossier La Finance Islamique, Journal des Sociétés, juin 2010, n° 77 ; G. Saint-Marc, *Le droit français est-il compatible avec la finance islamique ?*, Revue Banque, n° 703, juin 2008, p. 60. G. Saint-Marc, *La finance islamique : une alternative pour financer l'économie française*, Bull. Joly Bourse, Mars-Avril 2009, p. 153 C.-J. Serhal, *La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français*, Banque et droit, n° 106, mars-avril 2006, p. 39 ; C.-J. Serhal, *Les prêts participatifs à l'heure de la finance islamique*, Banque Stratégie, novembre 2007 ; C.-J. Serhal et I.-Z. Cekici, *L'application du taux effectif global aux contrats de financements islamiques*, Banque et Droit, n° 126, juillet-août 2009, p. 3 ; ou encore M. Ruimy, *La finance islamique*, Arnaud Franel éditions, 2008 ; et G. Causse-Broquet, *La finance islamique*, Revue Banque, Paris, 2009 ; N. Mathey, *La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire*, Rev. dr. banc. et fin., mars-avril 2012, in Dossier « *Les nouveaux déterminants de la finance (1^{ère} partie)* », n° 2, p. 81 ; G. Parléani, *Regards pragmatiques sur la finance islamique*, Rev. dr. banc. et fin., mars-avril 2012, in Dossier « *Les nouveaux déterminants de la finance (1^{ère} partie)* », p. 76-81.

¹⁷³ G. Affaki, *L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur un transfert d'un système normatif*, art. préc., p. 152.

du système de valeurs auquel ils s'identifient »¹⁷⁴. Cette position souffre néanmoins d'une spécificité, à savoir qu'elle concerne les transactions internationales.

Mais l'idée d'une complémentarité fait son chemin en doctrine. Selon M. Saint-Marc, « *le contexte juridique français est largement compatible avec les problématiques de la finance islamique. Les grands préceptes de la Charia se trouvent aussi dans notre Code civil : le jeu est interdit depuis 1804 et l'usure est aussi prohibée* »¹⁷⁵. Optant pour une même approche, d'autres auteurs indiquent que « *M. A. Couret, Professeur de droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, a démontré qu'il n'y a pas d'abîme entre la finance islamique et le droit français, tout laïc qu'il est, parce qu'il est d'essence chrétienne et porte les traces de prohibitions communes aux religions monothéistes, dont celles de l'usure, de la spéculation et qu'il est favorable à l'idée de partage, la France [est] un pays de mutuelles et d'assurances* »¹⁷⁶. Ces arguments militent donc pour reconnaître la conformité des financements islamiques au droit français.

D'ailleurs, M. Mathey a examiné la concordance entre les techniques bancaires françaises et islamiques : « *plus encore que les techniques évoquées qui permettent la réalisation d'opération de financement, la difficulté à mettre en place des crédits à la consommation classiques peut susciter une réflexion plus fondamentale. En effet, comme cela était particulièrement visible dans la pensée juive traditionnelle ou encore chez les Pères de l'Église, l'usure enrichit le riche et appauvrit le pauvre qui ne satisfait pas davantage ses besoins vitaux en recourant à l'emprunt. L'usure mord le pauvre tout en menaçant le salut du riche (...) La banque islamique implique nécessairement une réduction du crédit dans la mesure où la prise de risque est plus grande. Cette forme de raisonnement du crédit qui n'est pas vraiment dans l'esprit politique des temps implique une modification du style de vie. Ces difficultés soulevées par la banque islamique de détail conduisent à nous interroger sur la légitimité du recours au prêt à intérêts pour financer les besoins de la vie courante. Dès lors que l'argent ne permet pas une activité productive de richesse, est-il bien légitime de percevoir un intérêt ? La crise actuelle suscite précisément une telle question et l'on voit bien que la doctrine islamique comme la doctrine sociale de l'Église peuvent conduire à remettre en*

¹⁷⁴ Ibidem, p. 171.

¹⁷⁵ G. Saint-Marc, propos recueillis par A. Fulconis-Tielens, *La finance islamique a-t-elle un avenir prometteur en France ?* in *La finance islamique en Europe*, Dossier, Revue Banque, novembre 2007, n° 696, p. 29.

¹⁷⁶ Lamy Droit du financement, 2011, n° 5434 ; A. Couret, *La réflexion française sur l'adaptation du droit national aux exigences de la finance islamique*, Forum Franco-Saoudien pour le dialogue des civilisations, 15-16 mars 2010, département de recherche Sorbonne-Finance (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne) en partenariat avec le Bureau Culturel de l'Ambassade du Royaume d'Arabie Saoudite, Paris.

cause certaines pratiques sur lesquelles nous avons cessé de réfléchir »¹⁷⁷. Est-il juste de s'interroger sur la pratique du prêt à intérêt uniquement dans un contexte de crise ?

Les propos de M. Mathey reprennent les positions des religions les importantes sur cette pratique. Cependant, la pensée islamique reste inflexible sur ce point, ce qui lui permet d'innover en matière bancaire et financière.

M. Parléani pense que « *loin d'apparaître extravagants, les instruments de la finance islamique semblent plutôt rassurants, et parfaitement assimilables dans un environnement juridique occidental. Sans doute supposent-ils une certaine ingénierie juridique, non pas toutefois pour les rendre utilisables, mais plutôt pour les articuler avec le droit et la pratique bancaire d'un État comme la France. D'un point de vue, générale, la finance islamique constitue sans doute une alternative certaine aux pratiques bancaires classiques. Pourtant, certains, encore aujourd'hui, se plaisent à ironiser sur l'hypocrisie et l'artifice qui caractérise le profit islamique. Il serait pourtant opportun de comprendre que la finance islamique, sans être la panacée, invite toujours à la distinction entre les moyens et le résultat, et à la circonspection lorsque la finance est par trop déconnectée des sous-jacents de l'économie réelle* »¹⁷⁸. Ces positions doctrinales n'ont pas encore eu de retombée sur la production normative, sous réserve des instructions fiscales relatives aux produits bancaires et financiers islamiques. Une partie de la doctrine semble avoir admis la pratique de la finance islamique dans les pays occidentaux, notamment en France. À cet égard, le droit français peut-il encadrer les opérations de crédit islamique ?

Étant donné que les dispensateurs de crédit islamiques se limitent le plus souvent à des catégories de contrat de crédit stipulant une marge bénéficiaire (*mark-up*)¹⁷⁹, il apparaîtra que la différence de nature entre les intérêts et la marge bénéficiaire ne réside non point sur le mode de calcul de la rémunération des professionnels du crédit, mais sur le « fait générateur » de chacun.

Ce fait générateur (appelé « *illâ* » en droit musulman) permet de tracer la ligne de démarcation entre l'intérêt et les autres formes de rémunération¹⁸⁰. Ainsi, une rémunération licite et celle qui ne l'est pas selon la loi islamique peut être aisément détectée par les pouvoirs publics français. Sur ce point,

¹⁷⁷ N. Mathey, *La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire*, art. préc., n° 23-24, p. 84.

¹⁷⁸ G. Parléani, *Regards pragmatiques sur la finance islamique*, art. préc., n° 34, p. 81-82.

¹⁷⁹ M. Boudjellal, *Three decades of experimentation: Rethinking the theory of Islamic banking*, Review of Islamic economics, Journal of the International association for Islamic economic and the Islamic Foundation, vol. 10, n° 1, 2006, p. 24 et 27. Cela emporte des critiques dénonçant l'hypocrisie du système tel que le relève MM. P. Grangereau et M. Haroun (*Banques islamiques : la problématique de la mise en place de cofinancements*, Banque Magazine, n° 657, avril 2004, p. 53).

¹⁸⁰ Voir infra, n° 337 – 355.

l'Administration fiscale a déjà opéré la distinction entre le profit dégagé par une transaction bancaire ou financière islamique et l'intérêt généré par des opérations similaires, tout en assimilant le premier en intérêt : « *les règles fiscales doivent être appliquées, pour le financier, en regardant le revenu comme un flux d'intérêts que produirait un financement conventionnel équivalent, et pour le client, comme un flux d'intérêts qu'il acquitterait dans le cadre d'un financement conventionnel équivalent. Les autres éléments du prix (commission, plus-value, etc.) demeurent quant à eux taxables selon les règles de droit commun applicables au financier et au client considérés* »¹⁸¹.

Outre cette marge bénéficiaire, il faut aussi tenir compte des opérations de « crédit participatif » qui applique le principe du partage des profits et des pertes (principe des 3P) car elles s'adosent à des contrats de société, lesquels peuvent également être combinés avec un contrat de location pour appliquer simultanément le principe de la participation et de la marge bénéficiaire.

Par contre, il n'est pas possible en droit musulman, contrairement au droit français, d'appliquer ni l'une, ni l'autre, pour deux séries d'opérations de crédit. Sont concernés d'une part les garanties bancaires, et de manière générale toute forme de sûreté et, d'autre part, les crédits par mobilisation des créances. Le banquier islamique ne peut percevoir une rémunération, qu'en contrepartie d'un service réellement rendu dans ce genre d'opérations. Cela implique qu'il peut percevoir des commissions, voire des frais, mais jamais un profit. En effet, si la rémunération est la contrepartie des fonds avancés, elle est *ribawi* en raison de la prohibition islamique de la vente des créances et des dettes (*bay al dayn bil dayn*)¹⁸².

Toutes ces techniques bancaires islamiques ont des fondements juridiques français, mais dont les modalités d'exécution des transactions nécessitent des clarifications qui seront mises en exergue plus bas. Un des points les plus délicats de l'accueil de la finance islamique par le droit français est, après le principe de laïcité, la conformité à l'ordre public français.

36. – Conformité à l'ordre public ? La nature islamique d'un crédit est-il contraire à l'article 6 du Code civil qui dispose qu'« *on ne peut pas déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* » ? Pour envisager cette interrogation, on ne retiendra que la notion d'ordre public, et non celle de bonnes mœurs¹⁸³.

¹⁸¹ Instruction fiscale du 23 juill. 2010, BOI 4/FE/S1/10, relative aux opérations de *mourabaha*, § 13.

¹⁸² Voir infra, n° 141.

¹⁸³ Des auteurs, comme MM. J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, ont souligné le « *caractère artificiel de la distinction entre l'ordre public et les bonnes mœurs* » parce que les deux notions « *correspondent à l'affirmation d'une suprématie* »

Aucun texte ne donne une définition de l'ordre public, malgré de nombreuses définitions proposées par la doctrine¹⁸⁴. MM. J. Hauser et J.-J. Lemouland nous informe que « *la notion d'ordre public est l'une des notions juridiques les plus difficiles à définir, et les tentatives de la doctrine pour aboutir à une formule satisfaisante ont rarement été couronnées de succès, sauf à retenir de très longues définitions. On souligne en général que les auteurs qui ont recherché à surmonter cet obstacle ont proposé des formules toutes différentes. M. Malaurie (L'ordre public et le contrat, Thèse, Paris, 1953) a recensé plus de vingt définitions sans pour autant constater que l'une d'entre elles était satisfaisante. Il en a d'ailleurs proposé une qui a souvent été reprise : « l'ordre public, c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la société » » ». M. Malaurie, d'après ces auteurs, cita dans sa thèse Planiol en retenant une caractéristique essentielle de cette notion : « *une disposition serait d'ordre public « toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi » »*. Mais, le recours à l'intérêt général n'est pas non plus satisfaisant pour ces auteurs.*

Étant donné que « *nombre de commandements religieux se trouvent en quelques sortes « laïcisés » par une règle de droit impérative et relèvent de l'ordre public »*¹⁸⁵, une convention de crédit islamique, écartant expressément le « *ribâ* » et le « *gharar* », est-elle contraire à l'ordre public ? Il convient de voir deux séries de considérations qui tendent vers une réponse négative à cette interrogation : les unes concernent le contenu de la notion, et les secondes s'attachent à identifier les dispositions impératives en matière de crédit.

Quant aux premières, MM. J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, effectuent la distinction entre l'ordre public politique et l'ordre public économique, où le premier comprend la défense de l'État, de la famille, de la morale en raison notamment de son caractère judiciaire, contrairement à l'ordre public économique qui est principalement d'essence législative¹⁸⁶. Ces auteurs ont remarqué que le premier

de la société sur l'individu : celle-là impose à celui-ci le respect de certaines règles, considérées comme essentielles à son organisation » (Droit civil, Les obligations, I. Les actes juridiques, Dalloz, Sirey Université, 14^{ème} édition, 2010, n° 277) ; en ce sens, voir F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, Précis Dalloz, 10^{ème} édition, 2009, n° 370 : « L'ordre public et les bonnes mœurs présentent une certaine parenté. Ils remplissent tous les deux les mêmes fonctions. Ce sont des interdits sociaux qui restreignent la liberté contractuelle. Ils marquent qu'il existe, au-dessus des intérêts particuliers, des intérêts généraux que le pouvoir de la volonté ne saurait méconnaître. Ils ont tous les deux la même nature conceptuelle. Ce sont des normes à contenu indéterminé, des standards, qui ne répondent à aucune définition précise qui ont souvent besoin du relais des juges pour être concrétisées ».

¹⁸⁴ *Ordre public et bonnes mœurs*, Encyclopédie Dalloz, Civil VIII, n° 1.

¹⁸⁵ *Ibidem*, n° 155.

¹⁸⁶ J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Droit civil, Les obligations, I. Les actes juridiques*, op. cit., n° 280 à 299. La même distinction est opérée par MM. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit., n° 376 à 385 ; de même par A. Bénabent, *Les obligations*, op. cit., n° 158 à 160, qui distingue au sein de l'ordre public économique apparu

a pour objectif « *d'empêcher la conclusion de contrats qui seraient contraires à l'ordre social, l'ordre public politique [étant] essentiellement négatif. Il est interdiction : tu ne feras pas ceci* » ; alors que « *l'ordre public économique est le plus souvent positif : tu feras ceci de telle manière. Il est commandement parce que la fin poursuivie n'est plus de dissuader les particuliers de s'engager dans certaines sortes de contrats, mais de les obliger à couler leur accord dans un moule préétabli* » par le législateur¹⁸⁷. Il existe cependant un sentiment de délitement de l'ordre public « classique » selon MM. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette parce qu'« *il veille à la défense des piliers de la société – l'État, la famille, l'individu – l'ordre public classique pourrait être perçu comme immuable. Mais un certain recul des valeurs, à moins qu'il s'agisse d'une modification de leur hiérarchie, conduit au refoulement des interdits traditionnels. Ainsi, l'ordre public familial a tendance à reculer face à l'exaltation de l'individualisme. Quant aux interdits qui visent à protéger l'individu, ils cèdent eux-mêmes de plus en plus devant le culte du marché et de la science, nouveaux dieux d'une société sans Dieu* »¹⁸⁸. Dès lors, l'absence de stipulation de l'intérêt contrevient-elle à des textes qui régissent une société sans Dieu, ayant cependant un caractère d'ordre public ? À bien analyser l'article 6 du Code civil, la conclusion de conventions de crédit islamique demeure conforme à sa lettre et à son esprit.

Mais, selon la Cour de cassation, le juge peut déclarer une règle juridique comme étant d'ordre public. Plus précisément, il a été jugé, conformément à l'article 1133 du Code civil¹⁸⁹, que « *la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public sans qu'elle soit prohibée par la loi* »¹⁹⁰. Un juge pourra-t-il alors annuler un contrat de crédit islamique en motivant sa décision sur une cause illicite¹⁹¹ ? Il est difficile de répondre clairement parce qu'« *il appartient au juge dans le silence de la loi, de dire non seulement si la norme est d'ordre public au sens de l'article 6 du Code civil, mais encore si sa transgression est sanctionnée par la nullité. La réponse varie selon que la norme*

après la Première Guerre Mondiale l'ordre public de protection qui protège les faibles (consommateurs, emprunteurs, locataires, etc.) et l'ordre public de direction « *destiné à transmettre aux différents rouages de l'activité les impulsions que décide l'État* » dont la sanction est « *généralement la nullité du contrat ou de la clause qui y contrevient* ».

¹⁸⁷ MM. J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 1. Les actes juridiques*, op. cit., n° 296.

¹⁸⁸ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit., n° 377.

¹⁸⁹ « *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public* ».

¹⁹⁰ Req., 4 décembre 1929, DH 1930, 50 ; S., 1939, 1. 49, note Esmein.

¹⁹¹ J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 1. Les actes juridiques*, op. cit., n° 275 : « *il s'agit, cette fois, d'une condition négative de la formation du contrat : le contrat est nul s'il est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Ces deux notions sont la manifestation la plus directe du volontarisme social qui constitue le fondement du contrat. Elles assignent, en effet, à la liberté contractuelle dont jouit tout sujet de droit, des limites dont nul ne peut s'affranchir* ».

*transgressée a, ou non, une « force intérieure » qui la justifie »*¹⁹². La norme dont les auteurs font mention peut concerner les dispositions de droit commun et celles qui sont spécifiques au crédit. Il faut d'abord préciser que la Cour de cassation a jugé que *« si les dispositions concernant le crédit sont d'ordre public, les nullités sanctionnant les irrégularités relevées sont des nullités relatives »*¹⁹³. Par exemple, l'illicéité de la cause du contrat de crédit islamique peut être retenue parce qu'un droit religieux s'imisce dans les contrats régis par le droit français. Cette immixtion serait contraire à l'ordre public.

En matière de protection des consommateurs, les Lois n° 78-23 du 10 janvier 1978 et n° 79-956 du 13 juillet 1979 sur les opérations de crédit (mobilier et immobilier) destinés aux particuliers sont aujourd'hui codifiées dans le Code de la consommation¹⁹⁴. Ces dispositions sont-elles toutes des dispositions d'ordre public ? Toutes les dispositions régissant le crédit ne le sont pas. En effet, l'article L. 313-17 du Code dispose que *« les dispositions des chapitres I et II et des sections 2 à 8 du chapitre III du présent titre sont d'ordre public »*. Sont concernés la phase précontractuelle, ainsi que la formation, le contenu et les effets du contrat de crédit¹⁹⁵ : *« on y retrouve, souvent cumulées, les trois sortes de restrictions caractéristiques de la législation moderne : regain de formalisme, notamment pour l'information des particuliers ; réglementation du contenu du contrat, pour ménager les intérêts des consommateurs ; altérations de l'effet obligatoire du contrat, pour garantir une meilleure conscience des engagements souscrits »*¹⁹⁶. Le trait commun de ces dispositions est qu'elles concernent la catégorie des contrats d'adhésion qui met face-à-face un opérateur économique plus puissant que le consommateur¹⁹⁷.

Étrangement, les articles L. 313-1, L. 313-2 et L. 313-3 du Code de la consommation ne sont pas d'ordre public parce qu'ils ne font pas partie des « chapitres I et II » alors qu'ils régissent des

¹⁹² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit., n° 385 : *« Á supposer la nullité encourue, un contrat contraire à l'ordre public classique ou à l'ordre public économique de direction est nul de nullité absolue. Il s'agit, en effet, de défendre la société contre les initiatives individuelles qui risquent de porter atteinte à l'intérêt général. Á l'inverse, un contrat contraire à l'ordre public de protection économique [qui se propose de rétablir entre le faible et le fort un équilibre que ne réalise pas spontanément le jeu contractuel (n° 384)] et sociale est nul de nullité relative »*.

¹⁹³ Paris, 16 mai 1986, D. 1986, 465, concl. Paire.

¹⁹⁴ Cf. Loi n° 93-949, 26 juillet 1993 et Décret n° 97-298, 27 mars 1997.

¹⁹⁵ Article L. 311-1 et suivants (pour le crédit à la consommation), article L. 312-1 (pour le crédit immobilier) et articles L. 313-1 à 313-16 (pour les sûretés personnelles, les délais de grâce les lettres de change, les billets à ordre, la garantie par une hypothèque rechargeable, le regroupement de crédit).

¹⁹⁶ J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Droit civil, Les obligations, I. Les actes juridiques*, op. cit., 2010, n° 114.

¹⁹⁷ Ibidem, n° 178 à 189.

aspects importants du crédit. Le premier définit l'assiette du taux effectif global (TEG)¹⁹⁸, le second exige que le TEG soit « *mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt* », et le dernier fixe le taux d'usure¹⁹⁹. Cela ne doit pas conduire à penser qu'ils ne s'appliqueront pas au crédit islamique. Bien au contraire, ils vont contribuer à son encadrement juridique. Par exemple, le second alinéa de l'article L. 313-3 assimile les ventes à tempérament à un prêt conventionnel pour que s'appliquent les règles relatives à l'usure. Le crédit islamique qui est fondé sur le contrat de vente « *mourabaha* » est en réalité une vente à tempérament parce que le client achète à tempérament un bien meuble ou immeuble auprès d'un banquier qui lui a au préalable acheté au comptant ledit bien. En fait, la rémunération du banquier est le profit généré par une succession de transaction qui échappe à la logique de la mise à disposition de fonds directement entre les mains du client. Cette chaîne transactionnelle adossée à des ventes est bien loin de l'application des règles régissant le prêt à intérêt²⁰⁰, mais l'est moins pour les crédits au sens de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier.

37. – Contribution des juges français à la définition du cadre juridique. Il faut d'abord souligner un point très important sur le rôle du juge français en cette matière. Il ne doit pas « *apprécier la compatibilité d'un contrat à la loi islamique (...). En dehors de tout renvoi exprès à un document*

¹⁹⁸ « Dans tous les cas, pour la détermination du taux effectif global du prêt, comme pour celle du taux effectif pris comme référence, sont ajoutés aux intérêts les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaires intervenus de quelque manière que ce soit dans l'octroi du prêt, même si ces frais, commissions ou rémunérations correspondent à des débours réels.

« Toutefois, pour l'application des articles L. 312-4 à L. 312-8, les charges liées aux garanties dont les crédits sont éventuellement assortis ainsi que les honoraires d'officiers ministériels ne sont pas compris dans le taux effectif global défini ci-dessus, lorsque leur montant ne peut être indiqué avec précision antérieurement à la conclusion définitive du contrat.

« Pour les contrats de crédit entrant dans le champ d'application du chapitre Ier du présent titre, le taux effectif global, qui est dénommé "Taux annuel effectif global", ne comprend pas les frais d'acte notarié.

« En outre, pour les prêts qui font l'objet d'un amortissement échelonné, le taux effectif global doit être calculé en tenant compte des modalités de l'amortissement de la créance.

« Un décret en Conseil d'Etat déterminera les conditions d'application du présent article ».

¹⁹⁹ « Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'autorité administrative après avis du Comité consultatif du secteur financier. Les catégories d'opérations pour les prêts aux particuliers n'entrant pas dans le champ d'application des articles L. 312-1 à L. 312-3 sont définies à raison du montant des prêts.

« Les crédits accordés à l'occasion de ventes à tempérament sont, pour l'application de la présente section, assimilés à des prêts conventionnels et considérés comme usuraire dans les mêmes conditions que les prêts d'argent ayant le même objet.

« Les conditions de calcul et de publicité des taux effectifs moyens visés au premier alinéa sont fixées par la voie réglementaire ».

d'interprétation préexistant, les interprétations et avis émis par des autorités religieuses ou un comité religieux de conformité ne sauraient lier un juge étatique saisi de l'interprétation du contrat »²⁰¹. En dehors du cas de la conformité islamique du crédit, trois types de justifications nous permettent d'affirmer que le juge français participera à définir le cadre juridique français des opérations de crédit islamique si des litiges lui seront portés à sa connaissance.

- Premièrement, il n'est pas interdit d'apporter une coloration religieuse à un contrat de crédit parce que la loi est neutre.
- Deuxièmement, l'intérêt n'est un élément de définition ni du prêt, ni du crédit, et à plus forte raison, ni des opérations de crédit. Il est une modalité d'exécution du contrat. Le juge tiendra compte de la liberté des parties de ne pas stipuler de l'intérêt. La Cour de cassation a jugé qu'un prêt rémunéré est « *une mise à disposition immédiate aux emprunteurs d'une somme à restituer à une échéance et moyennant une rémunération conventionnellement fixée* »²⁰². Si cette jurisprudence concerne le taux de l'intérêt, la généralité des termes ouvrent la voie à une interprétation permissive de fixer une rémunération dénuée de tout intérêt.
- Enfin, troisièmement, les modalités de rémunération du dispensateur de crédit n'étant pas précisées par l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, le droit français n'impose pas une rémunération du banquier strictement cantonnée à la perception des intérêts. Dès lors, le juge prendra connaissance des nouvelles formes de rémunération pour lesquelles il appliquera un régime juridique existant ou en cours de formation.

Bien qu'un texte de nature législative soit la bienvenue pour sécuriser les transactions bancaires islamiques, le client d'un établissement de crédit mettant islamiquement des fonds à sa disposition, peut invoquer devant un juge un manquement résultant soit d'une stipulation erronée d'une marge bénéficiaire²⁰³ ou d'une commission dissimulant un intérêt, soit d'une mauvaise structuration d'une opération de crédit en faisant supporter des droits et des obligations à son client qui dénaturent son objet, soit d'une absence de participation effective aux résultats de son activité.

²⁰⁰ Voir infra, n° 39 – 41.

²⁰¹ I. Riassetto, *Le « faith-based », un concept en droit bancaire et financier*, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, art. préc., p. 175 ; voir infra, n° 223 – 241 pour le rôle des membres du comité de conformité islamique (*sharia board*).

²⁰² Cass. Com., 23 janvier 2007, Sté Axa France IARD c/ Sté Documentation information région Auvergne (DICRA), RTD com., Avril-juin 2007, Chron. D. Legeais ; Rev. Société 2007. 315, obs. Viander.

²⁰³ Par exemple, le droit musulman interdit que le montant de la marge bénéficiaire soit calculé comme des intérêts composés. Il doit être déterminé par le mode de calcul des intérêts simples.

38. – Variété des crédits islamiques. Au regard des standards publiés par l'AAOIFI²⁰⁴ et de l'IFSB²⁰⁵, ainsi qu'au regard des ouvrages de droit musulman²⁰⁶, nous avons établi six catégories de contrats qui contribuent la structuration de ces opérations²⁰⁷.

39. – Opérations de crédit islamique adossées aux contrats de prêt. Premièrement, le droit musulman classe parmi les contrats à titre gratuit, et à visée sociale, le « *qard* » qui est le contrat de prêt. On parle de « *qard hassen* » pour désigner le « bon prêt » nullement rémunérateur. Bien que le droit musulman ne transige pas avec la stipulation de l'intérêt, contrairement au droit français²⁰⁸, le *qard* permet le paiement de commission ou des frais sans que les fonds mis à la disposition des clients ne soient entachés de *ribâ*²⁰⁹.

En réalité, le profit devient licite lorsque les opérations de financement se fondent sur des contrats qui transfèrent la propriété d'un bien ou qui obligent les parties à participer aux profits et aux pertes d'une activité économique.

²⁰⁴ Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institution, Sharia Standard, n° 8, *Murabaha to the Purchase Orderer* ; Sharia Standard, n° 9, *jarah and Ijarah Muntahia Bittamleek* ; n° 10, *Salam and Parallel Salam* ; Shari'a Standard, n° 12, *Partnership (Musharaka) and Modern Companies* ; Sharia Standard, n° 13, *Mudaraba* ; Sharia Standard, n° 28, *Banking Services in Islamic Banks* ; Sharia Standard n° 30, *Monetization (Tawarruq)*.

²⁰⁵ Islamic Financial Services Board, *Capital Adequacy Standard for Institutions (other than insurance institutions) Offering Only Islamic Financial Services*, December 2005.

²⁰⁶ Voir aussi W. Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 1 à 366 ; *Islamic Banking and Finance, What It Is and What It Could Be*, op.cit. ; H. Döndüren, op.cit. ; M. Ayub, op.cit. ; C. Chehata, op.cit. ; N. Comair-Obeid, op.cit. ; T. Usmani, *An introduction to Islamic Finance*, op.cit. ; Z. Iqbal et A. Mirakhor, *An introduction to Islamic Finance : Theory and practice*, op.cit.

²⁰⁷ Voir aussi l'Annexe III pour une présentation synthétique de ces contrats.

²⁰⁸ Article 1905 du Code civil.

²⁰⁹ Dans le même ordre d'idée, le « *waqf* », institution typique dans le monde musulman, consiste à mettre à la disposition d'une catégorie de personne des biens ou le fruit de ces biens en combinant tant la fiducie gestion que la philanthropie de manière perpétuelle et définitive. Il est une technique de financement des œuvres caritatives pouvant servir de support au développement de la microfinance et les investissements socialement responsables. Selon M. G. Affaki (*L'accueil de la finance islamique en droit français, Essai sur un transfert sur le transfert d'un système normatif*, in *La finance islamique à la française*, op. cit., p. 162-163), « *assimiler le waqf à la fiducie de la loi N° 2007-211 du 19 février 2007 serait nécessairement réducteur, quand bien même elle viendrait à être réformée comme le réclament de nombreuses voix, car la fiducie serait incapable de refléter la sophistication du waqf. Dans son apparence, le waqf est l'acte par lequel le constituant renonce à titre irrévocable, définitif et perpétuel, à sa propriété d'un bien et demande à un gérant conformément aux termes convenus dans l'acte constitutif, de manière à faire profiter des fruits de ce bien une personne déterminée ou réaliser une œuvre pieuse. En réalité, le waqf est bien plus compliqué. Il répond surtout à un équilibre entre le gérant investi de la mission de gérer le bien, le qâdi (juge) qui demeure le superviseur de la gestion du waqf, et les héritiers spoliés par le waqf souvent utilisé pour détourner la loi successorale édictée par le Cor'an et les pouvoirs publics qui convoitent ce bien. Cette donne ne peut être recréée en France et un waqf, accueilli dans une fiducie, ne sera qu'une fiducie* ».

Entre aussi dans cette catégorie de contrat de nature de bienfaisance, le « *hibah* », appelé aussi « *tabarrou* », qui est un contrat de donation utilisé dans la structuration de certains contrats d'assurance islamique (« *takaful* »).

40. – Opérations de crédit islamique adossées aux contrats translatifs de propriété.

Deuxièmement, les contrats translatifs de propriété permettant la structuration de crédit islamique sont d'une part le contrat de vente (« *bay* ») et d'autre part, le contrat de location (« *ijara* »).

Parmi les nombreux contrats de vente de droit musulman, les crédits islamiques se fondent substantiellement sur la « *mourabaha* » et le « *tawarrouq* », l'« *inah* », occasionnellement sur l'« *istisna* », rarement sur le « *salam* » et l'« *istijrar* ». En fait, les quatre premiers sont les plus utilisés : le premier (*mourabaha*) est une vente à tempérament fixant de manière prédéterminée le montant de la transaction en toute transparence de sorte que le prix de revient et la marge sont communiqués à l'acheteur, configuration dans laquelle le banquier joue le rôle d'intermédiaire qui vend à terme ou à tempérament un bien à son client, après l'avoir acheté au comptant auprès d'un fournisseur (vendeur initial).

Le second (*tawarrouq*) se différencie du premier parce que le bien acheté par le banquier est vendu au client qui le revend à un tiers en vue de percevoir le prix de vente. Il sert de crédit à la consommation ou d'opération de financement de la trésorerie d'une entreprise. Ici, le bien est « monétarisé » en dégageant une marge bénéficiaire revenant au banquier.

En tout état de cause, ces contrats ne doivent pas entrer dans le champ d'application de la prohibition des transactions à double objet éludant le *ribâ*²¹⁰. En effet, selon une Tradition très connue, Mohamed a interdit aux parties de conclure simultanément deux ventes dans une même opération, ainsi qu'une vente et un prêt au cours d'une même transaction. À cet égard, le contrat de vente appelé « *inah* » est interdit bien qu'elle demeure conforme selon certaines écoles théologiques, et c'est pourquoi le « *tawarrouq* » suscite des débats au sein des différentes instances islamiques. Dans certains cas, ces deux contrats dissimulent un prêt à intérêt sous l'apparence d'une double transaction : une première transaction exécutée au comptant et la seconde à terme. Par exemple, A vend à B au comptant un bien pour 100, puis B revend à terme à A le même bien à 110. A a ainsi contracté un prêt de 100 dont les intérêts s'élèvent à 10. Cet exemple schématique illustre la technique de l'*inah* qui est *de jure* critiquable à moins que le bien reste dans le patrimoine de l'acheteur jusqu'au complet paiement du prix de vente, ou bien lorsqu'un tiers (en pratique, un *Broker*) intervienne pour transformer le bien en somme d'argent. Dans ce cas, on se trouve dans la configuration du *tawarrouq* qui consiste à « monétariser » un actif réel.

Pour demeurer conforme à la loi islamique, ces opérations imposent des transferts réels de propriété.

²¹⁰ W. Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 118 et 343.

En ce qui concerne le *salam*, il est une exception à la règle qui interdit la vente de chose qui n'existe pas au moment de la conclusion du contrat. Dès lors que le prix est payé comptant et que le vendeur assure que le bien sera livré à terme, ce contrat est licite. L'*istisna* ressemble au *salam*, mais il s'en différencie parce que les biens doivent être fabriqués ou construits dans le premier cas, alors que le *salam* exige produits agricoles et des biens standardisés.

Enfin, l'*istijrar* est une avance de fonds en contrepartie d'un remboursement en nature. Il sert à couvrir certaines entreprises sans passer par des contrats financiers comme les « *futures* » ou les « *forwards* ».

Quant à l'*ijara*, c'est un contrat de louage au sens très large parce qu'il concerne les biens et les personnes. Pour les biens, il consiste à faire profiter l'usufruit d'un bien à un locataire ; et pour les personnes, il est un contrat de prestation de service. Il comporte une variante lorsqu'il est assorti d'une promesse de vente ou d'une option d'achat.

La *mourabaha* et l'*ijara* sont les contrats qui sont en ce moment le plus utilisé par les banques islamiques. Selon le Rapport Moral sur l'Argent dans le Monde, de 2005, la *mourabaha* représentait 59% des contrats sous-jacents aux activités bancaires et financières islamiques, 9% pour l'*ijara*, 17% pour la *moucharaka* et la *moudaraba*²¹¹. Ces proportions sont pratiquement identiques dans la région du Golfe²¹².

Cette deuxième catégorie de crédit sera désignée par l'expression « *crédits adossés* » du fait que l'opération doit obligatoirement s'adosser à un bien meuble corporel ou incorporel, ou à un bien immeuble. Ces crédits se distinguent des « *crédits participatifs* » qui se structurent grâce à des contrats de société

41. – Opérations de crédit islamique adossées aux contrats de société. Troisièmement, les crédits participatifs qui se fondent sur les contrats de société en appliquant le principe du partage des pertes et des profits. Il existe trois différents types de contrats servant la logique participative.

D'abord, la « *moucharaka* » qui est le contrat de société classique nécessite des apports (en numéraire, en nature ou en industrie) de chaque associé (« *moucharik* »). Mais, le droit musulman

²¹¹ Association d'Économie Financière, Rapport Moral sur l'Argent dans le Monde, 2005. Les crédits *mourabaha* représentent plus de 65% des produits selon M. Boudjellal, (*Three decades of experimentation: Rethinking the theory of Islamic banking*, Review of Islamic economics, Journal of the International association for Islamic economic and the Islamic Foundation, vol. 10, n° 1, 2006, p. 24).

²¹² General Council for Islamic Banks and Financial Institutions, *Islamic Finance in the GCC, 2010, Analytical report on Islamic Banks and Financial companies*, p. 11.

qualifie également de contrat de société la « *moudaraba* » qui consiste à un apporteur de capital (« *rab'oul mal* ») à s'associer avec un gestionnaire de fonds (« *moudarib* ») pour faire fructifier les fonds avancés, où le premier supporte seul les pertes d'ordre pécuniaire, et le second perd son apport en industrie si sa gestion ne conduit pas à la réalisation de bénéfice, alors que les deux contractants ont vocation à partager les profits selon une clé de répartition fixée au moment de la conclusion du contrat.

Outre ces deux principaux contrats, on se doit aussi de citer le contrat de « *voudjough* » qui est un contrat de crédit participatif usant de la notoriété des emprunteurs en achetant à terme des biens qui seront revendus au comptant.

Dans ces opérations, la rémunération est essentiellement fluctuante selon qu'elles réalisent des bénéfices. En cas de perte, il n'y aura pas de rémunération et toutes les parties au contrat de crédit participatif la supporteront proportionnellement à leurs apports. Ces opérations sont les plus risqués dont la rémunération est fonction d'une bonne gestion d'une activité économique, ce qui les distingue des opérations, moins dynamiques, adossées à des contrats de sûreté.

42. – Opérations de crédit islamique adossées aux contrats de sûreté. Ainsi, la quatrième catégorie concerne les crédits qui se structurent grâce aux contrats de sûreté. Or, en droit musulman, ce sont des contrats qui sont toujours à titre gratuit. Toute garantie bancaire islamique doit être exempte de tout intérêt bien que des frais et des commissions peuvent être perçus par le banquier en faisant attention qu'elles n'entrent pas dans le champ d'application du *ribâ*.

Ces contrats de sûretés sont classés comme en droit français : d'un côté, la « *kafala* » comme une sûreté personnelle ; et, de l'autre côté, le « *rahn* » comme une sûreté réelle²¹³.

43. – Opérations de crédit islamique adossées au contrat de « *hawala* ». Cinquièmement, bien qu'elle ait une vocation à garantir le paiement d'une dette, la « *hawala* » est un contrat de transport de « *dayn* », terme qui désigne à la fois la dette et la créance.

La « *hawala* » ne doit jamais servir à structurer une cession de dette ou de créance, génératrice de profit pour le banquier, au risque de tomber dans le champ de la prohibition du « *bay al dayn bil dayn* », appelé aussi « *bay al kalili al kalili* ». En effet, la loi islamique interdit la vente des dettes

²¹³ Elles ne feront pas l'objet d'amples développements du fait que la solution à adopter est claire, à savoir l'absence de toute sorte de clause de profit. De plus, les techniques juridiques pour les structurer sont identiques que celles proposées par le droit commun français, mais très éloignées de la pratique bancaire conventionnel.

(ou des créances) contre des dettes (ou des créances) de même nature : la mobilisation des créances comme la lettre de change, la cession de créance professionnelle Daily génèrent du *ribâ* lorsque la technique de l'escompte et le prix de la cession prévoit le paiement d'agio ou d'intérêt. Cependant, certaines banques islamiques mobilisent les créances dont les contours sont encore mal définis. Ainsi, le crédit « *hawala* » peut être envisagé en droit français du moment qu'il n'est pas rémunérateur, sauf à exiger des frais et des commissions ne dissimulant pas du *ribâ*²¹⁴.

44. – Opérations de crédit islamique adossées aux contrats de nature fiduciaire. La sixième catégorie est celle des contrats de nature fiduciaire qui se subdivisent en deux groupes. Le premier groupe, qui comprend l'« *amanah* » (contrat de dépôt gratuit) et le « *wadiah* » (contrat de dépôt rémunérateur)²¹⁵, ne fera pas l'objet d'analyse plus poussée contrairement au second groupe.

Ce dernier regroupe le « *joala* » qui est un contrat de prestation de service qui stipule le paiement d'une rémunération comme des commissions, et la « *wakala* » qui est un contrat de mandat permettant dans le cadre d'un financement de donner le pouvoir au mandataire de gérer les différentes phases de l'opération et/ou d'atteindre certains objectifs financiers²¹⁶.

45. – Distinction entre l'objet du contrat sous-jacent et l'objet de l'opération de crédit islamique. Bien que le droit musulman et le droit français s'accordent sur la nature juridique des contrats sous-jacents, ils diffèrent sur leur régime juridique à l'instar de celui de l'intérêt. Ainsi, une importante problématique est de pouvoir qualifier juridiquement les crédits islamiques²¹⁷. Si la vente,

²¹⁴ Nous l'étudierons dans la première partie, contrairement aux deux dernières catégories parce que non seulement elles sont les plus utilisées pour structurer une opération de crédit, mais également elles permettent de rémunérer le bailleur de fonds.

²¹⁵ L'*amanah* est un dépôt semblable au *wadiah* à la différence que, pour la première, les biens ou les actifs ne peuvent faire l'objet d'une quelconque transaction. Il est utilisé par les banques islamiques pour régir les contrats de coffres forts alors que la *wadiah* est un dépôt de bien sans que le dépositaire soit rémunéré, mais qu'il peut le louer ou le prêter pour tirer une rémunération.

²¹⁶ G. Affaki, *L'accueil de la finance islamique en droit français, Essai sur un transfert sur le transfert d'un système normatif*, in *La finance islamique à la française*, op. cit., p. 163 : « la *wakala*, utilisée de plus en plus dans les comptes de dépôt dans la banque de détail islamique, n'est pas réductible au mandat du Code civil, encore moins au mandat régulé par l'AMF. D'une part, une *wakala* peut inclure une stipulation pour autrui et devenir irrévocable et, d'autre part, les principes de partage des risques et du profit qui régissent les opérations bancaires islamiques s'accommoderaient mal de diverses formes de garantie du capital ou d'un revenu que les mandats de gestion pourraient proposer ».

²¹⁷ Idem : « Pas plus n'est une fiducie de la loi 2007-211 du 19 février 2007 une *mourabaha*. Malgré les nombreuses similarités entre les deux mécanismes, une *mourabaha* est intimement dépendante des promesses contraignantes de vente et d'achat qui la précèdent. Sans ces promesses, elle ferait porter au *mourabeh* (le vendeur) un risque qu'il n'est pas en mesure d'assumer, quand bien même l'évacuation totale du risque disqualifierait la *mourabaha* de son substrat conforme à la *Chari'a* ».

la location et la société dispose d'un régime juridique français approprié, il en va différemment des crédits qui s'adosent à un bien et de ceux qui sont assortis d'une clause de participation.

Par exemple, dans les deux systèmes juridiques, la vente est un contrat synallagmatique, à titre onéreux et commutatif, qui exige une équivalence des prestations. En vertu de l'article 1582 du Code civil, « *la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer* ». En droit musulman, et selon la définition donnée par le Code civil ottoman, « *la vente est l'échange de la propriété d'une chose contre une autre* »²¹⁸. Ces deux définitions sont proches alors qu'une nuance existe sur les modalités d'exécution du contrat. Si l'article 1583 du Code civil dispose que la vente « *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et le prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* », le « *bay* » n'est parfait que si le transfert de propriété est effectivement réalisé de sorte que ni la stipulation de la clause de réserve de propriété, ni la stipulation d'intérêt ne soient permises. Or, l'article L. 131-1 du Code de la consommation dispose que « *si la chose qu'on s'est obligé à vendre est mobilière, toute somme versée d'avance sur le prix, quels que soient la nature de ce versement et le nom qui est donné dans l'acte, est productive, au taux légal en matière civile, d'intérêts qui courront à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du versement jusqu'à réalisation ou restitution des sommes versées d'avance, sans préjudice de l'obligation de livrer qui reste entière. (...) Les intérêts seront déduits du solde à verser au moment de la réalisation ou seront ajoutés aux sommes versées d'avance en cas de restitution* ». Alors même qu'il existe des différences juridiques, elles ne sont pas insurmontables dès lors que l'ordre public français est respecté par les dispensateurs de crédit islamique²¹⁹.

Si, parmi les opérations de banques connexes²²⁰, on retrouve les opérations de location simple de biens mobiliers ou immobiliers pour les établissements habilités à effectuer des opérations de crédit-bail, doit-on juger que l'*ijara* ne peut pas constituer une opération de crédit au sens de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier ? Nous ne le pensons pas parce que même si « *l'activité connexe est une notion unitaire qui désigne les opérations objectivement dans le prolongement des*

²¹⁸ W. Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 5.

²¹⁹ Voir supra, n° 36.

²²⁰ Article L. 311-2 du Code monétaire et financier. Les opérations connexes sont les opérations de change, les opérations sur or, métaux précieux et pièces (utile en combinant les opérations de crédit islamique fondées sur la mourabaha), le placement, la souscription, l'achat, la gestion, la garde et la vente de valeur mobilière et de tout produit financier, le conseil et l'assistance en matière de gestion de patrimoine, le conseil et l'assistance en matière de gestion financière, d'ingénierie financière et d'une manière générale de tous les services destinés à faciliter la création et le développement des entreprises.

opérations de banques »²²¹. Aussi, le crédit-bail islamique qui se fonde sur l'*ijara* ne devrait-il pas être régi par les articles L. 313-7 et suivants du Code monétaire et financier ?

46. – Établissement obligatoire d'une banque islamique en France ? Les opérations de crédit islamique sont-elles des opérations exclusivement réservées aux banques islamiques ? Si c'est le cas, une banque islamique est obligée de demander un agrément à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR). Cet agrément lui sera donné si elle remplit les conditions définies par les articles L. 511-5 et suivants du Code monétaire et financier²²².

Un membre de la direction des agréments, des autorisations et de la réglementation de l'ACPR a indiqué que « *c'est une question sur laquelle nous nous sommes penchés depuis plusieurs années déjà mais qui ne pose pas de problème en soi. Au regard de la législation française, les banques islamiques sont des banques comme les autres, même si leurs activités présentent certaines caractéristiques. Il n'y a pas d'exigence particulière à partir du moment où toutes les conditions de l'agrément classique (...) sont bien réunies. Après, c'est la qualité des dossiers qui joue. Nous n'avons pas eu jusqu'à présent de dossiers suffisamment aboutis pour l'objet d'une présentation au collège du CECEI ou de l'ACP : problème de plan d'affaires, de business model, d'actionnaires, toutes les conditions n'étaient pas respectées dans les projets qui ont été portées à notre connaissance. C'est pour cela que nous n'avons pas aujourd'hui de banque islamique* »²²³. En outre, l'ancien Secrétaire Général du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) avait indiqué, lors de la table ronde organisée au Sénat, que « *le CECEI est très vigilant au respect des mesures obligatoires de contrôle interne et souhaite savoir quelles sont les prescriptions envisagées dans ce domaine. La maîtrise des risques doit être assurée par un système de contrôle mis en place. Dans ce cadre, le dispositif de prévention du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme doit faire l'objet d'une attention particulière* »²²⁴. Est-ce pour autant une position exclusivement destinée aux banques islamiques ? Ce ne doit pas être le cas

²²¹ T. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 84.

²²² Voir infra, n° 325 et suivants.

²²³ Olivier Jaudoin, Adjoint au directeur, Direction des agréments, des autorisations et de la réglementation de l'ACP, *Agrément des banques étrangères*, in Dossier « *Pays Arabes et Europe : quelles stratégies pour les banques ?* », *Revue Banque*, Supplément, Juin 2011, p. 28.

²²⁴ Rapport d'information du Sénat préc., p. 55 ; voir aussi le rapport de MM. Jouini et Pastré (rapport préc., p. 17) qui tente de nous rassurer en indiquant que « *la méconnaissance du sujet – de la finance islamique – permet certaines confusions autrement plus troublantes que la précédente. Ainsi est-on parfois confronté à un amalgame entre, d'une part, la Finance Islamique et, d'autre part, l'intégrisme religieux et le financement du terrorisme. Or, rien, ni dans la théorie, ni dans la pratique, ne permet d'établir un lien quelconque entre ces deux phénomènes* ».

étant donné que toute nouvelle banque qui souhaite s'établir en France sera traitée de la même manière notamment en vertu du principe d'égalité et de non-discrimination.

En revanche, le crédit islamique ne doit pas être l'apanage des banques islamiques. La création des fenêtres islamiques est une illustration de cette permission. Ainsi, un établissement ayant déjà obtenu son agrément peut mettre des fonds à la disposition de sa clientèle de manière islamique. Sans qu'aucun agrément spécifique ne fût délivré, une banque française a déjà réalisé une opération de crédit islamique en juin 2010²²⁵.

47. – Plan du cadre juridique français des opérations de crédit islamique. Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique est en réalité tributaire d'une part d'un cadre général qui consiste à définir cette nouvelle notion ainsi que les modalités de rémunération des banquiers (Partie I), et d'autre part, d'un cadre spécial qui distinguera, eu égard à la nature des contrats sous-jacents, d'un côté les crédits adossés à un bien, et de l'autre, les crédits participatifs (Partie II).

²²⁵ « Premier financement islamique pour un particulier en France », <http://aidimm.com/articles/premier-financement-islamique-pour-un-particulier-en-france>. De plus une filiale de la banque populaire marocaine (Chaabi) propose en France des comptes et crédits islamiques depuis l'été 2011 (<http://www.chaabibank.fr>).

Partie I) Le cadre juridique général des opérations de crédit islamique

48. – Deux éléments à définir. En droit français, un cadre juridique général des opérations de crédit islamique ne peut être concrètement assis que si la notion est précisément définie (chapitre I). Cette notion est complexe à cerner au premier abord du fait qu'elle doit aboutir à un régime juridique qui résulte de plusieurs facteurs. Le facteur théologique est naturellement très important pour le financement islamique. C'est pourquoi les sources scripturaires islamiques interviendront pour fixer la conformité à la Charia des mises à disposition de fonds. Mais, elle est également accompagnée de manière constante par les facteurs économiques, historiques et sociologiques, bien qu'il existe des incertitudes sur les règles juridiques et l'autorité de la chose jugée en matière de transaction usuraire en droit français qui vient de commencer récemment à tenir compte de certaines prescriptions juridico-religieuses de l'Islam. L'aspect le plus sensible de cette notion est la nature de la rémunération du dispensateur de crédits islamiques en France, ce dernier devant stipuler soit une marge bénéficiaire, soit une clause de participation, soit les deux simultanément (Chapitre II).

Chapitre I) La notion d'opération de crédit islamique en droit français

49. – Opération de crédit régie par deux droits. L'article L. 313-1 du Code monétaire et financier définit les opérations de crédit comme étant des mises à disposition onéreuses de fonds. Il constitue le fondement juridique principal des opérations de crédit islamique. Cet article complété des autres dispositions de nature législative et réglementaire régiront cette nouvelle notion de crédit (section II). Il convient au préalable de savoir de quelle manière le droit musulman encadre ces opérations (section I).

Section I) L'encadrement de la notion d'opération de crédit par le droit musulman

50. – Définition de la Charia. La « *Charia islamiyya* » désigne la loi islamique qui régit la vie tant spirituelle que temporelle des musulmans. Elle englobe la dimension culturelle, civile et commerciale. Spirituellement, elle définit un système, un cadre inhérent aux pensées, aux actes ainsi qu'aux transactions des musulmans en vue de satisfaire le Créateur auprès de qui le retour est inéluctable : leurs actions seront jugées par un « Tribunal Céleste » dont le Juge n'est qu'Allah, l'Unique Dieu. Cette comparution déterminera sa vie future au Paradis ou en Enfer²²⁶. L'Islam se prévaut donc d'appliquer une morale et une éthique²²⁷ qui se répercutent au niveau non seulement social, mais également contractuel ; puisque, temporellement, la loi islamique a pour dessein de fixer un cadre dédié à des transactions qui doivent obéir à une justice (« *adl* ») assise sur des règles juridico-théologiques qui découlent du droit musulman (*fiqh*).

²²⁶ « *Cette Demeure dernière, Nous la réservons à ceux qui ne recherchent, ni à s'élever sur les autres, ni à semer la corruption sur la terre* » (Coran, Sourate 28, verset 83).

²²⁷ M. Az-Zarka, cité par N. Comair-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Thèse, Paris, Economica, 1995, p. 3 : « *c'est le seul système au monde où le droit et la morale se rencontrent et s'interprètent* ». Le Coran indique par ailleurs que « *la corruption est apparue sur la terre et dans la mer du fait des agissements des hommes. Dieu leur fera expier une partie de leur péchés, afin qu'ils reviennent peut-être de leurs erreurs* » (Sourate 30, verset 41).

Ce dernier peut être défini comme étant la somme des normes juridiques et morales qui régissent tant le culte (« *ibadat* ») que les transactions civiles et commerciales (« *mouamallat* »). En conséquence, le licite et l'illicite, les droits et les obligations ainsi que les prohibitions se définissent grâce à une compréhension holistique de l'Humain où l'Être et l'Avoir sont définis et dictés par le Coran et la Sunna. Cela ne veut pas dire que l'Islam ne laisse aucune place à la raison. Bien au contraire, parmi les sources du droit musulman, le raisonnement analogique, appelé « *qiyas* », en constitue la quatrième source. Cela peut paraître étrange pour un esprit trop cartésien. Mais, le Coran interpelle l'Homme pour qu'il use de son intelligence afin qu'il ne s'égaré pas²²⁸.

51. – Droit musulman, un droit de juristes. La caractéristique la plus significative du droit musulman est qu'il n'est pas un droit étatique, mais un droit de juristes²²⁹, appelés « *fouqaha* »²³⁰ (pl. de « *faqih* ») qui se sont efforcés de dégager les régimes juridiques des actes et des faits juridiques. Leur effort est un devoir juridico-théologique appelé « *ijtihad* ». Leur rôle est encore important de nos jours, notamment en matière de financement²³¹.

Ainsi, la conformité islamique des opérations de crédit est tributaire du corpus juridique islamique dont les sources (§1) déterminent les conditions de conformité islamique des opérations de crédit, lesquels se structurent grâce à un ou plusieurs contrats sous-jacents (§2). Dès lors le dispensateur de crédit islamique est soumis à une surveillance particulière (§3).

²²⁸ Sourate 30, ar-Roum (Les Byzantins), verset 21 et 22 : « *En vérité, il y a en cela des signes pour ceux qui raisonnent* » ; « *En vérité, il y a en cela des signes pour des esprits éclairés* ».

²²⁹ G. Cunibetti, *Les grands systèmes de droit contemporains*, L.G.D.J., 2007, n°627 et suivants, spéc. n° 639.

²³⁰ Singulier de « *faqih* » qui désigne les jurisconsultes, les docteurs de la loi islamique.

²³¹ Les *fouqaha* constituaient « *une institution qui assurait à la fois les fonctions religieuses et la gestion de l'ordre social* » selon A. Filali-Ansary (*Réformer l'Islam, Une introduction aux débats contemporains*, La découverte/Poche, 2005, p. 137). L'auteur constate leur disparition, ou plutôt leur « *démantèlement* » car « *ils n'ont plus le rôle qu'ils jouaient, ni au plan de la régulation sociale, ni au plan de la maintenance du système symbolique. Les tâches de la régulation sociale sont prises en main par l'État moderne et le droit positif, le rôle symbolique semble être soit purement et simplement abandonné, soit mollement assuré par ce qui reste de l'institution traditionnelle. C'est dans ce vide que se sont engouffrées tour à tour les idéologies sécularistes (nationalisme, socialisme) et les idéologies de l'islam radical. Aussi une certaine indétermination prédomine-t-elle au niveau de la gestion du symbolique, alors que l'État moderne et toutes les institutions qui l'accompagnent ne sont pas arrivés à pleine maturité, ni, pourrait-on dire, à pleine légitimité* ». Voir cependant les standards AAOIFI et IFSB ; voir aussi *Islamic Banking and Finance, What It Is and What It Could Be*, Editor Tarek El Diwany, 1st Ethical, 2010 (ouvrage Collectif), p. 40 et 236.

§1) Les sources de la conformité islamique des opérations de crédit

52. – Sources principales et sources complémentaires du droit musulman. Les sources du droit musulman se divisent d'une part en sources principales ; et d'autre part, en sources secondaires qui sont en réalité des sources complémentaires. Ces sources servent à définir le régime juridique des contrats. Le Coran est la référence principale, qui est enrichie par la Tradition prophétique (« *Sounna* ») et celle de ses compagnons. La particularité du droit musulman est d'avoir consacré au niveau des sources principales le raisonnement par analogie appelée « *qiyas* ». Son application a conduit à instituer des régimes juridiques qui seront plus ou moins homogènes selon l'appartenance des jurisconsultes à l'une ou l'autre école juridico-théologique (« *madhab* »). Par contre, dès lors qu'ils arrivent à un consensus (« *ijmâ* »), les règles seront appliquées de la même manière sur tous les continents.

Néanmoins, ces sources principales seront complétées par des références à des textes divers (notamment la Constitution de l'État-cité de Médine, la *Majallat* (Code civil ottoman), la Torah, ou encore la Bible), lesquels seront choisis soit en vertu d'une préférence juridique (« *ray* ») – qui doit être comprise comme le choix d'une règle parmi deux ou plusieurs – soit par des arguments développés pour les besoins de l'utilité publique (« *maslaha moursalah* »). Les sources principales fournissent un ensemble de règles qui encadrent les prohibitions du *ribâ* et du *gharar*. Ces deux principales prohibitions encadrent les mises à disposition islamiques de fonds (A) dont les régimes juridiques sont complétés par les sources complémentaires (B).

A) L'encadrement des opérations de crédit par la prohibition du « *ribâ* » et du « *gharar* »

53. – Articulation des sources. M. Khallaf expose la méthodologie pour extraire les solutions juridiques à partir des différentes sources du droit musulman : « *confronté à un cas juridique, on cherche avant tout la solution dans le Coran ; s'il ne s'y trouve pas de prescription adéquate, on se tourne vers la Sunna ; si celle-ci n'apporte pas de réponse, on se réfère à l'ijmâ, à savoir l'avis unanime de moujtahid (les jurisconsultes) anciens et contemporains ; s'ils ne se sont pas prononcés sur la question, on s'en remet alors à l'effort d'un moujtahid, qui, au moyen du raisonnement*

analogique, dégage une loi en se fondant sur les Textes »²³². Si le Coran paraît être un livre de portée essentiellement morale, ce livre pose principalement les règles juridiques générales²³³. Quant à la *Souna*, c'est-à-dire la Tradition de Mohamed, ce sont les *Hadiths* qui entrent dans le détail du régime juridique.

Il existe alors différentes formes de rapports juridiques entre le Coran et la *Souna*. Par exemple, le verset 29 de la quatrième Sourate exige que les transactions soient fondées sur l'équité et la justice : « *Ô vous qui croyez ! Ne vous dépossédez pas les uns les autres de vos biens par des procédés malhonnêtes. Que vos échanges soient fondés sur des transactions librement consenties* ». Il est le fondement juridique de la sanction des erreurs de consentement. Comme en droit français²³⁴, la sanction est la nullité, ayant pour effet d'anéantir rétroactivement le contrat²³⁵. L'article 1109 du Code civil dispose qu'« *il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par la violence ou surpris par le dol* ». Ce texte devrait aussi s'appliquer aux contrats de crédit islamique si la France projette toujours d'accueillir l'industrie bancaire et financière islamique.

En vue d'avoir une compréhension la plus exacte possible des exigences de la loi islamique, les sources et les règles islamiques des deux prohibitions les plus connues seront exposées. La première est celle du *ribâ* qui désigne tout profit généré lors d'une transaction qui fait peser une charge plus lourde à un des deux cocontractants. Elle englobe tant l'usure que l'intérêt au sens du droit français. Étant donné que la prohibition de l'intérêt est absolue, non équivoque et intangible, parce qu'elle figure clairement dans le Coran (1). Interviennent ensuite les Traditions de Mohamed qui étendent son champ d'application (2). D'ailleurs, le *ribâ* peut grever toutes sortes de choses fongibles de la même manière de ce que l'article 1905 du Code civil prévoit²³⁶.

²³² A. Khallaf, *Les fondements du Droit musulman*, Al-Qalam, Paris, 1997, p. 40.

²³³ En effet, le Coran propose à celui qui en est pas convaincu de rédiger ne serait-ce qu'un verset : « *Dussent les hommes et les djinns s'unir pour produire un Coran pareil à cette prédication, ils n'y parviendraient pas, même en se soutenant les uns les autres* » (Sourate 17, verset 88) ; « *Diront-ils : « Il l'a inventé ? » Réponds : « Apportez donc dix verstes inventées comparables à ceci et appelez en dehors de Dieu, qui vous voudrez, si vous êtes véridiques* » (Sourate 11, verset 13) ; « *Ont-ils jamais médité sur le Coran ? Si ce Livre venait d'un autre que Dieu, ils y trouverait maintes contradictions* ». Ce verset 82 Sourate 4 expose la cohésion et l'harmonie entre son expression, sa signification, ses lois et sa vision du monde.

²³⁴ A. Bénabant, *Droit des obligations*, op. cit., n° 70 à 95.

²³⁵ W. Al Zuhayli, *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence*, op. cit., Tome 1, p. 71 à 75 ; S. Ibn Fawzan Al Fawzan, op. cit., p. 96.

²³⁶ Cf. article 1905 du Code civil : « *il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières* ».

La deuxième concerne le *gharar* qui interdit les opérations purement et simplement aléatoires, comportant dans certains cas soit une connotation de tromperie, soit un élément de dangerosité. Les crédits sont également soumis à cette prohibition (3).

En réalité, les régimes juridiques de ces deux prohibitions ont été établies par la doctrine islamique (4).

1) La prohibition du « *ribâ* » dans le Coran

54. – Le Coran, un texte juridique ? La source originelle est donc le Coran, ce livre sacré sur lequel se fondent tous les musulmans tant pour accomplir les rites religieux que pour régler les relations juridiques et économiques entre les individus²³⁷. Le Coran n'est pas *stricto sensu* un texte juridique. Il comporte environ 6000 versets parmi lesquels les uns sont indiscutables, les autres conjecturaux. Il existe aussi des versets abrogés. En ce qui concerne le *ribâ*, les versets sont indiscutables.

Différentes branches du Droit sont régies par ce Livre. Par exemple, le droit de la famille est encadré par 70 versets environ ; le droit pénal par 30 versets environ ; le droit de la défense par 13 versets environ ; le droit constitutionnel par 6 versets, le droit international par 25 versets environ. En matière de droit des contrats, 70 versets sont relatifs à la vente, à la location, à la délégation, au contrat de société, aux créances et aux divers engagements de nature civile. De plus, le droit des affaires est soumis à 10 autres versets²³⁸.

Le droit du crédit sera abordé à travers les versets 275 et suivants de la deuxième Sourate où le premier pose le principe de l'interdiction du *ribâ* : « *Dieu a permis la vente et a interdit le ribâ* ».

Le verset 39 de la trentième Sourate annonce clairement que « *l'argent que vous prêtez à usure dans l'espoir de vous enrichir au détriment des biens de vos semblables ne vous sera d'aucun profit auprès de votre Seigneur ; mais l'argent que vous donnez en aumônes (zakat), pour être agréables à Dieu, sera pour vous porté à plusieurs fois sa valeur* ». Ce verset donne une indication quant aux effets de la genèse du *ribâ* dans le domaine spirituel.

²³⁷ Voir H. Bousserouel, *Le Coran et ce que pensent les occidentaux*, La Plume Universelle, 2000.

²³⁸ A. Khallaf, op. cit., p. 47.

Il existe d'autres situations où le *ribâ* apparaît. Le verset 280 de la deuxième sourate donne une illustration, avec les règles applicables : « *si votre débiteur est dans la gêne, accordez-lui un délai jusqu'à ce qu'il soit en mesure de se libérer de sa dette. Si vous pouvez savoir pourtant quel mérite vous auriez en lui consentant une remise gracieuse, totale ou partielle !* ». Ce verset prohibe une pratique qui consistait à majorer la dette du débiteur défaillant résultant d'une solvabilité insuffisante, ou d'une insolvabilité irrévocable²³⁹.

55. – Fondements du régime juridique de la prohibition du « *ribâ* ». Le verset 275 de la deuxième Sourate II est clair et non équivoque : « *Dieu a permis la vente et a interdit l'intérêt* ». Sa lecture entière nous fait comprendre que le *ribâ* est une pratique extrêmement grave dans la religion musulmane : « *ceux qui pratique le ribâ se présenteront le jour de la Résurrection, comme des aliénés possédés par le démon et ce, pour avoir affirmé que le ribâ est une forme de vente, alors que Dieu a permis la vente et a interdit l'usure. Celui qui, instruit par cet avertissement, aura renoncé à cette pratique pourra conserver ses acquis usuraires antérieurs et son cas relèvera du Seigneur ; mais les récidivistes seront voués au Feu éternel* ». Ce verset est celui sur lequel se fonde tous les jurisconsultes musulmans pour affirmer que l'islam s'oppose ostensiblement et sans équivoque à l'intérêt.

Puis, les versets 276 et 277 le distingue de l'aumône, entre lesquels s'établit un rapport inverse parce que Dieu « *réduira à néant le profit usuraire et fera fructifier le mérite des aumônes. Et Dieu n'aime pas tout impie endurci et tout pécheur. Ceux qui croient, font le bien, observent la prière et s'acquittent de la zakat auront leur récompense auprès de leur Seigneur et seront à l'abri de toute crainte et de toute peine* ». Ensuite, les versets 278 à 280 montrent que le croyant doit renoncer à l'intérêt ; à défaut, il attisera la colère de Dieu en fournissant un *casus belli* entre lui et les vrais croyants²⁴⁰. Une mesure de clémence est néanmoins prévue au verset 279 : « *mais si vous vous repentez, vos capitaux vous resteront acquis. Ainsi, vous ne lésez personne, et vous ne serez point lésés* ». Si les précédents versets arrêtent la prohibition du *ribâ*, les versets 280 et 282 pose les prémisses d'un véritable régime juridique. Le premier prévoit un délai de grâce, voire une remise de

²³⁹ W. Al Zuhayli, op. cit., p. 329.

²⁴⁰ Verset 278 : « *Ô vous qui croyez ! Craignez votre Seigneur et ne renoncez à tout reliquat de ribâ, si vous êtes des croyants sincères* ».

Verset 279 : « *Si vous le faites pas, attendez-vous à une guerre de la part de Dieu et de son Prophète.*

dette²⁴¹ en cas d'insolvabilité de l'emprunteur. Le second verset (282) qui est le plus long du Coran comporte les règles relatives au consentement, au témoignage, au formalisme, à la capacité et au contenu des actes juridiques en matière d'endettement :

« Ô croyant ! Lorsque vous contractez une dette, consignez-la par écrit et qu'un rédacteur requis par vous en enregistre les clauses avec fidélité. Un scribe n'a pas le droit de se dérober à cette obligation, mais il doit s'en acquitter comme Dieu le lui a enseigné. Qu'il note donc ce que lui dicte le débiteur qui doit avoir présent à l'esprit la crainte du Seigneur et ne doit rien dissimuler de la dette. Mais si le débiteur est frappé d'incapacité morale ou physique, ou s'il est incapable de dicter lui-même, c'est à son représentant légal de stipuler honnêtement pour lui. À cet effet, choisissez deux témoins parmi vous de sexe masculin ou, à défaut, un homme et deux femmes parmi les personnes présentant les garanties requises d'honorabilité, en sorte que si l'une oublie un détail, l'autre sera là pour le lui rappeler. Les témoins requis ne doivent pas refuser le témoignage. N'omettez pas de mettre par écrit tout acte de prêt, quel qu'en soit le montant, et d'en préciser l'échéance. Cette façon de procéder est plus équitable auprès de Dieu, car non seulement elle confère plus d'autorité au témoignage, mais elle écarte aussi de lui toute espèce de doute ; à moins qu'il s'agisse d'une simple opération commerciale à vue, que vous réglez sur-le-champ, et auquel cas vous pouvez vous dispenser de la consigner par écrit. À part ce cas précis, faites toujours appel à des témoins pour constater vos transactions, mais toute contrainte ou violence qui serait exercée sur le scribe ou le témoin constituerait un acte immoral de votre part. Craignez donc Dieu ! Et Il vous instruira, car Sa science n'a point de limite ».

56. – Première application. Cet ensemble de versets « est entré en vigueur » en l'an 10 de l'Hégire (632 après Jésus Christ), lors du pèlerinage d'adieu de Mohamed, qui enjoignit de « *ne tirer aucun intérêt de l'argent prêté comme on faisait au temps de l'ignorance ; mais vous avez le droit sur vos capitaux ; ne soyez ni oppresseurs, ni opprimés* »²⁴². Mohamed déclara que les transactions *ribawi* sont à présent nulles dont les premiers concernés avaient été les membres de sa famille, notamment son oncle Abbas. Le commerce de l'argent devenait, dès lors, une activité illicite.

Les juristes prononcent la nullité des contrats entachés de *ribâ* pour l'illicéité de l'objet du contrat du fait d'une atteinte à l'« *ordre public économique* » de l'Islam. Les prescriptions coraniques relatives au *ribâ* ont donc été complétées par les Traditions de Mohamed qui explicitent son régime juridique, en particuliers les conditions de genèse du *ribâ* et ses effets.

²⁴¹ « Si votre débiteur est dans la gêne, accordez-lui un délai jusqu'à ce qu'il soit en mesure de se libérer de sa dette. Si vous pouviez savoir pourtant quel mérite vous auriez en lui consentant une remise gracieuse, partielle ou totale ».

²⁴² M. Hamidullah, *Le Prophète de l'Islam, Sa vie, Son œuvre*, op. cit., p. 576. À cette occasion, la nouvelle règle appliquée à son oncle Abbas a été étendue à la tribu des Banou Thaïf qui pratiquaient un commerce particulier qui consistait à prêter des fonds pour acheter des produits locaux dans le but de les exporter en contrepartie de l'importation des produits en provenance des autres régions de la péninsule arabique. Cette pratique était grevée d'intérêt.

2) La prohibition du « *ribâ* » dans la Tradition de Mohamed

57. – La « *Sounna* », la Tradition prophétique. La *Sounna* est un corpus juridique constitué de « *Hadith* » du Prophète Mohamed englobant les paroles, les faits et les gestes – explicites ou implicites – approuvant, ou non, tant un comportement qu'une transaction civile ou commerciale. Il est important de comprendre l'influence et la place de ce corpus. Un auteur affirme que « *Muhammad ne se croyait jamais au-dessus des lois qu'il imposait à ses fidèles : bien au contraire, il priait, il jeûnait et il donnait l'aumône beaucoup plus encore qu'il ne l'exigeait de ses disciples (...). Il était juste et même compatissant envers ses ennemis, en temps de paix comme en temps de guerre* »²⁴³. Mais, « *qu'on s'y trompe point, cette loi de tradition orale jouit auprès des musulmans d'un très grand crédit : témoin cette parole d'Ali, donnant ses instructions à Abdallah Ibn Abbas pour négocier avec les rebelles : « Ne leur oppose pas le Coran, car il comporte des explications diverses qui peuvent leur paraître équivoques ; opposez leur la Sounna qui ne laisse point d'échappatoire* »²⁴⁴. Ces propos peuvent conduire à des réactions plus ou moins prononcées en fonction de la lecture effectuée du juriste.

Ce corpus « *intéresse tous les aspects de la vie humaine : les croyances, les pratiques spirituelles, la moralité, l'économie, la politique, bref tout ce qui concerne la vie individuelle ou collective, spirituelle ou temporelle. Et d'ailleurs, il a laissé sur tout cela son propre exemple* »²⁴⁵. Bien que l'image de Mohamed soit déformée de nos jours en le présentant comme ayant été une personne sanguinaire, polygame, despote, aliéné, etc., et que son enseignement ne reflète que les actes violents perpétrés au nom des musulmans, ces derniers, qui représentent environ 20% de la population mondiale, devraient être tous aliénés. Mais, cette représentation ne résiste pas à la profondeur des traces laissées par les Traditions de Mohamed²⁴⁶.

²⁴³ M. Hamidullah, op. cit., n° 5-g.

²⁴⁴ J. Baz, *Essai sur la fraude à la loi en Droit musulman (Étude de Droit musulman comparé et de Droit international privé)*, préface du Professeur Roubier, Sirey, 1938, p. 4.

²⁴⁵ M. Hamidullah, op. cit., n° 5-h.

²⁴⁶ Voir aussi M. Al Jabir Al Tabari, *Histoires des Prophètes et des Rois, De la création à la dernière révélation*, Traduction H. Zotenberg, Éditions de la Ruche, Paris, 2003, p. 433 à 620.

58. – Valeur juridique de la *Sounna*. Si Mohamed a aussi été à l'origine de la Constitution de la Cité-État de Médine²⁴⁷, la valeur juridique de sa Tradition est précisée par le Coran²⁴⁸. Il détenait alors le pouvoir de « légiférer »²⁴⁹. À partir du premier siècle de l'Hégire (7^{ème} siècle de l'ère grégorienne), l'authenticité des *Hadiths* a été recherchée et identifiée, pour demeurer conformes aux prescriptions coraniques²⁵⁰. Une grande partie de cette Tradition a été consignée dans les recueils de *hadith*²⁵¹ dont les compilateurs lui accordent une valeur plus ou moins importante en identifiant la chaîne des rapporteurs qui fixe le « degré d'authenticité »²⁵² des « *ahadith* »²⁵³.

²⁴⁷ Ibidem, n° 336 à 353 pour le texte de la Constitution et n° 1375 : « *Quand Muhammad fut installé à Médine, le seul élément manquant, la terre, lui fut donné, et il alla jusqu'à promulguer une constitution écrite, la première de ce genre dans l'histoire du monde, pour fonder et gérer une Cité-État à Médine. [Elle] fut à l'origine promulguée pour la ville de Médine seulement, mais elle n'était pas strictement de nationalité médinoise ; loin de là, elle pouvait aussi bien s'appliquer à une autre région islamisée, ou à un territoire s'ajoutant à Médine. En effet, elle fut assez élastique pour gouverner tout un empire, sur trois continents, avec Médine comme Métropole ; on n'a jamais eu besoin de modifier ou d'abroger ce document, mais seulement d'y ajouter de nouvelles dispositions* ». L'auteur juge que « *c'est d'autant plus remarquable que le premier État musulman, après la mort de Muhammad, était plus tôt une république, sans aucun élément de succession héréditaire* » (n° 1377).

²⁴⁸ Coran, Sourate 59, verset 7 : « *ce que le Messager vous apporte, prenez-le ; et ce dont il vous empêche, abstenez-vous* ».

²⁴⁹ M. Hamidullah, op. cit., n° 1438 : « *Le travail législatif était très simple : toutes les fois que le Prophète sentait le besoin de donner une directive quelconque concernant une chose, soit qu'il la vît ou soit qu'il entendît parler, il prenait l'initiative et donnait ses ordres ; il approuvait une pratique, il en modifiait une autre, il en interdisait une troisième, et la remplaçait par une autre pratique tout à fait nouvelle, et ainsi de suite. Dans tous ces cas, son travail législatif se divisait en trois catégories tout à fait distinctes* ».

²⁵⁰ Voir notamment versets 16 à 19 de la 75^{ème} Sourate : « *N'essaie pas, Prophète, de répéter sur-le-champ tout verset qui t'es révélé dans ton impatience de le retenir. C'est à Nous qu'il appartient de te l'apprendre et de t'en faciliter la lecture. Au fur et à mesure que Nous l'énoncerons, suis-en la récitation et ce sera à Nous, ensuite, de t'en éclairer le sens* ».

²⁵¹ Il s'agit essentiellement des rapporteurs de renom comme Bukhari, Muslim, Abou Dawoud, Tirmidhi, Malik Ibn Anas, Ahmad Ibn Hanbal et Nasa'i. Les Traditions que nous citeront sont référencées dans l'ouvrage d'Ibrahim Canan, *Hadis Ansiklopedisi, Kütüb-i sitte* (en langue turque, notre traduction : *Encyclopédie de Hadith, Le livre des Six* (par « six », il faut entendre les compilateurs comme Bukhari qui rapporta 9082 *hadith*, Muslim 7275 *hadith*, Nasa'i 5725 *hadith*, Abou Dawoud 5274 *hadith*, Tirmidhi 3951 *hadith*, Malik Ibn Anas 1326 *hadith*), Istanbul, Akçag, Zaman, 18 Tomes, 2003, spéc. Tome 1, p. 521 à 548 pour les *hadith* relatifs au *ribâ*.

²⁵² S. Ramadan, *Le Droit islamique, son envergure et son équité*, Al-Qalam, Paris, 1997, p. 54 ; et H. Boubakeur, op. cit. p. 354-356, qui a identifié la qualité que peut avoir une Tradition allant de l'authentique au rejetée et passant par la notoire, la faible ou l'étrange. La chaîne de transmission peut être schématisée de la façon suivante : d'abord, les *hadiths moutawatira*, ou avérés, découle du fait que le grand nombre de rapporteurs lui accordent une intégrité incontestable. Ces Traditions n'encourent pas la critique de l'absence d'authenticité et aussi parce que la chaîne de rapporteurs est continue depuis l'époque du Prophète jusqu'à leur compilation. C'est ici que le culte et le dogme tirent leur source.

Puis, on parle de *hadiths mouchhoura* ou notoire qui sont rapportés par un petit nombre de compagnon mais dont la transmission s'est faite grâce à un grand nombre de rapporteurs. Par exemple, on parle de Hadith d'Omar, d'Abou Bakr, d'Abdallah Ibn Mesoud, d'Abbas, de Bilal. Il s'agit par exemple des Traditions suivantes : « *Les actes ne valent que par leur intention qui les motivent* » ; « *l'Islam repose sur cinq piliers* » ; « *Ne portez pas préjudice à autrui et ne vous laissez pas léser* ».

Enfin, les *hadiths ahad* sont transmis par un nombre restreint de rapporteurs, mais toujours selon une chaîne de rapporteurs continus. Cette présentation doit également tenir compte de la valeur accordée à la Tradition parce qu'elle peut non seulement être authentique, mais également bon, douteux, étrange. Nous nous référons essentiellement sur celles qui sont authentiques. Mais, pour ne pas surcharger les notes en bas de page, nous n'indiquerons ni les recueils, ni

59. – Des Traditions toujours en vigueur. Les compilateurs des *Hadith*, des Traditions de Mohamed, rapportent qu'un musulman ne doit commettre aucun des sept péchés les plus graves²⁵⁴. Il s'agit de ne pas associer de divinités à Allah, de ne pas commettre de meurtre, de ne pas pratiquer la magie, de ne pas spolier les biens d'autrui (surtout de ceux d'un orphelin), de ne pas désertre le champ de bataille, de ne pas porter sans preuve d'accusation d'adultère à une femme, et de ne pas stipuler le *ribâ* dans toutes les types de contrat. Tout musulman est tenu, même de nos jours, de ne pas effectuer ces pratiques.

Dès lors, il convient de recenser les Traditions relatives au *ribâ* (a) pour les classer (b).

a) Le recensement des Traditions de Mohamed relatives au « *ribâ* »

60. – La Tradition sur les six produits *ribawi*, une source incontournable. La Tradition relative aux six produits *ribawi* constitue un des socles du régime juridique de la prohibition de l'intérêt : « *Or contre or, argent contre argent, blé contre blé, orge contre orge, datte contre datte, sel contre sel, en même quantité, de même qualité et de la main à la main ; s'il y a surplus, c'est du ribâ. Si les choses (échangées) sont de nature différente, vendez comme il vous plaira, mais de la main à la main* »²⁵⁵. Cette Tradition oblige les parties à conclure des contrats dont les conditions doivent être établies de manière égalitaire et équivalente. Mais, elle est spécifiquement liée aux opérations au comptant. À défaut de respecter ces conditions, les contrats seront entachés du « *ribâ al-fadl* ».

Cette Tradition sur les produits *ribawi* régit donc les transactions bancaires (et financières) qui seront soumises à trois règles dégagées par cette injonction. Elles ont été identifiées par la doctrine grâce au *qiyas* dont les conditions de genèse du *ribâ* seront développées plus bas²⁵⁶.

61. – Tradition sur les six produits « *ribawi* » complétée par d'autres Traditions. Parmi les Traditions relatives au *ribâ*²⁵⁷, il faut retenir deux autres selon lesquelles premièrement « *ne vendez*

le degré d'authenticité lorsque les auteurs ont conféré aux Traditions relatives aux activités bancaires une authenticité incontestable, sauf dans les cas où elle semble contestable.

²⁵³ Pl. de *hadith*.

²⁵⁴ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 310, note 4. Ces sept péchés nous rappellent la classification des sept péchés capitaux du Christianisme.

²⁵⁵ Voir supra, n° 25 – 26.

pas de l'or contre de l'or, sauf à poids égal », et deuxièmement, « *ne vendez pas un dirham pour deux dirhams car je crains l'usure pour vous* ». Ces textes ont conduit les juristes à imposer une obligation de vigilance dans les transactions tant civiles que commerciales.

En outre, selon Ibn Massoud²⁵⁸, le Prophète a également informé les musulmans que « *Dieu a maudit celui qui se nourrit d'usure, celui qui l'offre, celui qui en témoigne et celui qui en établit le contrat* », en indiquant par ailleurs que le prêteur et l'emprunteur sont égaux dans la transgression²⁵⁹. Dès lors que le *ribâ* est théologiquement interdit, il l'est aussi juridiquement. Ces prescriptions sont naturellement appliquées par les distributeurs de crédit islamique.

Cet ensemble de Traditions constitue pour les juristes musulmans les fondements des pratiques prohibitives pouvant affecter tous les contrats translatifs de propriété ainsi que les contrats de société. Ainsi, les différentes formes de mises à disposition de fonds susceptibles d'être proposées par un banquier islamique en France devront être analysées au regard de ces règles. Puisque les opérations de crédit peuvent être des mises à disposition immédiates, futures ou éventuelles, de fonds, elles seront confrontées dans leur phase d'exécution aux différentes catégories de *ribâ*.

b) Les catégories de « *ribâ* »

63. – Différentes catégories de « *ribâ* ». Selon une autre Tradition, le Prophète Mohamed a dit qu'il existe soixante treize catégories de *ribâ* dont le moins grave équivaut à l'inceste²⁶⁰. Eu égard à l'approche fondamentalement théologique de cette Tradition, mais demeurant une indication de la gravité de la pratique usuraire, elle est partiellement intéressante d'un point de vue juridique puisque ce n'est que le nombre de *ribâ* qui est mentionné. Il ne sera pas question d'étudier toutes les formes de *ribâ*. Nous ne nous en contenterons que de quatre types. Les deux premières qui sont les plus évoquées dans les ouvrages de droit musulman constituent le socle à partir duquel toutes les autres formes, dont les deux dernières, seront analysées.

²⁵⁶ Voir Infra, n° 110 – 113.

²⁵⁷ Elles sont tirées de l'ouvrage de M. Al-Zuhayli du chapitre dédié au « *Ribâ* » in *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence*, op. cit., Tome 1, p. 309 à 352.

²⁵⁸ Il était un compagnon de Mohamed, et un juriste dont les opinions étaient très suivies par les générations futures.

²⁵⁹ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 310.

64. – « Ribâ al-fadl ». Premièrement, le « *ribâ al-fadl* » apparaît lorsqu’une partie perçoit un surplus au cours d’une transaction au comptant conformément à la Tradition des six produits usuraires (or, argent, blé, orge, dattes et sel). Cette dernière impose qu’une transaction portant sur un même bien *ribawi* doit s’effectuer « *de la main à la main* » et de manière totalement égalitaire. Si elle produit un surplus perçu tant quantitativement que qualitativement, il est jugé illégal (*haram*) du fait de sa nature injustifiée et abusive. Bien que ce type de *ribâ* soit formellement interdit pour les six sortes de produits exposés plus haut²⁶¹, la doctrine a néanmoins dégagé des critères pour étendre son champ d’application en utilisant notamment le critère appelé *illâ* qui signifie le motif²⁶², la cause que nous traduirons par l’expression « fait générateur » pour les besoins de clarification des règles qui en découlent, lesquelles seront exposées dans le second paragraphe de cette section. Il est à noter que le texte esquisse les contours d’une forme d’enrichissement qui est sans contrepartie affectant tout type de transaction (troc, échange, vente, prêt)²⁶³ ; et cette prohibition ne souffre d’aucune exception quelque soit les circonstances.

65. – « Ribâ an-nassia ». Deuxièmement, le « *ribâ an-nassia* » concerne les opérations à terme. L’expression « *nassia* » signifie retard. C’est à partir de la combinaison du verset 275 de la deuxième Sourate et de la Tradition célèbre rapportée par Ibn Abbas selon laquelle la vente à terme est génératrice de *ribâ*²⁶⁴ qu’une transaction à terme faisant intervenir l’échange de biens ayant la même nature (or, argent, monnaie, aliment, etc.) est prohibée²⁶⁵. Bien qu’une échéance soit accordée à l’emprunteur pour rembourser, tout surplus pour compenser cette échéance est illégale.

Classiquement, le *ribâ an-nassia* se subdivise en deux formes génériques : d’une part, la conversion de la dette de l’insolvable en un autre prêt assorti d’une période de remboursement plus longue ; et

²⁶⁰ Ibidem, p. 311.

²⁶¹ Voir supra n° 60.

²⁶² Imam Abou Hanifa, *El Ihtiyar*, op. cit., p. 167, n° 73 : l’« *illâ* » du *ribâ* repose sur le genre, la mesure et le poids.

²⁶³ Le *ribâ al-fadl* conduit de nombreux auteurs à le comparer avec la théorie de l’enrichissement sans cause, voir J.B. Heinrich, *Les principaux contrats de financement utilisés par les banques islamiques*, La Revue Banque, n° 478, décembre 1987, p. 1135 ; J.-M. Moulin, *Principes et moyens de la finance islamique*, Dossier *La Finance Islamique*, Journal des Sociétés, juin 2010, n° 77, p. 12 ; G. Saint-Marc, *Le droit français est-il compatible avec la finance islamique ?*, Revue Banque, juin 2008, p. 60.

²⁶⁴ S’il est avéré qu’Ibn Abbas (cousin de Mohamed et autorité en matière de *Fiqh*) maintenait une position qu’il lui permettait de dire que seul le *ribâ an-nassia* était interdit et que les transactions au comptant grevées d’intérêt simple ne renaient pas dans le champ de la prohibition, il se fondait sur la Tradition bien connue : « l’intérêt grève seulement les transactions à terme ». Or, il s’est rétracté lorsque la prohibition est devenue générale (voir. H. Döndüren, op. cit., p. 387).

d'autre part, l'échange à terme de produits usuraires de fait générateur identique (or contre or, blé contre blé).

Cette forme de *ribâ* est l'équivalent du prêt de sommes d'argent à intérêt où l'immobilisation des fonds ne peut pas justifier la perception d'un profit. Cette façon de conclure un contrat de crédit est prohibée et est entachée de nullité absolue parce qu'elle contrevient explicitement à l'ordre public islamique.

Concernant la conversion de la dette de l'insolvable en un prêt usuraire, le *ribâ an-nassia* se génère lorsque le prêteur consent un délai supplémentaire de remboursement. Ce délai ne doit pas être rémunérateur. Cette pratique qui était en vigueur pendant la période antéislamique est expressément visée par les textes scripturaires comme étant une pratique prohibée²⁶⁶.

66. – « Ribâ an-nassia » et conversion de la dette de l'insolvable en un prêt usuraire. Par analogie, si dans les ventes à crédit le vendeur permet à l'acheteur de payer de manière fractionnée, le paiement échelonné, qui se rencontre également dans la location-vente ou dans le crédit-bail (*ijara*) peut conduire à transformer un contrat non usuraire en une pratique usuraire en cas de défaillance du débiteur. Il en est de même pour toutes les autres formes de crédit islamique.

La conversion de la dette en prêt usuraire consisterait à exiger une compensation pécuniaire en contrepartie d'un sursis pour régler la dette. Cette compensation est analysée en un intérêt alors même qu'elle pourrait réparer le préjudice subi par le prêteur. En droit musulman, cette pratique est prohibée parce qu'elle conduit à tirer profit de la situation de faiblesse de l'insolvable, et par voie de conséquence, il s'agit de l'amener à exécuter son contrat dans des conditions déséquilibrées²⁶⁷. Une prescription coranique indique clairement que « *si votre débiteur est dans la gêne, accordez-lui un délai jusqu'à ce qu'il soit en mesure de se libérer de sa dette. Si vous pouviez savoir pourtant quel mérite vous auriez en lui consentant une remise gracieuse, partielle ou totale* »²⁶⁸.

67. – « Ribâ an-nassia » et prêt. Le *ribâ an-nassia* se génère également lorsque les parties stipulent uniquement un terme ou une échéance pour effectuer des échanges à terme de produits *ribawi*. Il existe une présomption, quasi-irréfragable, que ce terme conduise à un gain injustifié, abusif et/ou

²⁶⁵ Imam Abou Hanifa, *El Ihtiyar*, op. cit., p. 167, n° 73.

²⁶⁶ S. Ibn Fawzan al-Fawzan, op. cit., p. 45.

²⁶⁷ Idem.

²⁶⁸ Verset 280, Sourate II du Coran.

lésionnaire s'il existe une rémunération. De manière générale, il faut entendre par « *ribâ an-nassia* » le fait de restituer à une date ultérieure une chose fongible et consommable contre une autre de même nature et de même fait générateur dont la quantité et/ou la qualité est augmentée. Á cet égard, si le commodat (prêt à usage) dont l'objet est une chose, selon le Code civil, « *dont on peut user sans la détruire* » ne peut pas générer du *ribâ*, c'est le prêt de consommation qui fait l'objet d'une attention particulière par la loi islamique parce que la chose prêtée doit être restituée de manière équivalente sans surplus.

Cette forme de *ribâ* camoufle l'intérêt notamment lorsqu'il est dissimulé par des montages plus ou moins sophistiqués. Sa pratique est aussi interdite parce qu'elle ouvre la voie qui mène à des dérives. La Tradition « *ne vendez pas un dirham pour deux dirhams car je crains pour vous l'usure* » désapprouve le passage d'un profit usuraire né lors d'une transaction au comptant à celui qui naîtra lors d'une transaction à terme.

68. – Conformité islamique des ventes à crédit. En outre, le verset 275 de la deuxième Sourate du Coran (qui interdit formellement la pratique de l'intérêt) autorise la vente. Il constitue la base légale des différentes catégories de vente permettant de structurer les produits bancaires islamiques. En effet, le contrat de vente est pour la plupart des crédits islamiques le principal contrat sous-jacent.

Le verset suivant est édifiant parce qu'il donne une indication à propos de l'esprit qui doit animer les parties : « *Dieu fera miséricorde à celui qui se montre généreux quand il achète, quand il vend et quand il réclame le paiement d'une dette* » ; sans oublier que les conditions de validité, par exemple du contrat de *salam*, sont régies par des *hadiths* spécifiques : « *celui qui achète un bien qui lui sera livré ultérieurement, qu'il fasse en mesure connue, en poids connu et jusqu'à une échéance connue* ».

L'interdiction du *ribâ* produit toujours ses effets dans les relations commerciales *lato sensu*. Afin de les délimiter, il convient de faire une distinction. D'une part, le contrat de vente à crédit ou de vente à tempérament peut stipuler une marge bénéficiaire qui s'ajoute au prix de vente au comptant, et d'autre part, ces contrats ne doivent pas contenir des clauses relatives à la perception d'une compensation pécuniaire en contrepartie de la prorogation du délai de remboursement. En effet, la doctrine islamique considère que le temps a une valeur, contrairement à la pensée théologique occidentale qui condamna jadis l'intérêt au motif que le temps n'est pas un élément valorisable au risque de conduire à des pratiques usuraires. C'est pourquoi le droit musulman admet la légalité de

la vente *mourabaha*, et de la location empruntant les règles de l'*ijara*, supports de la majorité des crédits islamiques.

Lors de la vente, la stipulation de ladite marge qui est le différentiel de prix entre une vente au comptant et une vente à terme est permise par toutes les écoles juridico-théologiques²⁶⁹. Cette position est unanimement acceptée par les jurisconsultes musulmans²⁷⁰. Ainsi, la prise en compte du temps est un facteur qui peut licitement augmenter le prix de la transaction, sans que la qualification de *ribâ* soit encourue, dès lors que le crédit s'adosse à un bien.

Selon la doctrine musulmane, constitue un surplus illicite la stipulation d'une rémunération fixée *prorata temporis* ne tenant pas compte de la nature du financement et des actifs sous-jacents financés. Ainsi, la perception de somme d'argent pour compenser le manque à gagner est un gain injuste, abusif, et donc *ribawi*.

69. – Rapprochement du « *ribâ an-nassia* » avec le « *ribâ al dayn* ». M. Mohamed Imran Ashraf Usmani qualifie le *ribâ an-nassia* de *ribâ al-dayn* qui désigne l'intérêt grevant spécifiquement une dette. Ainsi, sont interdits le prêt à intérêt, l'escompte des effets de commerce, le commerce des dettes et des créances en vue de tirer un profit ainsi que la négociation de toute forme de titre de créance²⁷¹.

En définitive, il nous semble que le *ribâ an-nassia* peut être analysée comme la combinaison du *ribâ al-fadl* et de la stipulation d'un terme. Ainsi, il n'est pas permis que cent grammes d'or à t+1 soit vendus à cent dix grammes à t+2 dès lors que le remboursement s'effectue en or. Cette interdiction se prolonge naturellement aux sommes d'argent.

70. – « *Riba al-wadhiah* ». Il existe encore deux autres situations de genèse de *ribâ* qui sont après analyse une fois de plus des prolongements du *ribâ an-nassia*. Il s'agit, troisièmement, du cas de la diminution du montant de la dette en cas de remboursement anticipé de la dette par l'emprunteur. Il est appelé « *riba al-wadhiah* ».

²⁶⁹ Pour plus de détails sur les écoles juridico-théologiques (« *madhab* »), voir infra, n° 91 à 98.

²⁷⁰ C'est la position des auteurs classiques comme Al Kasani, Ibn Abidin, Ibn Ruchd (Averroès), Al Nawawi (in H. Döndüren, op. cit., p. 261 – 265, spéc. p. 297) et des auteurs contemporains comme T. Usmani (*An introduction to Islamic Finance*, Idaratul Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1999), W. Al-Zuhayli, (op. cit., Tome 1, p. 315 : « *Note thus, that if a trader says that the cash-price of a good is five dollars, and the deferred price is six, then the deferred sale is indeed permitted with no ribâ, since the two compensation are of different genera* »).

²⁷¹ M. I. A. Usmani, *Examining the prudence of Islamic banks: A risk management perspective*, Islamic Finance Review, 2009/2010, Euromoney, p. 5.

Il semble que ce soit uniquement Ibn Hazm qui condamna cette catégorie de *ribâ* malgré le consentement du prêteur. En revanche, les autres jurisconsultes ne jugent pas cette pratique comme étant usuraire si les parties y ont consenti. Cependant, une telle pratique peut être interdite lorsqu'elle est utilisée comme un moyen de détournement du *ribâ*. Dès lors, toute « prime » contractuellement fixée, et calculée à partir du montant du prêt est à proscrire lorsque le prêteur tire un quelconque avantage de nature pécuniaire, sauf si cet avantage est librement consenti par l'emprunteur après remboursement du prêt et sans pouvoir en constituer une condition tacite ou explicite.

71. – « *Ribâ al yad* ». Enfin, quatrième, citons le « *ribâ al yad* ». Pour une partie des jurisconsultes (les chaféites²⁷²), il se génère lorsque la date de livraison n'est pas indiquée dans le contrat et que son prix est aussi différée²⁷³. Ce cas sème le doute dans l'esprit des profanes. Est-ce réellement du *ribâ* ? *A priori*, ce n'est pas le cas lorsqu'aucun profit n'en est tiré. Néanmoins, lorsque les parties s'accordent sur l'échange de biens *ribawi* de nature différente, mais de fait générateur identique (or contre argent ou blé contre orge) dont la livraison d'un des biens est différée, il existe une présomption de genèse de *ribâ* en vertu de la Tradition selon laquelle l'échange de l'or contre de l'or est du *ribâ* à moins que l'échange s'effectue « *de la main à la main* »²⁷⁴. Pour d'autres *fouqaha* (les hanafites), ce genre de *ribâ* entre dans la catégorie du *ribâ an-nassia*.

Plus généralement, ce type de « *ribâ* » renvoie à une vente interdite qui consiste à différer et la livraison de la chose, et le prix²⁷⁵. Une vente est donc licite que si un des deux éléments caractéristiques est différé (ou la livraison, ou le prix).

Ces différentes catégories de *ribâ* montrent que le champ d'application est extensif, ce qui conduit les dispensateurs de crédit islamique de demander l'avis des jurisconsultes. Ces derniers doivent aussi veiller que l'opération ne soit pas entachée de *gharar*.

²⁷² Pour plus de détails sur les écoles juridico-théologiques (« *madhab* »), voir infra, n° 91 à 98.

²⁷³ Halil Güneç, *La Grande Encyclopédie juridico-théologique de l'école Chaféite* (en langue turque, « *Büyük Şafi İlmihali* »), İlim Yayınları, İstanbul, p. 362.

²⁷⁴ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 314.

²⁷⁵ Imam Abou Hanifa, *El İhtiyar*, op. cit., p. 157, n° 13.

3) La prohibition islamique du « *gharar* » dans le Coran et la *Sounna*

72. – Définition. Le terme « *gharar* » provient d'« *al taghrir* » qui signifie exposer une personne ou un bien volontairement ou involontairement à un danger²⁷⁶. Le Coran indique à plusieurs reprises que la vie sur Terre est une vie trompeuse en utilisant l'expression suivante : « *mata'ou al ghurur* ». Il fait référence à une chose apparemment agréable, mais non souhaitable en réalité. Al Nawawi (1233-1277), un jurisconsulte très suivi par toutes les écoles²⁷⁷, a jugé que la prohibition du *gharar* est un des principes généraux du droit musulman²⁷⁸. D'un point de vue juridique, est visé l'aléa, le risque et l'incertitude induits par ignorance et conduisant le cocontractant à commettre une erreur qui peut être un vice du consentement. On peut aussi rapprocher le *gharar* du dol puisqu'il renvoie à la tromperie²⁷⁹. Le *gharar* concerne non seulement la nature d'un contrat, mais également son objet. Il est communément admis par la doctrine islamique qu'une transaction n'ayant pas un objet déterminé est entachée de *gharar*²⁸⁰. Elle devient manifestement aléatoire et incertain lorsque les engagements des parties sont tellement risqués que l'opération est proche du pari (« *maysir* »).

73. – Instrument de contrôle de conformité islamique. La prohibition du *gharar* doit être appréhendée comme un contrôle permanent des activités bancaires et financières islamique lorsque les conditions de validité d'un contrat, son exécution ainsi que ses effets sont aléatoires ou incertains. En fait, l'absence de détention physique ou juridique du bien, ou une exécution manifestement aléatoire du contrat sont les causes qui favorisent le jeu assimilable au pari parce qu'elles peuvent concourir à l'expansion des transactions virtuelles qui, à certains égards, nourrissent les comportements spéculateurs.

²⁷⁶ S. M. Al-Ameen Al-Dhareer, *Al-Gharar in contracts and its effects on contemporary transactions*, Institut Islamique de Recherche et de Formation, Banque Islamique de Développement (IRTI/IDB), p. 10.

²⁷⁷ Considéré comme un des grands commentateurs de *Hadith*, son surnom était Cheikh al-Islam (le cheikh de l'islam). Il appartient en outre à l'école juridique chaféite.

²⁷⁸ W. Al Zuhayli, op. cit. Tome 1, p. 76.

²⁷⁹ Voir article 1116 du Code civil : « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé* ».

²⁸⁰ S. M. Al-Ameen Al-Dhareer, *Al-Gharar in contracts and its effects on contemporary transactions*, op. cit., p. 17 à 35.

74. – Illustrations. La doctrine se fonde sur la Tradition de Mohamed interdisant une série d'opération comme la vente « *habal al-habala* » (vente des foetus de bovin ou d'ovin), la vente des produits non encore pêchés ou du gibier non encore capturé, la « *moulamassa* » (vente aux touchers), la « *mounabadzha* » (vente au jet), la « *hasat* » (vente au lancer de pierre), la vente « *al mouzabana* » (vente de dattes ou de raisin non encore cueillis), la vente « *al mouhaqala* » (échange de blé frais contre du blé sec en même quantité)²⁸¹. La dernière est également interdite du fait de la genèse du *ribâ* liée à une incertitude quant au volume ou au poids des produits échangés quand bien même la vente dite « *al araya* » soit une exception en cas de nécessité selon les chaféites, les zâhirite, les hanbalites et la majorité des malékites.

À ce titre, sont aussi interdites la conclusion de deux ventes dans un même contrat, ou la stipulation de deux conditions dans un contrat qui dénaturent les effets normalement attendus du contrat, ou bien la vente d'un bien n'appartenant pas pleinement au vendeur. C'est pourquoi les ventes à découvert sont prohibées par la loi islamique.

75. – Combinaison du « *gharar* » et du « *maysir* ». Par ailleurs, la combinaison du *gharar* et du *maysir* constitue le fondement de l'interdiction des opérations de crédit aléatoires et dangereuses. Le *gharar* façonne aussi bien le champ d'application des opérations aléatoires que ceux des opérations entaché de *maysir* qui est assimilé au jeu de hasard. En matière de jeu de carte, il s'agit de la prohibition du *qhimar*. Il concerne donc les transactions qui dépendent entièrement de la chance de réaliser un gain sans réellement participer au cycle économique d'un produit.

Le Coran mentionne le *maysir* explicitement au verset 90 de la cinquième Sourate comme étant une souillure du diable.

Ces éléments contribuent à construire une conception soucieuse de la situation de détresses des individus. Elle interdit donc l'exploitation des biens et des personnes²⁸². Puisque le *ribâ* et le *gharar*

²⁸¹ W. Al Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 68.

²⁸² En France, la Cour de cassation s'est prononcée sur la question des paris en ligne. Dans son commentaire, Brigitte Daille-Duclos note que la Cour de cassation, posant « le principe que l'on ne peut déduire du seul fait que l'Etat retire des bénéfices financiers des jeux d'argent que des restrictions à la libre circulation des services ne sont pas justifiées au regard de l'objectif de réduction des jeux », laisse aux juges de renvoi le soin de « déterminer si les autorités françaises poursuivent une politique expansive dans le domaine des jeux, dans le but d'augmenter les recettes fiscales », si une telle politique « est cohérente avec l'objectif de limitation des risques de délits et de fraudes » et si « les restrictions à la liberté des jeux peuvent être justifiées par cet objectif » et, dans l'affirmative, si ces restrictions sont proportionnées à cet objectif (B. Daille-Duclos, *Paris en ligne : le monopole du PMU confronté au principe de la libre prestation de services : vers une libéralisation des jeux ?*, JCP, éd. E., n° 39, p. 11 à 16).

encadrent les crédits, il convient de préciser leur régime juridique pour identifier une partie du contenu de la notion d'opérations de crédit islamique.

4) La fixation du régime juridique du « *ribâ* » et du « *gharar* » par la doctrine islamique

76. – Interprétation des juristes. Le droit musulman est un système théologique et juridique teintée d'une éthique particulière²⁸³ parce que les jurisconsultes ont érigé en théorie juridique les aspirations d'ordre eschatologique, et ont systématisé les règles relatives aux relations entre les individus.

Le droit musulman repose sur les devoirs de garantir l'égalité et l'équivalence des prestations. Ces principes constituent également le socle des activités bancaires et financières islamiques. Nous allons relever les particularités de ce système juridique en mettant en exergue le fait que ses sources sont constamment retravaillées pour définir des régimes juridiques (« *hukm* ») adéquatement fixés pour une époque donnée, bien que nombres de penseurs estiment que les portes de la réflexion (*ijtihad*) se sont fermées au début du premier millénaire²⁸⁴. Ce n'est pas forcément vrai parce que des régimes juridiques sont, de nos jours, institués pour les opérations bancaires et financières islamiques²⁸⁵.

L'appartenance aux écoles juridico-théologiques (« *madhab* ») des jurisconsultes est parfois à l'origine d'interprétations divergentes des sources principales (a). Cependant, ils s'accordent à instituer un régime juridique prohibitif en matière de *ribâ* (b) et de *gharar* (c) dont les sanctions sont assez spécifiques (d).

²⁸³ B. Johansen, *Le contrat de Selem, Droit et formation du capital dans l'Empire abbaside (XIè – XIIè siècle)*, Annales HSS, juillet-août 2006, n° 4, p. 863 à 899.

²⁸⁴ B. Lewis, *Islam*, Quatro Gallimard, 2005, p. 711.

²⁸⁵ Voir les standards AAOIFI et IFSB ; voir aussi *Islamic Banking and Finance, What It Is and What It Could Be*, Editor Tarek El Diwany, 1st Ethical, 2010 (ouvrage Collectif), p. 40 et 236.

a) Les interprétations des sources par les juristes des quatre écoles juridico-théologiques (« *madhab* »)

77. – Interprétations admises par le consensus. Lorsqu'un docteur de la loi islamique, appelé un « *faqih* » (pl. « *fouqaha* »), rend un avis explicite, cet avis est appelé *fatwa* dont la valeur juridique peut varier entre, d'un côté, une loi coercitive lorsqu'elle est non seulement fondée sur une source scripturaire, mais également incontestable d'un point de vue religieux ; et de l'autre côté, la catégorie des avis facultatifs, en passant par celle qui est exceptionnelle qui, comme pour la prohibition du *ribâ*, admet sa nécessité d'y recourir dans un pays non musulman qui ne propose pas d'alternatif, permission assortie d'une série de conditions posées par le Conseil européen de la *fatwa*²⁸⁶.

Les juristes musulmans jouent en réalité un rôle primordial dans la systématisation des règles juridiques. Ce rôle est d'autant plus marqué qu'au regard du droit français, l'*ijmâ*, c'est-à-dire le consensus *doctorum*²⁸⁷, est la troisième source du droit musulman. Il désigne le consensus sur un cas juridique de tous les juristes, et acquérant ainsi « *le statut de loi religieuse* »²⁸⁸. On ne peut parler de consensus qu'après la mort de Mohamed, et lorsque quatre conditions sont réunies : à savoir, l'existence de plusieurs juristes à l'époque considérée (1), un jugement unique (2) et explicite (3), et enfin une unanimité sur la solution donnée (4). L'avis juridique devient une loi coercitive si elle est fondée sur une source scripturaire.

Étant donné qu'il est difficile d'avoir l'avis de tous les juristes en même temps, certains auteurs préfèrent utiliser l'expression d'avis juridique collectif et d'autres d'« absence de conflit d'opinion ». Cette dernière expression est celle de l'Imam Ahmed Ibn Hanbel, « fondateur » de l'école hanbalite. Dans la prise de décision, les juristes sont aussi orientés par les Traditions suivantes :

- « *Ma communauté ne s'accorde jamais sur l'erreur* » ;
- « *Certes, Dieu ne permet pas que ma communauté soit unanimement favorable à une hérésie* » ;
- « *Ce que les musulmans jugent bon, Dieu le juge aussi bon* ».

²⁸⁶ Voir infra, n° 91 et 92.

²⁸⁷ Expression utilisée par H. Boubakeur, op. cit. p. 367.

En conséquence, l'*ijmâ* comprend d'une part le consensus explicite qui est l'accord de tous les jurisconsultes, et d'autre part, le consensus implicite qui résulte de l'avis clairement exposé seulement par une partie des jurisconsultes alors que le reste n'a exprimé aucun avis (ni pour, ni contre).

78. – Diversité des courants juridiques. Par contre, comme l'Islam se divise en rite chiite et sunnite, le consensus dans le premier rite ne joue pas toujours le même rôle que dans le second, et réciproquement. De plus, le second consacre aux quatre premiers Califes le statut de législateurs. Ce sont des faiseurs de droit²⁸⁹. Nos développements reprennent les positions essentiellement sunnites puisque ces derniers représentent environ 85% des musulmans, dont les adeptes ont une approche fortement ancrée dans la Tradition et les enseignements de Mohamed sans distinguer la position eschatologiquement plus élevée d'Ali par rapport aux autres Califes et aux autres compagnons de Mohamed dont le nombre se chiffre en centaines de milliers. Parmi les compagnons, les positions d'Ibn Massoud et d'Ibn Abbas ont fondé deux courants prioritaires qui ont fini par teinter les *madhas*, c'est-à-dire les écoles juridico-théologiques. Il s'agit plus précisément du hanafisme et du malékisme qui seront accompagnés quelques années plus tard par le chafiisme et le hanbalisme²⁹⁰. Ces écoles portent le nom des « fondateurs » qui sont respectivement les imams Abou Hanifa An-Nu'man (699-767)²⁹¹, Malik Ibn Anas (712-796)²⁹², Abdallah Ibn Idris Châf'î (767-820)²⁹³ qui était

²⁸⁸ A. Khallaf, op. cit. p. 67.

²⁸⁹ Pour le contexte politique du schisme musulman, voir notamment H. Boubaker, op. cit. p. 385 et s. Le chiisme, terme qui dérive de *chi'â*, de l'arabe, signifie la dissension politique et religieuse ayant conduit à la légitimité « sacerdotale » d'Ali, quatrième Calife, et ce malgré lui. Par contre, le sunnisme est le rite qui suit l'orthodoxie islamique en suivant la Tradition de Mohamed, rejette toutes les formes d'innovation blamable (*bida'*) dans les domaines spirituels, eschatologique, culturel et temporel. Le premier s'écartant, ou favorisant certaines Traditions de Mohamed, octroie une autorité des plus élevées au personnage d'Ali qu'au Prophète de l'Islam et qu'aux trois premiers Califes : Abou Bakr (Date de règne : 632-634), Omar Ibn Khattab (Date de règne : 632-634), Othman Ibn Affwan (date de règne : 644-656), Ali Ibn Abou Talib (date de règne : 656-66). Les dissensions commencèrent avec le Gouverneur de la Syrie Mouawiyah, et se cristallisa après la bataille de Siffine en 657. C'est sous le Calife d'Othman, que le Coran a été compilé, sous l'autorité de Thabith Ibn Zayd en 640.

²⁹⁰ M. Abou Zahra, Professeur de droit musulman, a identifié dans son ouvrage, *Islâm'da Siyasi, itikadi ve fiqhi mezhepler tarihi*, (en langue turque, notre traduction : *Histoire des écoles (madheb) politiques, dogmatique et juridico-théologiques en Islam*, Hisar Yayinevi, Istanbul), huit écoles dans le rite sunnite. Les quatre écoles que nous retenons sont celles qui ont le plus d'adeptes.

²⁹¹ M. Abou Zahra, *La vie de l'Imam Abou Hanifa*, traduction des Éditions Le Savoir, revu et corrigé par le Docteur Hassan Amdouni, 2007 : Cet Imam a eu comme disciples les imams Youssouf, Mouhamed et Zafar qui ont diffusé sur des supports papiers les positions de leur maître.

²⁹² Ayant notamment rédigé *Al-Mouavatta, La doctrine établie*, traduit en français par Ali Aboud, revue et corrigée par Fady Salamé, Dar Al-Ktob Al-Ilmiyah, Beyrouth, Liban, Volume I et II, 2^{ème} édition, 2005.

²⁹³ Qui a systématisé les règles du droit musulman dans son ouvrage intitulé, *La Risâla, Les fondements du Droit musulman*, traduit de l'arabe, présenté et annoté par L. Souami, Sindbad, Acte Sud, 1997.

l'élève de l'Imam Malik, et Ahmad Ibn Hanbal (780-855) qui a suivi les cours de Chafi'î pendant trois ans de 810-813. Du premier est née l'école hanafite, du second l'école malékite, du troisième l'école chaféite, et du dernier l'école hanbalite. Toutes ces écoles ont contribué à systématiser les règles juridiques et théologiques. Néanmoins, nous ferons également référence aux écoles zâhirites, notamment les positions d'Ibn Hazm²⁹⁴, et aux zaydites (écoles chiïtes proche du sunnisme).

79. – Divergence et méthodologie. Il existe toutefois des divergences doctrinales qui portent, non pas sur le dogme de la religion, mais sur des points de méthodologie juridique selon que l'opinion personnelle, l'analogie, l'intérêt général aient ou non une importance dans le raisonnement²⁹⁵. M. Boubakeur note que ces écoles sont nées à partir d'un « conflit de méthodes »²⁹⁶. En effet, il n'existe pas de différences réelles au niveau de la doctrine théologique dès lors chacune rejette les innovations blâmables (*bida'*), les dérives du chiïsme, et les sectes obscurantistes.

Comme la Tradition de Mohamed a le dessein de régir les diverses transactions afin de constituer un socle de règles interdisant le *ribâ*, sa mise en œuvre est source de difficultés. Bien que des divergences conduisent à des solutions opposées (légalité islamique ou non d'un acte ou d'un fait juridique), « *les divergences des docteurs de la loi mettent les fidèles à l'aise* » selon un adage populaire²⁹⁷. Plus précisément, elle permet par option valable de résoudre leurs problèmes. Ainsi, il est possible de changer d'école ou d'adopter une position d'une autre école tout en restant dans la même école. Dans le dernier cas, une raison valable, notamment de ne pas pouvoir surmonter une difficulté, permet d'accomplir une prescription sans contrevenir à la législation islamique. En effet, le caractère obligatoire (« *fard* ») ou non d'une pratique, ou la permissivité d'une modalité d'accomplissement d'une prescription religieuse, peuvent varier d'une école à une autre. Cette logique s'applique invariablement en matière contractuelle. Il est cependant utile de connaître les spécificités de ces « *madhab* ».

80. – Hanafisme. Les hanafites accordent de l'importance au raisonnement analogique (« *qiyas* ») qui conduit, grâce à l'opinion personnelle (« *ray* »), et à la préférence juridique appelée « *istihsan* »,

²⁹⁴ Mort en 1063 qui appartient à l'école d'Abou Zâhiri.

²⁹⁵ H. Boubakeur, *Traité moderne de théologie islamique*, op. cit., p. 357 à 374.

²⁹⁶ Ibidem, p. 359.

²⁹⁷ Ibidem, p. 374.

de déterminer des régimes juridiques²⁹⁸. L'utilisation de ce type de raisonnement est fortement liée à l'analogie qui repose sur une méthode rationnelle, tout en tenant compte de la hiérarchie des sources du droit musulman. Lorsque le Coran et la Souna sont muets sur une situation juridique, cette méthode fait appel aux ressources intellectuelles des jurisconsultes avertis (« *moujtahid* »), qui prennent en compte tant l'intérêt général (« *maslaha* »), que les us et coutumes (« *ourf* »).

Les adeptes de cette école se trouvent majoritairement en Turquie, en Asie Centrale, en Chine, en Inde et en Syrie. La particularité de cette école tient au fait que si les deux disciples d'Abou Hanifa, Abou Youssouf et Mouhammad Shaybâni, s'opposent à leur maître, leur position l'emporte du point de vue juridique²⁹⁹. Les positions des hanafites ont été officialées grâce à Abou Youssouf qui a été nommé le juge suprême (*qadi*) sous les abassides en Irak. Ces positions ont été compilées au 19^{ème} siècle dans le *Majallat*, le Code civil ottoman, en vigueur jusqu'à l'avènement de la République de Turquie en 1924. Il a continué à s'appliquer dans de nombreux pays à majorité musulmane.

81. – Malékisme. Les malékites suspectent fortement l'opinion personnelle (*ray*) si son usage tend à effacer peu à peu les textes. Le « *ray* » est un outil servant à déterminer le régime juridique d'un fait ou d'un acte juridique à partir d'un choix préférentiel sur les règles à appliquer. C'est ce choix préférentiel effectué notamment et principalement par les hanafites qui semble poser des problèmes de méthodologie. Contrairement à Abou Hanifa qui vécut en Irak, Malik Ibn Anas a vécu à Médine, ville dans laquelle les Traditions prophétiques étaient plus aisément accessibles.

Par ailleurs, les malékites retiennent comme source principale du droit musulman l'analogie et le consensus *doctorum* (*ijma*), et comme source complémentaire l'intérêt général qui occupe une place importante. Ils se trouvent en Afrique (Afrique du Nord, Afrique Noire, Haute-Egypte), en Proche-Orient, en Arabie, en Indonésie.

82. – Chaféisme. Quant aux chaféïtes, leur maître a recherché une voie intermédiaire ou plutôt la conciliation entre la prédominance des positions traditionnistes (malékites) et des positions dites spéculatives des gens du *ray* (hanafites). Le fondateur de cette école, l'Imam Shâf'î, a précisé les fondements de l'analogie et récusé l'opinion personnelle en la substituant par l'intérêt général dans

²⁹⁸ M. Abou Zahra, *La vie de l'Imam Abou Hanifa*, op. cit., p. 155 à 188.

²⁹⁹ *Ibidem*, spéc., p. 158 – 169.

son ouvrages appelé « *La Risâla, Les fondements du droit musulman* (« *Risâla fi usul al fiqh* ») »³⁰⁰. Parmi les chaféites, on peut citer Al-Ghazali (m. en 1111)³⁰¹ et an-Nawawi (m. en 1277). Ils sont essentiellement représentés en Arabie du Sud, une partie de région dite du *Hijaz* (entre La Mecque et Médine), en Égypte, en Indonésie, en Turquie et en Afrique du Sud.

83. – Hanbalisme. Enfin, les hanbalites s’opposèrent aux *mutazilites*, qui étaient des rationalistes ayant adopté un courant hérétique et violent, soutenu par les autorités en place qui emprisonnèrent l’Imam Ahmed Ibn Hanbel. Une fois libéré après la disparition de cette secte, l’école a repris les méthodes des autres écoles en apportant plus de rigueur au raisonnement analogique.

C’est pour cette raison qu’ils horrifient les innovations blamables (*bida’a*) qui dériva dans certains pays du Golfe en une censure des mœurs et une rigidité doctrinale ouvrant la voie tant au wahhabisme et au salafisme³⁰², ce dernier étant de plus en plus suspectés de revenir aveuglément à la Tradition par tous les courants islamiques, ce qui permit de nos jours de distinguer les musulmans laïcs, modérés, et les islamistes.

Toutefois, les hanbalites ont certes une lecture très littérale des sources coraniques et traditionnelles tout en usant du libre choix (*ikhtiyar*) des sources pour effectuer l’analogie (*qiyas*). Par exemple, Ibn Taymiyya et Ibn Qayyim, ont usé sans complexe du « *qiyas* » dans les limites assises par leurs précurseurs. Le premier s’est positionné par rapport à la thèse de ceux qui jugeaient que le prêt à titre gratuit (« *qard* ») et la vente à crédit sont des transactions usuraires. Il démontra que ce raisonnement était biaisé au regard de la pratique du « *qiyas* », position partagée par les jurisconsultes de toutes les écoles.

De nos jours, on peut trouver les hanbalites en Irak, en Égypte, au Proche Orient et dans les Émirats.

84. – Émission de *fatwa*. Tous les jurisconsultes n’ont pas forcément les qualités requises pour émettre une *fatwa*. C’est pourquoi il peut exister un collège ou un comité de « savants » musulmans, notamment les comités de conformité islamique au sein des institutions financières islamiques. Depuis que les « *fatawa* » (sing. *fatwa*), qui ressemblent schématiquement à la jurisprudence au sens du droit français, sont émises, cet « amoncellement de jurisprudence [s’est transformé] en un corpus

³⁰⁰ Shafi’î, *La Risâla, Les fondements du droit musulman (Risâla fi usul al fiqh)*, op. cit.

³⁰¹ Al-Ghazâlî, *Ihya Ulumud-Din* (en langue turque, notre traduction « *La revivification de la science religieuse* »), traduit en turc par Ahmed Serdaroglu, Tome 1, 2, 3 et 4, Bedir Yayineni, Istanbul, 1989.

³⁰² M. Nasîr Al-Din Al-Albanî, *Le salafisme, Du mythe à la réalité*, Al-Hadîth éditions, 2008.

de lois »³⁰³. Leur processus d'émission, qui ressemble au « *responsa* » du droit romain, semble ne pas être interrompu : « *ce sont enfin les responsa proprement dits qui s'échelonnent de 1100 à nos jours. Les jurisconsultes répondent aux questions qui leur sont posées en faisant une application fidèle des principes du droit. C'est en vain que l'on y recherchait une innovation quelconque* »³⁰⁴. Autant, l'information de M. Chehat sur les *responsa* est juste ; autant, son affirmation sur l'impossibilité de trouver une innovation peut être remise en cause parce que ce sont les jurisconsultes contemporains qui ont contribué à ériger les règles juridiques pour encadrer les opérations bancaires et financières islamiques³⁰⁵.

En outre, il faut avoir à l'esprit que des institutions islamiques émettant des *fatawa* existent actuellement dans tous les continents. Il s'agit par exemple de l'Académie de *Fiqh*³⁰⁶, le Conseil Européen de la *Fatwa*, le *Dar'oul Ifta* d'Al Azhar³⁰⁷ ou encore le *Diyanet*³⁰⁸ en Turquie. Parallèlement, dans les pays du Golfe et du Maghreb, ainsi qu'en Turquie, en Pakistan, en Iran, au Soudan, en Malaisie et mêmes dans certains pays européens, des règles islamiques ont intégré les droits nationaux ; et, des comités de conformité islamique ont été facultativement ou obligatoirement intégrés dans les établissements de crédit.

Les comités de conformité islamique, appelés *Sharia Board* par les anglo-saxons, et terme auquel nous nous référons de temps en temps dans nos développements ultérieurs, viennent compléter le mode de gouvernance des banques. Apparaissant comme des comités privés, ils ont été aussi institutionnalisés : par exemple le Sharia Board de l'AAOIFI, celui de la banque centrale de Malaisie et de l'autorité de supervision des marchés financiers de Malaisie, celui qui est en cours de Constitution au sein de la Financial Services Authority ; alors que leur présence est inexistant dans les banques participatives en Turquie.

Au sein de ces comités, les jurisconsultes valident ou non la conformité des transactions à la loi islamique. La tendance dans cette industrie est que ces « *fouqaha* » soient consultés en permanence pour avaliser ou sanctionner des opérations bancaires.

³⁰³ A. Filali-Ansary, op. cit., p. 170.

³⁰⁴ C. Chehata, op. cit., p. 57.

³⁰⁵ Voir, en bibliographie, la liste des standards Charia de l'AAOIFI et de l'IFSB, et surtout les avis de conformité islamique au sein des établissements de crédit.

³⁰⁶ Mise en place par l'Organisation de la Conférence Islamique qui regroupe les jurisconsultes de 53 pays musulmans.

³⁰⁷ Département émettant les *fatawa*.

³⁰⁸ Conseil national religieux de Turquie.

85. – Controverses doctrinales. Citons à titre d'exemple la position de l'Académie de Fiqh sur un contrat de vente appelé « *tawarouq* » qui est une technique de monétarisation des actifs. Cette opération permet à une banque de mettre des fonds à la disposition de son client. L'Académie de Fiqh l'a interdit, bien qu'il soit encore pratiqué³⁰⁹, et qui est, aujourd'hui, régi par les instructions fiscales en France³¹⁰. Plus précisément, lorsque le refinancement des banques islamiques et la mise à disposition de fonds ont recours au *tawarouq* dit « organisé », qui sera l'objet de développements dans la première section du chapitre consacré aux opérations de crédit islamique adossés à un bien³¹¹, l'opération est interdite malgré des voix dissidentes au sein de la doctrine islamique qui invoquent la nécessité d'y recourir pour les besoins de l'industrie bancaire islamique qui est handicapé par la limitation des techniques de refinancement conventionnel³¹². Si cet obstacle est levé, il faut reconsidérer, en droit français, la portée du *tawarouq* en vue de ne pas le privilégier dans les crédits à la consommation, pratique susceptible d'être qualifiée de *ribawi*.

b) La fixation du régime prohibitif du « *ribâ* » par la doctrine islamique

86. – Consensus sur l'interdiction du « *ribâ* ». Ces quatre écoles ont apporté un éclairage aux problèmes posés par la pratique du *ribâ*. Pour les « *fouqaha* », sa prohibition découle des sources principales. Ainsi, le consensus *doctorum* se fonde alors sur les textes (Coran et Sounna) ainsi que sur les avis des compagnons de Mohamed et des fondateurs des *madhabs*. Ce consensus est renforcé aussi par le consensus de la communauté (consensus *prudentium*). En découle, un régime juridique, appelé « *hukm* » qui signifie étymologiquement « régner », « trancher les différends ». Il interdit les opérations bancaires générant directement ou indirectement de l'intérêt, sans faire la distinction entre un taux d'intérêt élevé, qui serait usuraire, et un taux d'intérêt faible.

L'interdiction des dépôts et des crédits produisant indirectement l'intérêt est justifiée par le principe de précaution, appelé principe de « *saddi dhara'i* » (ou « *seddi serriyye* » pour les juristes)

³⁰⁹ Parce que le *tawarouq* est régi par le Standard Sharia n° 30 de l'AAOIFI, intitulé « *Monetization (Tawarruq)* ».

³¹⁰ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, Direction Générale des Finances Publiques, Bulletin Officiel des Impôts, n° 78 du 24 août 2010, 4/FE/S1/10 relative aux opérations de *mourabaha*.

³¹¹ Voir infra, n° 540 – 549.

³¹² Voir H. Latrache et S. Oddos, *Le tawarouq, un mal nécessaire ?*, Les Cahiers de la Finance Islamique, EM Strasbourg, Université de Strasbourg, n° 2, p. 50 à 62.

turcophones). Ce principe est destiné à fermer la voie qui mènerait à des dérives, des détournements ou des expédients juridiques (« *hiyal* »)³¹³.

La prohibition du *ribâ* a conduit à instituer la théorie de l'équivalence des prestations parce que, s'il est vrai qu'il existe « *une préoccupation constante de maintenir la justice entre les contractants au moyen d'une parfaite égalité. C'est la justice commutative qui se traduit dans le domaine des obligations par la notion d'équivalence* », qui « *a été cependant poussée jusqu'à ses dernières limites et a donné naissance à la théorie de l'usure* »³¹⁴. De plus, couplée à la prohibition du *gharar*, parce qu'il faut « *créer une sécurité statique à l'abri de tout aléa, de toute éventualité inquiétante* », l'objet de tout contrat doit être utile, possible et déterminé alors même que la cause du contrat n'existe pas en droit musulman comme une condition de validité du contrat³¹⁵.

Cette prohibition est un principe général du droit musulman (α) qui s'applique pour maintenir un équilibre contractuel reposant sur la théorie de l'équivalence des prestations (β).

α) La prohibition islamique du « *ribâ* » : un principe général du droit musulman

86. – Divergence sur la portée de la prohibition du « *ribâ* ». La Tradition de Mohamed, qui expose expressément les six espèces de produits concernés par le *ribâ*, a conduit à une divergence entre les *fouqaha* sur l'étendue de l'interdiction. La prohibition ainsi formulée est-elle générale ou spéciale ? Les justifications données par les deux courants opposées sont tellement bien argumentées, et appuyées sur des raisonnements solides, qu'il peut être difficile d'exclure l'une ou l'autre conception. Cependant, la quasi-totalité des jurisconsultes musulman a tranché pour sa généralité en consacrant un principe général du droit musulman applicable à toutes sortes de contrats (ventes, louage, société, mandat, etc.). Il convient ainsi de reprendre les arguments en vue de mettre en exergue la portée de ce principe.

³¹³ Voir par exemple, *Le livre des ruses, La stratégie politiques des arabes*, Traduction intégrale d'après les manuscrits originaux par René R. Ghawam, Libretto, 2010, p. 407 à 448.

³¹⁴ C. Chehata, *op. cit.*, p. 57.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 67 : « *la cause est un élément de l'obligation. Les auteurs entendent généralement par le terme « cause » la source de l'obligation. Ainsi, les formulaires prennent soin de mentionner la « cause » de l'obligation dans une reconnaissance de dette. Cependant, la cause véritable de l'obligation de l'acheteur n'est point le contrat de vente, mais le fait que la propriété d'une chose lui a été transférée. Il doit payer parce qu'il ne peut pas réunir entre ses mains et la*

87. – Ibn Hazm versus le Calife Omar. Le « fondateur » de l'école zâhirite, Ibn Hazm, est partisan du caractère spécifique de l'interdiction. Il adopte une approche pragmatique afin d'éviter les méfaits liés à une mauvaise compréhension du concept de *ribâ*³¹⁶. Ainsi, seuls sont concernés les produits cités par la Tradition.

Les autres écolés retiennent la généralité de l'interdiction pour deux motifs. Le premier est d'ordre sociologique étant donné que la Tradition sur les six produits est une Tradition métaphorique dont le dessein est de se transmettre oralement. Le second est de nature « traditionnelle » car le second Calife, Omar, a affirmé que parmi les derniers versets révélés, figurait le verset 275 de la deuxième Sourate. Il a également dit que Mohamed n'aurait pas explicité de manière précise le contenu de la prohibition, ce qui lui permis d'être à l'origine de la règle selon laquelle il faut s'écarter de toute transaction contenant un doute, une incertitude de type *ribawi*.

Or, Ibn Hazm critiqua cette affirmation du Calife en invoquant un argument très logique : « *dès lors qu'il est prévu des sanctions lourdes en matière de ribâ, comment se fait-il que le prophète n'a pas eu l'occasion de tous les expliciter ? Il se peut que Mohamed ne l'ait pas explicité au Calife, mais il l'a fait à d'autres* »³¹⁷. Cet argument ne résisterait pas aux faits parce que Mohamed ne vécut que quatre-vingt-un jours après la révélation de ces versets. Certains auteurs considèrent que ce laps de temps n'aurait pas pu suffire à expliciter, voire expliquer non seulement le contenu, mais également le champ d'application de la prohibition du *ribâ*.

Il semble que les arguments d'Ibn Hazm doivent être relativisés parce que d'une part, nous avons recensés vingt-deux Traditions³¹⁸ ; et d'autre part, le Calife Omar était un lettré qui connaissait très bien la langue arabe dont le souci était d'avoir la meilleure approche pour obtenir un régime juridique cohérent en cette matière³¹⁹. Toutefois, la position d'Ibn Hazm est à la limite de la subversion lorsqu'il invoque, au premier stade de son raisonnement, le verset 119 de la sixième Sourate (Al-An'am)³²⁰ ; et au second stade du raisonnement, et conformément à un principe selon

chose et le prix. Le prix est l'équivalent de la chose. Ne pas payer le prix, c'est rompre l'équilibre que tout contrat doit assurer. Or, cet équilibre n'est que l'équivalence parfaite des prestations, ainsi que l'exige la justice commutative ».

³¹⁶ Ibnî Hazm (du siècle), *El-muhalla*, Le Caire, 1928/1932, IX, p. 542, in H. Döndüren, op. cit., p. 384.

³¹⁷ In H. Döndüren, op. cit., p. 385.

³¹⁸ *Hadis Ansiklopedisi, Kitoubou Sitte*, par CANAN I. (Compilation des Traditions authentiques, en langue turque), Zaman, Istanbul, 2003, p. 521 à 539.

³¹⁹ En effet, le Calife a affirmé qu'« *il aurait été plus aisé pour nous si le prophète de l'Islam avait précisé le régime des successions, du ribâ et du Califat* », in H. Döndüren, op. cit., p. 385.

³²⁰ « *Qu'avez-vous à ne pas manger de ce sur quoi le nom d'Allah a été prononcé ? Alors qu'Il vous a détaillé ce qu'Il vous a interdit, à moins que vous ne soyez contraints d'y recourir. Beaucoup de gens s'égarent, sans savoir, par leurs passions. C'est ton Seigneur qui connaît le mieux les transgresseurs* ».

lequel les interdictions en Islam se fondent obligatoirement sur un texte, il conviendrait de faire une interprétation restrictive de la Tradition sur les six produits. Ainsi, le champ d'application de la prohibition serait limité aux six produits. Cependant, l'auteur a poursuivi son raisonnement par une analyse fonctionnelle de ces produits cités. S'agissant de l'or et de l'argent, l'interprétation téléologique du texte mène à les considérer comme étant une monnaie fiduciaire. Ils ne peuvent donc plus être tenus pour de simples métaux précieux. Quant aux autres produits, ce sont des denrées de première nécessité sur lesquelles les transactions de nature usuraire ne sont pas davantage autorisées. Sa position peut dès lors être remise en question, et sous-entendrait une généralisation de la prohibition. Or, la spécificité de ce texte est argumentée de telle manière qu'un rapporteur de la Tradition a dit que Mohamed a fait remarquer que « *et, notre nourriture à cette époque là était l'orge* ». Cela concourt à la spécificité de l'interdiction au motif qu'« *il est établi dans les fondements [du droit musulman] que l'habitude qui a cours au moment du discours fait partie des choses qui restreignent la portée générale du texte* »³²¹. Pour autant, la prise en compte de l'habitude dans l'édification d'une règle juridique efficiente n'est pas unanimement acceptée par les docteurs de la loi islamique parce qu'une interprétation stricte n'implique nullement une restriction aveugle quand bien même la Tradition soit claire et détaillée, mais également brève et elliptique ; ce qui implique la prise en considération des arguments tenant à la portée explicative de celle-ci.

88. – Prohibition de portée générale. Comme nous l'avons évoqué plus haut, cette Tradition a permis de distinguer le *ribâ al-fadl*, à savoir l'intérêt du surplus résultant d'une opération au comptant, et le *ribâ an-nassia* l'intérêt généré par la stipulation d'un terme avantageant injustement une partie. Le second était celle pratiquée, avant l'avènement de l'Islam, dans la péninsule arabique. Il correspond au prêt à intérêt du droit français³²².

À partir de cette distinction, il nous semble qu'il y a eu un passage de la spécificité à la généralité de la prohibition. Cette conclusion est confirmée par la réticence du Second Calife Omar (qui a été très proche de Mohamed) qui l'a exprimé de la façon suivante : « *De peur du ribâ, nous nous sommes écartés du neuf dixième de nos activités* »³²³. Dès lors, la prohibition du *ribâ* est devenue un principe général du droit musulman qui a conduit à se poser systématiquement la question de savoir si une

³²¹ S. Ibn Fawzan al-Fawzan, op. cit., p. 102.

³²² W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 342.

³²³ H. Döndüren, op. cit., p. 267.

transaction est *ribawi* ou non. La réponse varie selon qu'il s'agit de prendre en compte la nature intrinsèque ou extrinsèque de la chose faisant l'objet d'une transaction.

89. – « Ribâ » et nature intrinsèque du bien. S'agissant de leur nature intrinsèque, tous les auteurs retiennent une *summa divisio* pour classer en deux catégories fonctionnelles les produits *ribawi* : d'une part celle relatives à l'or et à l'argent ; et d'autre part les quatre autres produits.

L'or et l'argent ont une nature fiduciaire si on place ces considérations à l'époque de Mohamed, alors que les quatre autres produits ont une nature alimentaire. Cette division porte déjà en elle la volonté implicite de la généralisation de l'interdiction. Elle est aussi complétée par la prise en compte de leur nature extrinsèque.

90. – « Ribâ » et nature extrinsèque du bien. Il s'agit ici de la nature « quantifiable » du bien. Ainsi, la généralité de la prohibition découle d'une logique déductive qui consiste à analyser chaque produit comme pouvant faire l'objet d'une « *mouamalat* »³²⁴, d'une transaction parce qu'il a de la valeur. De nos jours, il est admis que le *ribâ* est interdit peu importe la forme qu'il prendra, peu importe dans quel type de contrat il apparaîtra.

91. – Exception. Principe général du droit musulman, la prohibition du *ribâ* comporte-t-elle des exceptions ? Comme tout principe, il existe l'exception tirée de la nécessité. Un musulman ne doit pas pratiquer le *ribâ* à moins d'y être contraint. En droit musulman, l'application d'une règle générale d'interdiction peut être écartée par le recours au principe de nécessité (« *dzarura'* ») qui peut justifier une telle pratique. En revanche, cette exception est strictement limitée par des circonstances parfaitement déterminées.

Par exemple, l'interdiction de manger du porc est levée si un individu risque de mourir de faim dans un lieu isolé et que le seul recours à ce danger est écarté par la présence de cet animal. Le musulman ne doit manger qu'une petite quantité pour éviter la mort. Il ne peut donc se rassasier. La même logique d'exception préside le fait de boire des boissons alcoolisées. Par analogie, cette exception permettrait aux musulmans de conclure un prêt à intérêt pour combler un besoin fondamental, impérieux, tels que l'acquisition d'un lieu d'habitation principal, l'achat d'un véhicule, voire le financement du démarrage d'une activité économique, dans des conditions particulièrement

³²⁴ Terme désignant le domaine profane, dépourvu de religiosité : le commerce en est l'exemple type.

difficiles à remplir, notamment dans un environnement et un cadre juridique non adapté aux prescriptions islamiques.

Mais, l'Imam Abou Hanifa a autorisé la conclusion d'un prêt à intérêt lorsque l'emprunteur vit dans un État où la loi islamique ne s'applique pas et que le prêteur ne soit pas un musulman³²⁵. Cette autorisation ressemble à la législation hébraïque qui permet à un juif de prêter à intérêt à un non juif. Mais, cette exception a permis la viabilité de l'industrie bancaire islamique. Les premières banques islamiques ont du emprunter le circuit des banques conventionnelles notamment pour se refinancer auprès des banques centrales. Cette permission résulta d'une fatwa de M. Mustafa Zarqa qui conseilla les fondateurs de la Banque Islamique de Développement³²⁶.

92. – Conditions de l'exception. Cette exception est donc toujours d'actualité, notamment, conformément à la « *fatwa* » du Conseil Européen de la Fatwa et de la Recherche³²⁷. Le Conseil ne voit pas d'inconvénients pour contracter des crédits hypothécaires grevés d'intérêt à condition que premièrement, le bien immobilier soit à vocation d'habitation principale pour l'emprunteur ; deuxièmement, ce dernier ne doit pas être propriétaire d'une autre maison ; troisièmement, il n'a pas d'autres ressources et moyens pour la financer que le crédit bancaire.

La *fatwa* se fonde d'une part, sur le principe selon lequel « nécessité fait loi ». Il permet d'exécuter une transaction prohibée, principe découlant d'un verset assouplissant les interdictions au regard des situations de nécessité. Dans ces conditions, un musulman peut conclure non seulement un contrat entaché de *ribâ*, mais également un contrat non valide d'un point de vue islamique, lorsqu'il se trouve dans un pays non musulman. D'autre part, alors même qu'il est possible de louer un logement ou une maison, cette possibilité n'enlève rien à la nécessité de l'acquérir en pleine propriété parce que cette acquisition constitue une des conditions pour un musulman de vivre en harmonie avec les percepts de l'Islam et dans le bonheur conformément au verset 80 de la seizième Sourate³²⁸ et à la

³²⁵ Imam Abou Hanifa, *El Ihtiyar*, op. cit., p. 169, n° 79.

³²⁶ H. Algabid, *Les banques islamiques*, Préface GAVALDA Christian, Thèse, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Economica, 1990, p. 57.

³²⁷ The Fourth Ordinary Session of the European Council for Fatwa and Research, 22-18 Rajab 1420 H, 27-31 October 1999, Resolution 2/4 : « *The Council, therefore, invites the Muslim community to do its utmost to seek Islamic alternatives such as Murabaha (sale at a profit), which is practised by Islamic Banks. They should avoid doubtful matters to the furthest extent possible. It encourages them to establish their own construction companies that can build houses and sell them to Muslims with relaxed, less strict lawful ways of payment* ».

³²⁸ « *Dieu a fait de vos maisons un lieu de repos* ».

Tradition selon laquelle posséder un lieu d'habitation est un des quatre éléments concourant au bonheur d'un foyer³²⁹.

En tout état de cause, s'il est permis d'emprunter à intérêt dans les conditions précédemment décrites, il est aucunement permis pour un musulman de prêter à intérêt.

Cependant, sont islamiquement légales, mais sous certaines conditions, deux formes de transactions qui sont en apparence usuraires. Il s'agit de la vente *al-araya*³³⁰ et de la vente de bijoux en or contre une quantité d'or supérieure³³¹. Ces deux types de vente sont uniquement pris à titre d'exemple parce qu'elles n'ont pas de portée sur les transactions bancaires. Dans la mesure où la pratique de l'intérêt est une pratique injuste, sa prohibition conduit à exiger, dans un cadre contractuel, une équivalence des prestations.

³²⁹ Tradition rappelée par la précédente *fatwa*.

³³⁰ La vente « *al-araya* » concerne la vente de dattes fraîches contre des dattes sèches. Elle est une exception à la règle interdisant les échanges de fruits frais contre des fruits secs (vente appelée « *al-mouzâbana* »). De même pour la « *mohâqala* » (vente du blé en germe contre du blé battu et vanné), ou la « *môghadara* » (vente des fruits verts non encore mûrs) qui se trouvent entre la prohibition du *ribâ* et celle du *gharar* (l'aléa). Toutefois, la majorité des auteurs souligne son interdiction. En effet, la Tradition de Mohamed est incisive en interrogeant les personnes intéressées par une telle transaction : « *Est-ce que les dattes fraîches diminuent (en volume et en poids) lorsqu'elles se dessèchent* ». Il s'agit du respect rigoureux de l'équivalence et de l'égalité des transactions. Pourtant, Abou Hanifa autorisa une telle transaction en se fondant sur deux versets : « *Dieu a rendu le commerce licite* » ; et « *ceux d'entre vous ne mangent pas les biens des autres illégalement. Mais qu'il y ait du négoce, entre vous, par consentement mutuel* » (respectivement, S. II, Verset 275 et S. IV, Verset 29). Il est possible d'y recourir uniquement si cinq conditions sont remplies. En premier lieu, une *estimation* de la quantité, en excluant le principe du forfait. Si les dattes fraîches ne sont pas encore cueillies, elles feront l'objet d'une estimation sur les palmiers. Cette vente se fait, en second lieu, par *nécessité* en vertu de la Tradition puisque le marché offre des produits à contre courant alors que les demandeurs manquent malheureusement de liquidité. Elle est conditionnée, en troisième lieu, par une *consommation immédiate*. Cette condition permet de palier la pénurie sur le marché tout en limitant les quantités échangeables à *cinq awsaq* (1 *wassaq* (singulier de *awsaq*) équivaut à 60 *sâ'a* et 1 *sâ'a* équivaut une poignée) qui correspondent à environ quinze kilogrammes. Pour les hanafites, le poids de l'échange ne doit pas dépasser 653 kilogrammes. Enfin, cette vente doit s'effectuer *au comptant*. La qualification juridique de cette transaction est en réalité erronée car cette forme de transaction constitue un échange en droit français et non une vente car il permet un double transfert des droits sur les choses échangées dans le but d'une appropriation (voir notamment, F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Paris, 2004, n° 595).

³³¹ Dans ce genre de vente, le surplus perçu par le vendeur est du *ribâ* qui naît lorsque les quantités d'or échangé sont différentes en termes de poids. Pourtant, le surplus d'or est considéré comme la contrepartie de la fabrication du bijou. Si la valeur du bijou en or est fixée par la monnaie, ledit bijou ne doit pas s'analyser en une monnaie fiduciaire. Son fait générateur (*illâ*) est distinct, et cette vente est permise. Bien que la permission de cette vente se fonde sur un rapport inégal, la différence rémunère le travail qui a servi à façonner le bijou. Selon Ibn Al-Qayyim, de l'école hanbalite, « *une personne sensée ne vendrait pas à quantité équivalente le métal façonné et celui qui ne l'est pas. Ce serait une stupidité et reviendrait à un gâchis du savoir-faire. Or, le Législateur est de tous le plus soucieux d'en préserver la communauté (...). Sinon, il faudrait dire qu'il n'est pas permis du tout de vendre [les produits] contre leur propre espèce, et qu'on doit vendre contre une autre espèce. Ceci présente des peines et des embarras que la législation désavoue (...). Il n'y a d'autre alternative que de permettre sa vente, de la même que l'on vend les autres marchandises. S'il n'était pas permis de les vendre contre de l'argent (au sens de monnaie d'échange), cela porterait préjudice à l'intérêt des hommes* ». En revanche, les Imams Châfî et Ahmed Ibn Hanbal s'opposent à cette transaction à partir d'une interprétation littérale de la Tradition « *or pour or* ». Il est avéré que Mohamed ordonna de séparer tous les éléments des bijoux et ornements en or susceptibles de conduire à la genèse du *ribâ* lors d'une transaction. L'Imam Malik a introduit une distinction selon que le produit est destiné au commerce ou non alors que l'Imam Abou Hanifa autorise ce genre de transaction sans aucune restriction (S. Ibn Fawzan al-Fawzan, op. cit., p. 82 à 84, et 112).

β) Le « ribâ » et l'équivalence des prestations

93. – Contenu du principe de l'équivalence des prestations. M. Chehata expose le raisonnement sous-jacent à l'équivalence des prestations : « *comment peut-on considérer que les prestations sont équivalentes si dans un contrat à titre onéreux – échange de deux biens fongibles qui se pèsent ou se mesurent, appartenant tous les deux au même genus – l'un des contractants obtient une quantité plus grande que l'autre ? L'excédent est ici manifestement sans cause. De même en est-il si un bien fongible est promis à terme contre un autre bien fongible du même genus livré immédiatement. L'un des contractants profite ici du bien livré, sans équivalent, pendant tout le laps de temps que dure le terme. De même aussi, si l'on a promis un bien quelconque, même non fongible, contre un bien de genre identique livré immédiatement. C'est toujours le bénéfice tiré du terme – sans cause. Ce sera aussi le cas si un bien fongible a été promis contre un autre bien de genus différent mais toujours fongible et livré immédiatement. Dans ces quatre cas limitativement énuméré par un hadith, l'inégalité des prestations a été considérée comme manifeste. Cependant, une réaction très forte a tendu à annihiler cette manière de voir. L'excédent peut en effet correspondre à un équivalent réel quoique non-apparent (cas de la commandite, de la vente à réméré, la vente à bénéfice) (...) Cette théorie de l'usure plane néanmoins sur la théorie de l'obligation et retentit en plus d'un endroit* »³³² : « *Telle est la véritable théorie de la cause en droit musulman* »³³³. Ainsi, il convient à chaque étape (formation et exécution) du contrat de rechercher si un surplus est abusivement prévu.

94. – Champ d'application. Les contrats tels que l'échange, le prêt, la vente (« bay ») (incluant la vente à terme comme le « salam ») ainsi que le change de monnaie (« sarf ») doivent être conforme au principe général de l'égalité contractuelle dont le corolaire est, en droit musulman, l'équivalence des prestations. Ces quatre types de contrats font parties de la catégorie des contrats synallagmatiques à dominante patrimoniale (« muawadat maliyya »). S'agissant de leur exécution, une égalité se traduit par une interprétation étroite et stricte des clauses qui « *ont comme objectifs, d'après les juristes, la construction des relations sociales et non le gain pécuniaire* »³³⁴. Bien que cette dernière idée soit trop idéaliste en matière commerciale, il faut néanmoins noter que ce

³³² C. Chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, op. cit., p. 69 – 70.

³³³ Idem.

³³⁴ J.B. Heinrich, *Les principaux contrats de financement utilisés par les banques islamiques*, art. préc., p. 1135.

principe général s'étend aux contrats de société qui peuvent être conclus entre un client et son banquier. Il permettra de qualifier ou non de léonine certaines clauses rompant l'équivalence des prestations des associés.

En ce qui concerne le contrat de vente, il ne doit pas conduire à une distorsion de prestations, encore moins à un déséquilibre générateur de surplus injustifié empruntant alternativement ou cumulativement la définition du *ribâ al-fadl* et du *ribâ an-nassia*.

Ces *ribâ* visent principalement les choses fongibles dont leur genre et leur nature dictent des mécanismes de détection de l'intérêt. M. Heinrich revient sur cette idée en indiquant que « *l'exécution d'une convention synallagmatique exige, pour sa réalisation, que les obligations respectives des parties constituent une sorte d'équilibre, lequel sert d'économie générale au contrat. Si cet équilibre est rompu, la convention est illicite. C'est la théorie de l'excédent (ribâ el fadl)* »³³⁵. Cette théorie de l'excédent comporte aussi un autre volet parce que l'équivalence des prestations doit être recherchée tant au comptant (*ribâ al fadl*) qu'à terme (*ribâ an nassia*). Toutes les transactions seront ainsi analysées à travers le prisme de l'équivalence, mais aussi de l'équité.

Par exemple, lorsqu'un jour, Bilal, esclave noir affranchi et compagnon de Mohamed, a apporté à Mohamed des dattes de bonne qualité (« *janib* »), qu'on ne pouvait pas trouver dans sa région, Mohamed, étonné, a demandé comment il s'en est procuré. Son compagnon a répondu qu'il avait échangé une mesure (*sa'a*) de ces dattes contre deux mesures de dattes de qualité inférieure. Mohamed lui dit de ne plus jamais pratiquer cette transaction parce que c'est un cas avéré de transaction *ribawi*. En revanche, Bilal devait vendre les dattes de qualité inférieure contre des dirhams (de la monnaie) et acheter les dattes de qualité supérieure avec l'argent qu'il a gagné³³⁶. Cette obligation de passer par le marché pour la fixation des prix a également pour fondement une autre Tradition selon laquelle lorsque les citoyens de la Cité-Etat de Médine sont venus le consulter pendant une période de récession pour qu'il fixe le prix des denrées, Mohamed répondit que « *Dieu et son prophète n'interviennent pas dans la fixation des prix* ».

En conséquence, les parties à une convention doivent tenir compte du principe de l'équivalence des prestations qui palie la stricte application du principe d'égalité car les contrats synallagmatiques sont fortement teintés par la justice commutative, laquelle conduit souvent à la valorisation des biens au prix du marché avant tout échange, toute transaction.

³³⁵ Idem.

³³⁶ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 336.

95. – Équilibre contractuel vs. « ribâ ». Il apparaît que le droit musulman est très soucieux de l'équilibre contractuel. En effet, tous les contrats présentant un déséquilibre au moment de leur formation, que cet équilibre soit structurel ou conjoncturel, sont nuls : *« ce n'est pas seulement le prêt à intérêt que l'on vise, ni les opérations commerciales qui donnent un grand profit à une personne au détriment d'une autre, mais tout contrat dans lequel il y a exploitation de l'une des parties, toute opération par laquelle, une personne exploite la faiblesse, l'ignorance, la nécessité du cocontractant, pour lui imposer des obligations en disproportion avec les prestations promises »*³³⁷. En nous fondant sur l'analyse de M. Le Dolley, le principe d'équivalence produit deux effets importants notamment lors de l'acquisition ou l'échange de valeur mobilière : un effet dynamique et un effet structurant³³⁸.

Ces deux effets expriment toute la conception sous-jacente de la prohibition de l'intérêt. L'équivalence des prestations fait appel à la monétarisation des transactions parce que la monnaie, même grevée d'intérêt, n'a pas de valeur intrinsèque en soi. Elle est un étalon de mesure. Cependant, la conception française ne partage pas l'analyse juridique du droit musulman puisque le débat se fait sur un terrain déjà balisé par l'acceptation de la stipulation de l'intérêt. Selon M. Malaurie : *« il y a dans tout contrat de prêt d'argent à intérêt un équilibre financier déterminé par le contrat, qui ne peut pas être unilatéralement rompu (...) à peine de déséquilibrer le contrat et la répartition des charges financières qu'il a prévues entre les parties »*³³⁹.

En définitive, les juristes constatent que le Coran et la *Sounna* entretiennent des rapports soient confirmatifs (le premier confirmant la deuxième), soient explicatifs (la deuxième expliquant le premier), soient complémentaires (la deuxième érigeant une prescription qui n'existe pas dans le Coran)³⁴⁰, desquels découlent les règles applicables à la matière étudiée.

³³⁷ Voir M. Kettani, mémoire préc., p. 62-63.

³³⁸ Erik Le Dolley, *L'équivalence en droit financier*, Bulletin Joly Sociétés, Février 2009, p. 204, spéc. p. 213 et 214.

³³⁹ PH. Malaurie, *Baisse des taux d'intérêt, prêt à long terme et renégociation*, D. 1998, Chronique p. 319.

³⁴⁰ A. Khallaf, *Les fondements du Droit musulman*, op. cit., p. 60 : L'Imam Chafi, un des « fondateurs » d'une école juridico-théologique, clarifia la manière de rechercher les solutions : *« Á ma connaissance, tous les savants s'accordent sur le fait que la Sounna comprend trois catégories : la première regroupe les Hadith qui confirment les textes révélés par Dieu ; la seconde comprend les Hadith qui expliquent les textes révélés qui ont une portée générale ; et la troisième renferme toutes les prescriptions faites par le Prophète et n'existant pas dans le Coran »*.

96. – Divergence doctrinale. Á cet égard, nous allons exposer deux *fatawa* contradictoires en matière de financement générant du *ribâ*³⁴¹ : d'une part celle émise par le Recteur de l'Université d'Al Azhar le 2 décembre 2002 (27 ramadan 1423) qui avait autorisé la perception d'un « profit » en matière de dépôt dont le taux est fixé au moment de la conclusion du contrat alors que les motifs de la *fatwa* montraient que le Mufti Tantawi faisait référence à la *mouadaraba* dans sa forme de compte d'investissement participatif³⁴², ce qui dénote une confusion des concepts de sa part ; et d'autre part, celle de l'Académie de Fiqh (*Majlis Majma Al-Fiqh Al-Islami*) un mois plus tard, des 11 - 16 janvier 2003, réunie à Doha, jugeant que la stipulation de l'intérêt est interdite en toute circonstance, et rejetant ainsi la première *fatwa*.

Reprenons trois passages de cette dernière pour illustrer non seulement le régime réservé au *ribâ*, mais aussi les corrections apportées à la *fatwa* d'Al-Azhar. Premièrement, « *les intérêts bancaires sur les dépôts sont une forme de ribâ qui est interdit par le Coran et la Sounna tel que démontré par de nombreuses décisions et fatawa depuis la seconde réunion de l'Islamic Research Institute au Caire en mai 1965 (Muharam 1385) à laquelle des représentants de trente cinq États islamiques et quatre-vingt-cinq des plus grands jurisconsultes musulmans ont assisté. La première décision de la conférence a été la suivante : « l'intérêt découlant de n'importe quel type de prêt constitue le ribâ interdit »*. Cette affirmation a l'intention d'isoler les positions des jurisconsultes d'Al-Azhar, notamment en publiant la liste des conférences et des institutions islamiques interdisant le *ribâ*. Deuxièmement, « *les lois bancaires interdisent aux banques d'investir dans des arrangements de partage des profits et des pertes. Les banques reçoivent des prêts du public sous la forme de dépôt et limitent leurs activités au prêt et à l'emprunt avec intérêt, créant ainsi du crédit grâce à l'utilisation des fonds déposés avec intérêts »*. Troisièmement, c'est la formule de partage qui doit être retenue : « *Au fil des siècles, les experts de toutes les écoles ont atteint un consensus selon lequel la prédétermination des profits d'investissements sous forme d'espèces ou de pourcentage du capital ; quelque soit le type de société, n'est pas permise »*. Nous trouvons ici au cœur de notre problématique. Comment se fait-il que des jurisconsultes finissent par autoriser la pratique de l'intérêt ? Cela résulte souvent d'une absence de connaissance des textes qui régissent le *ribâ*, et les nouvelles techniques de dépôt et crédit.

³⁴¹ Voir M. A. El-Gamal, *Finance islamique, Aspects légaux, économiques et pratiques*, op. cit., p. 178 à 182 ; voir aussi sa version anglaise : M. A. El-Gamal, *Islamic Finance, Law, Economics and Practice*, Cambridge University Press, 2006, p. 139 à 144.

³⁴² Voir infra, n° 827 – 831.

97. – Détournement de l'interdiction. En ce qui concerne les techniques de détournement, c'est-à-dire les expédients juridiques appelés « *hiyal* », certaines ventes sont prohibées parce qu'elles dissimulent une opération *ribawi* (usuraire). C'est le cas de la vente dite « *inah* » qui est une sorte de vente assortie d'une « obligation de réméré » de la part du vendeur qui rachètera ledit bien à prix inférieur au prix de vente initial. Une autre variante de ce procédé est illustrée par M. Chehata : « *si, avant le paiement du prix, le vendeur rachète à son acheteur la chose vendue moyennant un prix supérieur à celui que ce dernier devait payer, l'acheteur se trouvera avoir acquis un excédent sans équivalent. Le profit n'est possible que s'il y a eu considération au moins apparente des deux intérêts en conflit. Ainsi, en est-il en matière de vente. Si l'inégalité est criante : le contrat sera vicié et c'est toute la théorie de l'usure* »³⁴³. De manière générale, ce sont les montages complexes superposant ou juxtaposant plusieurs contrats de vente, de location ou de société qui doivent être scrutés.

98. – Montages frauduleux. M. El-Gamal critique la *fatwa* d'Al-Azhar parce que « *l'argument relatif à l'aléa moral est ignoré tandis que celui du rendement justifié par le risque est mis en avant. Il est à ce titre important de noter que les juristes insistent sur le fait que le financier doit supporter le risque lié au droit de propriété, ignorant ainsi les risques de crédit, de taux d'intérêt, de liquidité et opérationnels auxquels les institutions financières conventionnelles sont exposées lorsqu'elles octroient des crédits. Paradoxalement, ces mêmes juristes ont permis de multiples innovations qui éliminent pratiquement le risque lié au droit de propriété tout en continuant à justifier les rendements sur base de ce risque cosmétique, plutôt que les risques réels liés aux crédits, islamiques ou non* »³⁴⁴. Alors même que cet auteur admet sans réserve que le *ribâ* est interdit, il veut démontrer néanmoins qu'il existe non seulement des montages frauduleux, mais également une sorte de connivence entre les institutions financières et les membres des comités de conformité Charia au sein des banques islamiques. À cet égard, il évoque *l'arbitrage shari'a* qui profite aux juristes car le montage d'un crédit islamique, dans ses multiples variantes, suppose des documents contractuels plus nombreux que ceux d'un crédit conventionnel³⁴⁵. C'est une forme de « maquillage » qui justifie de ne plus retenir des contrats nommés de droit musulman car cet arbitrage est auto-destructeur,

³⁴³ M. Heinrich, art. préc.,

³⁴⁴ Ibidem, p. 185.

³⁴⁵ Ibidem, p. 201 à 222.

notamment par l'interposition de société, de structure ad hoc dont la multiplication et la domiciliation sont suspectées par les autorités publiques occidentales, après le 11 septembre 2001³⁴⁶. Outre la prohibition du *ribâ*, les opérations de crédit islamique sont aussi encadrées par l'interdiction islamique du *gharar* qui consiste à interdire toute forme d'aléa dans un contrat.

c) La fixation du régime prohibitif du « *gharar* » par la doctrine islamique

99. – Convergence doctrinale sur la prohibition dans une pluralité d'approches. Au moment de la conclusion du contrat, si l'objet d'un contrat n'existe pas, le contrat est entaché de *gharar*. Le contrat est nul parce que Mohamed a dit « *ne vendez pas ce que vous ne possédez* ». Ibn Abidin, un hanafite, (m. 1836) généralise le concept en indiquant que le *gharar* est « *une incertitude sur l'existence de l'objet de la vente* »³⁴⁷. Ibn Ruchd (Averroès) estime que le *gharar* apparaît que lorsque le contrat est lésionnaire, résultant de l'ignorance du cours des prix ou encore du manque de connaissance des critères indispensables à établir un équilibre contractuel³⁴⁸. Ibn Hazm le rejoint en considérant que la vente est entachée de *gharar* du fait que l'acheteur ne sait pas ce qu'il achète, et que le vendeur ne sait pas ce qu'il vend³⁴⁹. Parmi les hanafites, Sarakhsî (m. 1097) considère que le *gharar* concerne également les transactions dont les effets sont au meilleur des cas imprécis, et au pire, opaques. Un auteur malikite, El-Karafi (m. 1285), le rejoint en jugeant qu'il induit une incertitude quant à sa réalisation³⁵⁰. Ibn Taymiyya (m. 1328), hanbalite, retient aussi cette acception en indiquant qu'il apparaît lorsque les effets du contrat ont été dissimulés. Son disciple, Ibn Qayyim, retient cette position, mais en indiquant qu'« *il importe que la prestation existe du moment que le créancier ne peut recouvrer son droit* »³⁵¹.

La différence entre ces approches tient à la délimitation du champ d'application de l'interdiction : les uns étendent la prohibition aux contrats aléatoires où ni leur quantité, ni leur qualité ne peuvent être fixées avec exactitude ; et les autres s'attèlent à une obligation d'information dont le débiteur, et dans une certaine mesure le créancier, en sont les agents actifs de l'équilibre contractuel.

³⁴⁶ Ibidem, p. 64.

³⁴⁷ S. M. Al-Ameen Al-Dhareer, op. cit., p. 10.

³⁴⁸ Nayla Comair-Obeid, op. cit., p. 59

³⁴⁹ W. Al Zuhayli, op. cit. Tome 1, p. 78.

³⁵⁰ H. Döndüren, op. cit., p. 164.

³⁵¹ Idem.

M. Al-Dhareer conclut que « *le gharar se génère lorsque les conséquences de la transaction sont dissimulées* »³⁵². L'idée de dol ou de tromperie rejaillit par cette approche. M. Az-Zarka, délimite le champ d'application du *gharar* à « *une vente de chose probable, dont l'existence ou les caractéristiques ne sont pas certaines, ce qui conduit à assimiler la nature risquée de cette transaction à un jeu de hasard, un jeu d'argent* »³⁵³.

Finalement, il s'agit plus précisément de l'indétermination de l'objet du contrat, objet qui peut être inconnu, non évaluable quant à ses effets, où le débiteur ou le créancier peuvent être à l'origine de ce vice d'aléa. Lorsqu'un tel vice apparaît, la transaction encourt une sanction.

d) Les « sanctions » encourues en cas de genèse du « ribâ » et du « gharar »

100. – Notion de « sanction » en droit musulman. Le droit musulman ne se contente pas seulement d'autoriser et d'interdire des actes ou des faits juridiques parce qu'il existe des catégories intermédiaires de sanction³⁵⁴. Sa complexité apparente est surmontée si nous savons déjà ce qui est interdit ou permis. Schématiquement, entre le « *halal* » (le permis) et le « *haram* » (l'interdit), un acte est dit « *wajib* » s'il est obligatoire³⁵⁵, et « *nafila* » s'il est surrogatoire. Le premier terme est utilisé par les hanafites dans le domaine juridique et cultuel alors que le second concerne uniquement le domaine du culte.

Un acte est dit « *moubah* » s'il est licite, « *mandoub* » s'il est recommandé, « *makrouh* » s'il est répréhensible, « *tahriman makrouh* » s'il est très répréhensible mais pas complètement interdit³⁵⁶. Lorsqu'un contrat est conforme à la loi islamique, il est « *djaiiz* » dans la mesure où ni les conditions de formation, ni les clauses, ne sont qualifiées de « *bâtil* » ou de « *fassid* », c'est-à-dire un contrat vicié. Il faut aussi tenir compte de l'intensité accordée à ce vice affectant la validité d'un contrat.

³⁵² S. M. Al-Ameen Al-Dhareer, op. cit., p. 10: “*gharar obtains where consequences are concealed. This is the view favoured by most jurists*”.

³⁵³ in M.A. El-Gamal, *A basic guide of contemporary Islamic banking and finance*, Rice University, Houston, Juin 2000, in <http://www.ruf.rice.edu/~elgamal>, p. 7 : « *the gharar is the sale of probable items whose existence or characteristics are not certain, due to the risky nature which makes the trade similar gambling* ».

³⁵⁴ Cela est peut être dû à l'interdépendance des notions théologiques et des notions juridiques.

³⁵⁵ Le terme « *fard* » désigne aussi l'obligation de faire quelque chose en particulier en matière cultuelle.

³⁵⁶ W. Al-Zuhayli, op. cit. Tome 1, p. 51 et suivants.

Selon qu'on respecte ou non les conditions de validité de la prescription obligatoire, celle-ci sera conforme ou non à la Charia.

Chaque pilier de l'islam est un « *fard* », c'est-à-dire une obligation³⁵⁷. Une obligation est dite « *fard khifaya* » si l'accomplissement de cette obligation se déroule en collectivité, alors que le « *fard ayn* » est accompli individuellement par la musulmane ou le musulman. Ainsi, la prohibition du *ribâ* étant clairement interdit par le Coran, son respect est un *fard* tant *khifaya* qu'*ayn*³⁵⁸. Le manquement à cette obligation est donc forcément sanctionné.

101. – Nullité de la stipulation du « *ribâ* ». Les sanctions sont de deux ordres. Théologiquement, le Coran averti les usuriers d'un châtement douloureux dans l'au-delà : « *ceux qui pratique le ribâ se présenteront le jour de la Résurrection, comme des aliénés possédés par le démon et ce, pour avoir affirmé que le ribâ est une forme de vente, alors que Dieu a permis la vente et a interdit l'usure. Celui qui, instruit par cet avertissement, aura renoncé à cette pratique pourra conserver ses acquis usuraires antérieurs et son cas relèvera du Seigneur ; mais les récidivistes seront voués au Feu éternel* »³⁵⁹. Une Tradition de Mohamed revient sur cette forme de sanction en informant que Dieu et Son Prophète maudissent celui qui pratique ou facilite la pratique du *ribâ*.

Juridiquement, dans son sermon d'Adieu en l'an 9 de l'Hégire (environ 631), le Prophète Mohamed a déclaré que « *l'intérêt du temps de l'Ignorance pré-islamique (jahilliyya) est aboli, mais vous avez vos droits sur vos capitaux : ne soyez ni oppresseurs, ni opprimés. Dieu a décrété qu'il n'y ait pas d'intérêt. Et, le premier intérêt, par lequel je commence, c'est l'intérêt de mon oncle Abbas Ibn Al-Muttalib* »³⁶⁰. Même si cette injonction est arrivée tardivement dans la vie de Mohamed, et que la portée de celle-là a été discutée dans l'édification d'un régime juridique cohérent, du fait notamment d'un manque de considération chronologique, le *ribâ* est *haram*, c'est-à-dire interdit.

Un contrat entaché de *ribâ* est nul. C'est le cas du contrat de prêt à intérêt qui encourt la nullité qui est proche d'une « nullité absolue » car elle peut être invoquée par tout intéressé. Il en va de même des clauses entachées de ce vice. Par exemple, un contrat de vente contenant une clause *ribawi* peut

³⁵⁷ Attestation de la foi, la prière, le jeûne, la *zakat* et le pèlerinage à la Mecque.

³⁵⁸ Ce *fard* tire directement sa source du verset 275 de la 2^{ème} sourate.

³⁵⁹ Même verset.

³⁶⁰ Pour la Traduction du discours, voir M. Hamidullah, op. cit., p. 211-214, spéc. p. 212.

ne pas être annulé car c'est la clause qui peut être écartée si le contrat peut survivre à cette amputation³⁶¹.

102. – Nullité des contrats entachés de « *gharar* » majeur. Lorsque le contrat est affecté du vice de *ghrarar*, il est également nul. Il ne peut produire aucun effet juridique, notamment si le bien ou la prestation n'existait pas au moment de la conclusion du contrat³⁶². Dans ce cas, on parle de « *gharar al woujoud* », ou de « *gharar al wasf* », lorsque les caractéristiques du bien, objet de la transaction, ne sont pas précis. Cela concerne les obligations de faire et de donner manifestement incertaines et aléatoires³⁶³. Il faut cependant effectuer une distinction pour sanctionner l'aléa ou l'incertitude affectant un contrat. C'est le *gharar* majeur qui est la cause de nullité alors que ce n'est pas le cas du *gharar* mineur³⁶⁴. Le premier type est équivalent au jeu et au pari lorsque les informations quantitatives et qualitatives relatives à la transaction sont tronquées et induisent une partie en erreur. Il peut être écarté lorsque les informations fournies sont exactes, sincères et loyales pour que les parties estiment sérieusement l'étendue de leur engagement.

Le *gharar* est mineur lorsque les caractéristiques du majeur n'apparaissent pas malgré la présence d'un aléa. Toutes les écoles considèrent que les contrats entachés de *gharar* mineur sont licites pour autant que l'aléa ne concerne ni le prix, ni l'objet de la transaction³⁶⁵.

En outre, un juriste musulman ne se limite pas seulement aux textes coraniques et la Tradition parce qu'il peut recourir aux sources complémentaires du droit musulman pour apporter la solution la plus adéquate à un problème inédit, ce qui est très fréquemment le cas en matière de financement sans intérêt.

³⁶¹ Ibn Fawazan Al-Fawzan, op. cit., p. 67 – 79.

³⁶² S. M. Al-Ameen Al-Dhareer, op. cit., p. 9.

³⁶³ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 84.

³⁶⁴ Nizam Yakouby, *Participation and trading in equities of companies which main business is primarily lawful but fraught with some prohibited transactions*, Fourth Harvard Islamic Finance Forum, Harvard University, September 30th – October 1st 2000, p. 13: « also, in his *al Majmoo, al Nawawi, may Allah have mercy on him, is quoted as saying: The principle is that the gharar (uncertainty) sale is null and void in view of the clear-cut Hadith. But the unlawfulness meant therein is the sale that involves an apparent gharar that can be avoided. However, a sale that cannot be avoided due to compelling need is lawful although it might involve some degree of gharar. Example of this is the gharar relating to disclosure of the strength of the foundation of a house purchased. One cannot surely disclose the strength of pillars of the house and this inability to disclose is gharar, but it is tolerable because it is unavoidable* ».

³⁶⁵ Nous sommes tentés de rapprocher cette règle de l'article 1129 du Code civil qui dispose qu'« il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée »; et de l'article 1116 du même Code annulant les contrats entaché de dol. Ce rapprochement est pertinent parce que ce sont les parties qui s'obligent à exécuter une prestation ayant une nature aléatoire, hasardeuse et dangereuse.

B) L'encadrement du crédit islamique par les sources complémentaires du droit musulman

103. – Importance des sources complémentaires. Au nombre de cinq (1), ces sources influencent fréquemment le *qiyas* – c'est-à-dire le raisonnement analogique (2) – dont sa rigueur « formelle », mettant parfois de côté la substance et l'esprit de la Charia, est atténuée par le recours au « *maqacid al sharia* » qui consiste à opter pour une interprétation téléologique des textes (3).

1) La typologie des sources complémentaires du droit musulman

104. – « Ray » et « maslaha ». La référence aux sources complémentaires ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine islamique car elles peuvent influencer les règles instituant le nombre ou l'intensité des conditions de validité et des effets d'une convention. Pourtant, des tendances existent selon que les juristes accordent de l'importance soit au choix préférentiel dans la formulation d'une opinion personnelle (« *ray* »), soit à l'intérêt général (« *maslaha* »). Mais, certains jurisconsultes y voient une opposition entre les deux. Les hanafites sont accusés de recourir très fréquemment au *ray*, alors que les autres écoles aspirent toujours à trouver une source fiable, principalement dans la Tradition. Cette divergence d'approche est expliquée par le fait qu'Abou Hanifa vivait en Irak, loin des sources scripturaires contrairement aux autres Imam qui ont vécu à Médine. Dans les deux cas, le *qiyas* est néanmoins pratiqué. En l'absence des sources scripturaires, les jurisconsultes peuvent également recourir, pour définir un régime juridique, à la présomption de continuité, aux us et coutumes compatibles avec les préceptes islamiques ainsi qu'aux lois des peuples monothéistes.

105. – « Ray » : le choix préférentiel. Cette source du droit musulman dépend fortement du raisonnement analogique. L'Imam Chafî'î l'avait rejeté en arguant que « *celui qui exprime une préférence invente une loi* »³⁶⁶. Cette position doit être nuancée car il est reconnu pour avoir

³⁶⁶ A. Khallaf, op. cit., p. 117.

abandonné certaines de ses positions lorsqu'il se déplaça de Médine à Bagdad, puis au Caire, où se trouve son tombeau.

Le choix préférentiel est un procédé juridique analysant le plus rationnellement possible un problème juridique, et de le résoudre. En conséquence, il permet soit d'« *abandonner un résultat évident du raisonnement analogique en faveur d'un résultat moins évident, mais plus approprié au contexte* », soit de « *faire exception à une prescription générale* »³⁶⁷. Confronté donc à un nouveau cas juridique, il peut arriver que le juriconsulte constate que deux régimes juridiques sont applicables, l'un évident et l'autre latent. Au lieu d'opter pour le premier, il peut choisir l'application de la seconde.

106. – « *Maslaha* » : l'intérêt général. Parallèlement, l'intérêt général permet de trouver des réponses juridiques aux besoins nouveaux des musulmans lorsque les sources principales sont muettes. Il participera à élaborer une nouvelle règle, un nouveau régime juridique, ou encore une nouvelle interdiction, lorsque trois conditions sont réunies. D'abord, l'intérêt doit être réel et non fictif. Puis, un grand nombre de personnes doit être concernée. Et enfin, la nouvelle loi ou la nouvelle règle ne doit pas être en contradiction avec une prescription ou un principe du droit musulman³⁶⁸.

Il peut s'agir de fixer, par exemple, les règles de fonctionnement d'un établissement de crédit, les règles de structuration d'un produit bancaire et financier. Ainsi, la nouvelle « loi » devient générale et impersonnelle. Ce n'est pas encore totalement le cas des règles de l'Islamic Financial Services Board qui a édité des standards en matière de ratio prudentiel et de gouvernance, alors qu'il continue de travailler sur les règles du fonctionnement d'un marché interbancaire³⁶⁹. De même pour les règles islamiques encadrant les produits bancaires et financiers, adoptées par l'Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions.

107. – « *Urf* » : us et coutume. Il peut arriver par ailleurs que l'usage, l'habitude, ou la coutume soient pris en compte en devenant une prescription si l'usage est généralisé, prolongé et répété dans le temps (« *repetitio* ») et s'il existe une croyance en l'existence d'une sanction (« *opinio*

³⁶⁷ Ibidem, p. 114.

³⁶⁸ Ibidem p. 123.

³⁶⁹ www.ifsb.org. Nous les exposerons dans la seconde section de ce chapitre.

necessitas »). Ce sont des sources du droit musulman s'ils ne sont pas contraires à une prescription claire et explicite.

108. – La présomption de continuité. De fait, s'adjoint une autre source appelée la présomption de continuité qui est « *l'attitude juridique qui consiste à entériner le statu quo* » tant qu'il n'y a pas la preuve manifeste d'un changement de circonstance de sorte qu'un jugement, ou un texte, restent en vigueur si aucun texte islamique ne l'infirmes ou l'abroge. C'est pourquoi le droit musulman opte pour une présomption de permission en toute matière parce que Dieu a rendu licite toutes les choses lors de la Création³⁷⁰.

Par exemple, les hanafites reconnaissent la légalité islamique du contrat de société appelé « *voudjough* » constitué par des associés réputés qui vont pratiquer des ventes à crédit ou à tempérament. Il a été pratiqué avant l'Islam, et aucun texte ne l'interdit. Cette opération combine le contrat de société et les contrats commerciaux autres que le contrat de société. La société se constitue en amont, et les opérations commerciales se réalisent en aval en vue de tirer des bénéfices et de les partager avec les apporteurs de capitaux, ce qui sera développé plus bas.

109. – Lois des peuples monothéistes. Enfin, les lois des peuples monothéistes relatées par le Coran et la Tradition de Mohamed sont une source du droit musulman à condition qu'elles n'aient pas été abrogées. Selon les jurisconsultes, ces lois sont coercitives et font parties des prescriptions que doivent accomplir les musulmans. En effet, on peut prendre les exemples tirés du Coran, notamment le verset 183 de la deuxième Sourate qui rappelle que « *Ô vous qui croyez ! Le jeûne vous est prescrit, comme il l'a été pour les peuples qui vous ont précédés* » ou les versets 72 et 73 de la Sourate 21 : « *Et, nous lui³⁷¹ donnâmes Isaac et, de surcroît Jacob, desquels Nous fîmes des gens de bien. Nous les fîmes des dirigeants qui guidaient par Notre Ordre. Et, Nous révélâmes de faire le bien, d'accomplir la prière et d'acquitter la zakat* ». En revanche, les versets 160 et 161 de la quatrième Sourate exhorte à ne pas suivre la pratique de certains juifs demeurés infidèles malgré leur appartenance au Judaïsme : « *C'est en raison de leur iniquité et du grand nombre de gens qu'ils ont détournés de la Voie de Dieu que nous avons interdit aux juifs l'usage d'excellentes nourritures autrefois autorisées. C'est aussi à cause de la pratique de l'usure, bien qu'elle leur ait été interdite,*

³⁷⁰ A. Khallaf, op. cit. p. 132

³⁷¹ Il s'agit d'Abraham.

et de leur habitude de s'accaparer injustement des biens d'autrui, que Nous avons préparé pour ceux d'entre eux qui sont infidèles de terribles tourments ».

En définitive, toutes ces sources viennent ainsi agrémente le raisonnement par analogie (*qiyas*), et fixer les objectifs de la loi islamique en matière de mise à disposition de fonds. Ce type de raisonnement est par contre ancré sur une méthodologie très rigoureuse, qui est relativisée par les interprétations téléologiques dans une logique de développer une nouvelle forme d'économie. Ces deux outils sont actuellement utilisés de manière complémentaire.

2) Le « *qiyas* » ou le raisonnement analogique à l'épreuve de la prohibition du « *ribâ* »

110. – « *Qiyas* », analogie et raison. Selon Ibn Khaldûn³⁷², « *le Fiqh s'est engagé dans deux voies : celle du raisonnement et du *qiyas* et ses adeptes sont les Irakiens ; celle du hadith, dont les tenants sont hijaziens. La pratique du Hadith était rare en Irak. Ils ont donc par compensation abondamment utilisé le *qiyas* et ils sont devenus très habiles et c'est pour cette raison qu'on les appelle « les gens du raisonnement » ; leur maître, chez qui l'école s'est stabilisé, c'est Abou Hanifa ; le chef de l'école du Hijaz, c'est Malik et après lui Shafi'î »³⁷³. Cet auteur montre que le *qiyas* est plus pratiqué en l'absence de texte. En effet, tous les jurisconsultes musulmans appliquent la règle selon laquelle « *il n'y a point de *qiyas*, si un texte existe* »³⁷⁴.*

Les juristes ont recours à la raison qui joue le rôle d'une boussole qui permet d'indiquer le Bien, d'appliquer la Justice, de prononcer ce qui est licite, d'un côté, et de désigner le Mal, de lutter contre l'Injustice, tout en déclarant ce qui doit être illicite.

111. – Raisonnement analogique. Juridiquement, le *qiyas* est la faculté de définir une règle pour un cas nouveau pour lequel aucun texte n'apporte de réponse claire. Les jurisconsultes chercheront une solution grâce à l'analogie avec un cas similaire, mais pas identique. Pour que ce dernier serve de

³⁷² Célèbre historien arabe (1332 – 1406).

³⁷³ Cité par Mohamed-Mokhtar Sellami, *Le Qiyas et ses applications contemporaines*, Traduit par Mohammed Yalaoui, Revue et corrigé par Abdel-Majid Turki, Institut Islamique de Recherches et de Formation, Banque Islamique de Développement, 1999, p. 19-20.

³⁷⁴ Le verset 59 de la quatrième Sourate précitée se termine ainsi : « *En cas de désaccord entre vous, référez-en à Dieu et au Prophète* ».

référentiel, il doit se fonder sur une prescription découlant soit du Coran, soit de la Tradition, soit du consensus³⁷⁵. Ainsi, on applique au premier cas le jugement déjà prononcé pour le deuxième. Cet exercice est exigé par les textes coraniques qui insistent sur l'effort de réflexion (*ijtihad*)³⁷⁶ et la Tradition selon laquelle lorsque Mohamed envoya Mouadh (un de ses compagnons) en tant que gouverneur au Yémen et pouvant rendre la justice, il lui demanda : « *Comment trancheras-tu les différends portés devant toi ?* ». « *Je rendrai mon jugement selon le Livre de Dieu (le Coran)* », lui répondit Mouadh. « *Et si tu ne trouves pas de solutions dans le Livre de Dieu ?* », reprit Mohamed. « *Je la chercherai dans la Sunna de Son Prophète* », répondit Mouadh alors que Mohamed poursuivit en demandant « *et, si tu ne la trouves pas dans la Sunna de Son Prophète* ». Mouadh affirma à ce moment : « *Je mettrai à profit ma raison, et je n'épargnerai pas mes efforts pour trouver une solution* ». Mohamed lui dit enfin : « *Louange à Dieu qui a permis au messager de Son Prophète de le satisfaire* » et lui mis son bras autour de son cou, puis l'accompagna jusqu'à la sortie de Médine, alors que Mouadh monta son cheval et que Mohamed finit à pied en poursuivant de prodiguer conseils et ses recommandation pour régir un nouveau territoire³⁷⁷.

112. – Structure du « qiyas ». En ce qui concerne la structure du *qiyas*, elle obéit à une logique juridique classique. Elle repose sur 1) un **cas principal** (« *asl* ») qui peut être un événement, une situation, un acte, un comportement, etc., au sujet duquel un texte existe. C'est la référence du raisonnement analogique. Il conduit à donner 2) une solution au **cas subsidiaire** (« *far'* ») qui est le nouveau cas sur lequel aucun texte ne se prononce et auquel on veut appliquer la solution valable du cas principal. Ce *far'* est l'objet de l'analogie auquel on applique 3) le régime juridique du cas principal (*hukm al-asl*) si 4) les « *illâ* » (cause, motif ou fait générateur) de ces cas *sont identiques*³⁷⁸. Il est à noter que le « *qiyas illâ* », ou analogie motivée, se distingue du « *qiyas shabah* », ou analogie de similitude. Le premier étend le statut du « cas de base » (*asl*) au cas dérivé en vertu du « *illâ* », qualité substantielle commune aux deux cas alors que le second (*qiyas shabah*) ne fait pas intervenir cet indice commun du « fait générateur ». Il convient de prendre un exemple pour illustrer la

³⁷⁵ A. Khallaf, op. cit., p. 30 : « *Cela signifie que, confronté à un cas juridique, on cherche avant tout la solution dans le Coran ; s'il ne s'y trouve pas de prescription adéquate, on se tourne vers la Sunna (Tradition de Mahomet); si celle-ci n'apporte pas de réponse, on se réfère à l'ijmâ, à savoir l'avis unanime de moujtahid (les jurisconsultes) anciens et contemporains ; s'ils ne se sont pas prononcés sur la question, on s'en remet alors à l'effort d'un moujtahid, qui, au moyen du raisonnement analogique, dégage une loi en se fondant sur les Textes* ».

³⁷⁶ « *Tirez-en une leçon, ô vous qui êtes doués de clairvoyance* » (Sourate 59, verset 2) ou « *Voilà une leçon à méditer* » (Sourate III, Verset 13).

³⁷⁷ M. Hamidullah, op. cit., n° 354.

structure du *qiyas*. Ibn Taymiyya se positionna en matière d'assimilation en opération *ribawi* du prêt (*qardh*) et de la vente à crédit :

« (On ne peut affirmer que) le prêt est une vente usuraire où l'on vend un objet contre un autre de même nature, sans qu'il y ait prise de possession effective ». C'est là une erreur ! Le prêt entre dans la catégorie des opérations par lesquelles on donne à un tiers l'usage d'une chose. Telle est l'ariya. C'est pourquoi le Prophète l'a appelée El-Maniha (brebis donnée en usufruit). Il a dit en effet « L'or (peut être) donné en usufruit, l'argent aussi ». Le prêt de jouissance consiste à donner une chose pour qu'il en tire profit, puis qu'il la restitue. Parfois, le profit consiste dans l'usage de la chose quand on prête un immeuble. Dans d'autres cas, c'est une bête que l'on emprunte pour en boire le lait et que l'on restitue ensuite. Parfois encore, l'objet du prêt est un arbre dont on mange les fruits et dont le propriétaire reprend possession par la suite. Le lait et les fruits sont produits en éléments successifs, comme l'est l'usage (d'une chose) (...) Le prêteur cède l'objet pour que l'emprunteur en tire profit avant de lui en restituer en équivalent. La restitution de l'équivalent vaut, en effet, la restitution de la chose elle-même. C'est pourquoi il est interdit de subordonner la conclusion du qard à l'obligation de restituer plus que l'équivalent, comme il est interdit d'exiger, dans une ariya, un autre objet en plus de celui qui a été prêté. Ces transactions ne relèvent pas du chapitre des ventes. Un homme intelligent, en effet, ne saurait vendre un dirhem contre un autre qui serait rigoureusement semblable et qui devrait lui être rendu au terme d'un certain délai. On ne saurait vendre une chose à terme contre une autre chose de même nature que s'il existe entre elles une différence de qualité et de quantité : on vendra une monnaie contre une monnaie différente, un objet en parfait état contre un autre endommagé. Il peut arriver cependant que le prêt profite au prêteur, comme dans l'emploi de la lettre de change : c'est pour cette raison que certains juristes la réprouvent. En vérité on ne saurait la condamner car l'emprunteur lui aussi y trouve son profit. Son usage se traduit donc par un double avantage dont bénéficient les deux parties »³⁷⁹.

113. – « Qiyas » en matière de distribution de crédit. Ce passage nous apprend que toute condition éludant apparemment le *ribâ* et les transactions sans contrepartie réelle sont interdites en droit musulman.

Ici, il convient d'exposer le travail des Sharia Board qui ont usé du *qiyas* pour déterminer les ratios financiers du filtrage islamique des titres financiers. Selon la composition des Sharia Board, le ratio d'endettement de la société émettrice doit être inférieur à 33% ou à 45% et celui de liquidité

³⁷⁸ A. Khallaf, op. cit., p. 58 – 65.

³⁷⁹ Ibn Taymiyya, *Épître sur le sens de l'analogie (Rissalatun fi ma'na-l-qiyass)*, Les éditions Albouraq, Beyrouth, Liban, 1996, p. 49 à 51.

inférieur à 49%³⁸⁰. Ici, lorsqu'un distributeur de crédit mettra des fonds à la disposition de son client, sa solvabilité et la « liquidité » de son patrimoine devraient *a minima* respecter ces taux. Ce serait un gage explicite que le droit musulman pourrait ériger en principe général le crédit responsable. Pour arriver à ce résultat, ce sont les objectifs de la Charia qui entrent dans les débats doctrinaux pour atténuer la rigueur formelle de la méthodologie analytique de certains membres de Sharia Board lorsqu'elle conduit à autoriser certaines transactions bancaires et financières suspectes. Par exemple, le remplacement de l'intérêt par le partage des profits et des pertes n'induit-elle pas la genèse d'un aléa, une incertitude pour fixer le coût final d'une transaction. Bien entendu, ce genre de doute est inacceptable pour autoriser une pratique explicitement prohibée.

3) Le « *maqacid al-sharia* » et l'intégration de la dimension éthique

114. – « *Maqacid al Sharia* », ou la finalité de la Loi islamique. Le *maqacid al shariah* est l'interprétation téléologique des textes islamiques. Les *fouqafa* adoptent cette méthode d'interprétation notamment pour analyser économiquement le droit musulman³⁸¹. Précisons d'abord son sens (a) avant d'établir les orientations qu'elle propose (b).

a) Le sens du « *maqacid al shari'a* »

115. – **La religion et les activités économiques.** La doctrine islamique porte une importance à cette vision qui doit obligatoirement prendre en compte, du plus important au moins important, la protection de la religion, la sauvegarde de la vie, la sauvegarde de la santé physique et mentale, la préservation des générations futures, et enfin la protection des biens³⁸². Cette vision met en place le concept de participation au cycle social et économique de tous les être humains.

Cette vision permet, selon M. Siddiqi, d'avoir une approche dynamique des textes et des règles juridiques en matière économique, et par de voie de conséquence en matière bancaire et financière.

³⁸⁰ Voir Annexe III.

³⁸¹ Pour le détail de cette méthode, voir Muhammad Al-Tahir Ibn Ashur, *Treatise on Maqasid al Shari'ah*, The International Institute of Islamic Thought, London, Washington, 1427 AH / 2006 CE, spéc. p. 270 à 300.

Elle implique un effet systémique qui ne se contente plus de protéger les être humains, mais accentue sa nature dans le sens de la justice et d'une éthique qui assurera une richesse tant matérielle que spirituelle³⁸³. Selon cet auteur, Ibn Qayyim avait déjà mis en exergue cette vision qui ne serait être limité par des calculs de rendements. Dans un contexte concurrentiel, la quête de la richesse ne doit pas conduire, selon les objectifs de la loi islamique, à créer des tensions sur le marché entre l'intérêt personnel et l'intérêt général. Bien au contraire, elle est non seulement tributaire, mais aussi garante de la coopération des agents économiques. Ces derniers réguleront leur activité, régulation qui prend le nom de « *hisba* » qui, pour Ibn Taymiyya, joue le rôle d'un filtre moral dans la nécessité de réguler le marché, et insiste sur la prohibition du *ribâ*, et sur la pratique du *waqf* et de la *zakat*.

La régulation islamique se fonde sur des instruments de contrôle et de surveillance destinés à délimiter les contours d'un développement économique convenable qui rejette le gaspillage et l'exploitation excessive des ressources naturelles. Comme une obligation morale, la préservation de l'environnement est perçue comme un dépôt de Dieu sur ses lieutenants. Dès lors, il est du devoir des instances théologiques, politiques et économiques de pousser à une meilleure connaissance des cycles de production et de distribution, ce qui implique une transparence de la part de tous les acteurs. En résumé, la loi islamique garantit la propriété privée et la liberté, dont la liberté d'entreprendre. Ces libertés sont cependant bien encadrées.

b) Les principes directeurs d'une économie islamique à la lumière du « *maqacid al sharia* »

116. – Six principes directeurs. En matière de création de richesse, les instruments de financement de type islamique sont tributaires de ces six directives juridico-théologiques.

117. – Dieu, Propriétaire de toute chose (1). Le premier principe, selon lequel Dieu est le propriétaire de toute chose, ne s'oppose nullement à l'accession à la propriété privée des hommes. Lieutenant de Dieu sur terre, l'homme dispose d'un droit de propriété sur les biens (meubles et

³⁸² M. T. Usmani, *Post-Crisis Reforms, Some Points to Ponder*, Intervention au Forum économique de Davos, janvier 2011.

immeubles). Un cadre légal organise la propriété qui s'acquiert par les divers modes de transfert de propriété (succession, vente, échange et prêt)³⁸⁴.

118. – Liberté d'entreprendre (2). Toute personne, qu'elle soit physique ou morale, privée ou publique, est libre d'entreprendre et d'investir à condition de maîtriser la gestion des ressources monétaires et financières dans une perspective de participation au circuit économique et d'en tirer des profits à court, à moyen et/ou à long terme. Cependant, l'Islam limite les domaines de l'investissement, et ce à partir des prescriptions scripturaires. Ainsi, la production et la vente d'alcool, de porc, le trafic de drogues, la prostitution et toute chose nuisible à l'homme sont des secteurs d'activité interdits. Dans un régime islamique, ces interdictions incombent directement aux musulmans, alors que la situation des non musulmans est prise en compte notamment en leur fournissant des produits alcoolisés et du porc³⁸⁵.

L'intervention de l'État est envisageable dans les secteurs dits sensibles (justice, santé, éducation, armement) ou peu rentable pour les investisseurs privés. Elle est surtout souhaitée dans le dessein d'assurer une régulation des prix par le biais d'une réglementation favorisant la libre concurrence.

Cette dernière liberté est proclamée au regard de plusieurs versets. D'abord, et fondamentalement, « *Dieu a rendu licite la vente* » dont la limite se trouve dans une justification naturelle : « *ne mangez pas mutuellement vos biens par des moyens illicites, mais seulement par des opérations commerciales librement consenties de part et d'autre* »³⁸⁶ ; puis, « *ce n'est pas un péché que d'aller en quête de quelque grâce (matérielle) de votre Seigneur* » selon le verset 198 de la deuxième Sourate. Pour un auteur, « *le Coran est favorable au développement économique* » qui peut ne pas transiger avec l'intérêt bien que « [le Coran] *ne fait aucune allusion positive ou négative aux matières d'usure dont les hadiths (La Tradition) ont parlé avec une singulière facilité. Il y [aurait] donc une opposition remarquable entre les deux sources de la législation musulmane* »³⁸⁷. Comment cet auteur peut-il retenir, d'une part, les versets pour mettre en exergue la sensibilité coranique en faveur d'un développement économique, et disqualifier, d'autre part, la Tradition qui met en place

³⁸³ M. N. Siddiqi, *Islamic banks: Concept, precept and prospects*, art. préc., p. 43 à 68.

³⁸⁴ Selon H. Döndüren, op. cit., p. 358 : Concomitamment à l'expansion de l'Islam, les territoires ainsi rattachés à lui dépendaient d'une nouvelle forme d'administration. Les terres devenaient la propriété de l'État qui était en charge de les exploiter. Au fur et à mesure des nouvelles acquisitions, l'État concédait aux individus des terres pour assurer à leur tour une exploitation. Ce mouvement d'appropriation des terres illustre le passage de la propriété publique à la propriété privée le cas de l'Anatolie est topique.

³⁸⁵ Ibidem, p. 359.

³⁸⁶ C'est un verset qui vise l'usure et le jeu de hasard.

des garde-fous à un développement irréfléchi de l'économie ? D'autant plus que le même auteur avoue que la législation islamique a pour finalité de « *prévenir toute tentative de spéculation et d'accaparement* »³⁸⁸, sans oublier le verset qui prohibe clairement et sans équivoque le *ribâ*.

119. – La libre concurrence (3). C'est un autre principe qui, de portée « libérale », permet aux agents économiques de solliciter du marché les conditions optimales afin d'y intervenir. Si celles-ci nécessitent l'intervention de l'État, ce dernier ne pourra le faire que dans un cadre précis. Son intervention peut être ponctuelle ou permanente. Mais, dans ce dernier cas, les pouvoirs reconnus à l'État sont ceux d'une autorité de régulation : son pouvoir normatif est délimité par le souci d'organiser un marché transparent et liquide³⁸⁹. Pour M. H. Döndüren, la Tradition « *Dieu et son prophète n'interviennent pas pour fixer les prix* » permet de mettre en place un système économique où la concurrence fixe les prix³⁹⁰. Pourtant, M. Rycx, affirme que l'idée selon laquelle « Dieu fixe les prix » serait la philosophie générale de l'économie islamique³⁹¹. Un autre auteur pense que « *l'islamisation bancaire apparaît davantage comme une modalité de la concurrence intra-libérale, que comme une stratégie de rupture avec les règles de marchés. Ce qui explique peut-être (...) que les banques islamiques aient mieux réussi dans des contextes libéraux que dans contextes issus ou marqués par un dirigisme d'Etat* »³⁹².

120. – Salaire juste et équitable (4). Tout travail mérite un salaire qui doit être juste et équitable³⁹³. Ce principe concerne essentiellement les employés. Le salaire doit être évalué en fonction des besoins fondamentaux telle qu'elle est rapportée par la Tradition de Mohamed³⁹⁴. Il s'agit de

³⁸⁷ F. Benali, *L'usure en droit musulman et ses conséquences pratiques*, Thèse, préc., p. 84.

³⁸⁸ H. Döndüren, op. cit., p. 360.

³⁸⁹ Idem : Ibn Khaldoun (1332-1406) n'approuve pas l'intervention de l'Etat dans la mesure où « *elle sera un frein à l'initiative privée de sorte qu'il ouvre la voie à la pénurie de son économie, très nuisible à l'intérêt général* ».

³⁹⁰ Ibidem, p. 359 – 361.

³⁹¹ *Systèmes juridiques et économie islamique*, in *Les capitaux de l'Islam*, sous la dir. de G. Beaugé, CNRS édition, 2001, p. 45

³⁹² G. Beaugé, in *Les capitaux de l'Islam*, sous la dir. de G. Beaugé, CNRS édition, 2001, p. 27

³⁹³ Lamy, *Droit du financement*, 2011, n° 5475 : « *la façon dont les revenus (rente, salaire, intérêt, profit) engendrés par ces facteurs sont directement attachés aux facteurs mêmes et non aux individus qui les reçoivent suppose, selon la Doxa religieuse, une confusion inique entre le travail humain et le rôle démesuré du rentier (en cas de terre ou de capital). Le nombre de ces facteurs de production a d'ailleurs fait l'objet de controverses entre les juristes musulmans qui admettent, en sus du travail, du capital, de la terre et du capital humain, d'autres facteurs de production tels que la technologie, l'état des connaissances scientifiques de la société et le niveau spirituel de la société* ».

³⁹⁴ « *Si une personne obtient un travail, et si elle n'a pas de domicile qu'il lui soit concédé ou qu'il soit aidé à en acquérir ; et si elle n'a pas de moyens de transport, qu'il lui soit concédé ; et si elle n'a pas d'époux, qu'il soit facilité*

permettre à l'employé de vivre dans des conditions décentes. Il est également rapporté que le calife Omar Bin Abdoulaziz (ayant régné de 682 à 720) considérait comme pauvre et pouvant bénéficier de la *Zakat* toutes les personnes ne possédant pas un logement, un(e) domestique, un moyen de transport et des outils pour travailler³⁹⁵. De cette façon, la précarité des individus fait appel à la solidarité.

121. – La protection sociale (5). Chaque individu dans une situation économique et sociale précaire doit être soutenu par le biais de la collecte et la distribution de la *Zakat*³⁹⁶. Il ne s'agissait non pas d'une aumône, mais bien d'un impôt, et ce de l'époque de Mohamed à la Chute de l'Empire Ottoman, impôt portant sur les biens excédentaires des assujettis qui sont susceptibles de croître en les « investissant »³⁹⁷. Sont concernés par cet impôt la monnaie, l'or, l'argent, les marchandises stockés par le commerçant, le cheptel, les produits agricoles, les loyers des immeubles destinés à la location, les minerais et les produits issus de l'exploitation des sols et des sous-sols. L'assujetti verse 2,5% de son patrimoine à une des huit catégories de bénéficiaires³⁹⁸ lorsque son patrimoine est, pendant une année lunaire, au dessus du seuil d'imposition³⁹⁹.

Sociologiquement, sa mise en œuvre se concrétise par l'institution de fonds destinés à sa collecte et à sa redistribution. Juridiquement, il se crée une relation contractuelle entre l'assujetti et le bénéficiaire ; car celui-ci devient le créancier de celui-là. Les obligations qui en découlent sont de même nature que le transfert complet de propriété au profit du bénéficiaire avec un droit de regard sur les choses données. Traditionnellement, la collecte et la distribution de la *zakat* étaient dévolues à l'État. De nos jours, ce sont essentiellement des organismes non gouvernementaux qui s'en

d'en trouvé un ; et si elle n'a pas de domestique, qu'il lui soit facilité d'en trouver une », in H. Döndüren, op. cit., p. 359.

³⁹⁵ *Idem.*

³⁹⁶ Voir notamment W. Al-Zuhayli, *Islam Fikih Ansiklopedisi*, (en langue turque, notre traduction : *Encyclopédie de la science islamique*), T. III, Risale, Istanbul, 1900 ; Y. Qaradawi, *Le rôle de la zakat dans l'assainissement des problèmes économiques*, AEIF édition, 2002 ; A. Brahim, *Développement en économie islamique*, Maisonneuve, Paris, 1993 ; notre mémoire, *L'aumône obligatoire en Islam, le droit de la Zakat (dette des riches et droit de créance des pauvres)*, DEA de Droit Canonique et de Droit Européen Comparé des Religions, Université Marc Bloch - C.N.R.S. - Université Robert Schuman, 2005.

³⁹⁷ Qualification retenue par M. Hamidullah au regard de la chronologie des versets : op. cit. n° 1554 à 1610.

³⁹⁸ Cités par le Coran : « *Les aumônes sont destinées aux pauvres, aux nécessiteux, à ceux qui sont en charge de recueillir ces dons et de les répartir, à ceux dont les cœurs sont à gagner, au rachat des captifs, aux endettés insolubles, à ceux qui se consacrent à la cause de Dieu, et aux voyageurs démunis. C'est là un arrêt de Dieu, et Dieu est Omniscient et Sage* » (verset 60, Sourate 9).

³⁹⁹ Estimé de nos jours à environ 2800-3000 euros qui est équivalent à 85 grammes d'or.

chargent, quoique certains États respectant les principes de la loi islamique prennent en charge la *zakat* comme un impôt national (Pakistan, Arabie Saoudite, Emirats Arabes Unis).

Concernant les banques islamiques, elles s'y soumettent volontairement en créant un département ou un comité de la *zakat*, quand bien même M. Hamidullah nous informe qu'étant donné que le *ribâ* est interdit, l'État de Médine avait nationalisé⁴⁰⁰ le prêt à la consommation de sorte que le Fonds de la *zakat* servait à faciliter le quotidien des citoyens en contrepartie de la restitution en équivalent des sommes avancées.

122. – Bannissement de la prodigalité (6). Pour échafauder un système économique soucieux de ses acteurs, et loin de conduire à une ascèse complète, la prodigalité est mal perçue dans une logique de redistribution des richesses prônée par l'Islam. La modération est donc recommandée à tous les niveaux de la vie sociale et économique. Ce principe de bienséance augure une explication d'ordre psychologique, aspect certes éloigné de notre étude mais nécessaire pour expliquer l'économie des règles régissant la prohibition de l'intérêt. En effet, l'absence de considération pour les plus démunis engendrera des tensions entre les riches et les pauvres⁴⁰¹, qui seront nuisibles à l'épanouissement de tous les acteurs économiques qu'ils soient en haut ou en bas de l'échelle sociale⁴⁰².

123. – Islamisation de l'économie ? Au regard des principes ci-dessus exposés, est-il envisageable d'« islamiser » la législation économique ? Certaines réglementations l'ont été, et y demeurent ; d'autres l'ont été, et ce sont écartés, ou d'autres sont en cours de l'être pour la première fois ou à nouveau. Il appartiendra *in fine* aux pouvoirs publics et aux agents économiques de déterminer la base à partir de laquelle les transactions islamiques se réaliseront. « Islamiser » l'économie apparaît suspicieux notamment lorsque des personnes « enthousiastes », qui sont persuadées que le rapport à la religion est primordial en toute circonstance, oublie la sensibilité séculière de certains États. Dans les deux cas, c'est une façon de voir qui tient soit de l'« angélisme », soit de la « barbarie »⁴⁰³ selon les finalités plus ou moins affichées des porte-parole de telle ou telle idéologie économique. Il convient d'être réaliste et objectif si l'Islam et ses préceptes économiques constituent un socle de réflexion à géométrie variable : « *la banque demeure le maillon central de l'islamisation*

⁴⁰⁰ M. Hamidullah, op. cit., n° 1561.

⁴⁰¹ H. Döndüren, op. cit., p. 360.

⁴⁰² Sourate 28, verset 83 : « *cette Demeure dernière, Nous la réservons à ceux qui ne recherchent, ni à s'élever sur les autres, ni à semer la corruption sur la terre* ».

économique, la division islamique du travail a suscité tout un éventail d'institutions parallèles à la banque, depuis les fonds de placement jusqu'aux entreprises industrielles en passant par les assurances et les services »⁴⁰⁴. Par contre, la théorie d'une économie sans intérêt peut-elle mettre en place les instruments de la stabilité monétaire ? Il existe non seulement des travaux universitaires, mais également des réalisations concrètes dans ce domaine⁴⁰⁵. Ici, les juristes musulmans se fondent sur la Tradition de Mohamed qui oblige à échanger l'or avec l'or seulement au comptant et à égalité afin de ne pas conduire les agents économiques à spéculer : la distorsion dans les transactions d'or les expose à jongler avec les écarts nés par le cours de l'or⁴⁰⁶. Bien que cette conception paraisse désuète, elle apporte un élément de réflexion non dépourvu de pertinence puisque l'inflation demeure une crainte dans toutes les économies modernes sans oublier les dérives des distributeurs de crédit risqué.

124. – « *Homo oeconomicus islamique* ». Des auteurs relèvent qu'il existe un nouveau genre d'« *homo oeconomicus* ». Il s'agit de l'« *homo oeconomicus islamique* »⁴⁰⁷ qui connaît parfaitement les orientations fixées par Dieu au nombre desquelles figure la prohibition de l'intérêt. Il ressort d'une étude que la population musulmane en France connaît majoritairement les principes de la finance islamique⁴⁰⁸. Si l'Islam interdit l'intérêt, il exige en contrepartie la participation aux pertes et aux profits qui s'ajuste en fonction de la prise de risque, risque qui sera transféré à l'exploitant, au propriétaire des biens et aux apporteurs de capitaux. De fait, naît un rapport juridique entre ces deux derniers qui, en toute matière, doivent conjuguer efficacité, transparence et égalité de traitement dans le but d'« *encourager les investissements et associer le travail au capital* »⁴⁰⁹.

Certes, les banques islamiques recherchent le profit ; mais, elles ont un mandat « spécial » de gérer des fonds et de faire participer leurs clients aux bénéfices et aux pertes réalisés par elles. Ce seraient

⁴⁰³ Expressions empruntées à A. Comte-Sponville, *Le capitalisme est-il moral ?*, Albin Michel, 2004.

⁴⁰⁴ *Les capitaux de l'Islam*, sous la dir. de G. Beaugé, CNRS édition, 2001, p. 14.

⁴⁰⁵ Islamic Financial Services Board & Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank Group, *Islamic Finance and Global Financial Stability*, April 2010; voir aussi n° 8 à 18.

⁴⁰⁶ H. Döndüren, *Ribâ*, in *Islam Ansikopedisi* (en langue turque, notre traduction : *Encyclopédie de la science islamique*), sous la direction d'A. Agirakça, Tome 5, Samil Yayinevleri, Istanbul, 1992, p. 257.

⁴⁰⁷ F. Nammour, *Activité bancaire islamique : L'expérience libanaise*, R. D. banc. et fin., nov-déc. 2005, p. 37 ; Lamy Droit du financement, 2011, n° 5472 ; J.-F. Rycx, art. préc., p. 67.

⁴⁰⁸ D'ailleurs, plus de 60% de la classe percevant plus de 2000 euros par mois et plus de 55% de la tranche d'âge entre 18 et 35 ans ont une connaissance, une compréhension et un souhait de changer de banque pour ouvrir un compte dans une banque islamique, Mathieu Vasseux, *The next chapter in islamic finance, Higher rewards but higher risks*, Oliver Wyman, 2009, p. 11.

⁴⁰⁹ F. Nammour, art. préc., p. 37.

donc des intermédiaires qui œuvrent pour le développement économique et social en favorisant la création d'emploi, en répartissant plus équitablement les risques et les bénéfices. En revanche, ces banquiers sont obligés de structurer des crédits en se fondant sur des contrats de vente, de location et de société.

§2) Les contrats sous-jacents des opérations de crédit islamique

125. – Généralités sur le droit musulman des contrats. Le prêt à intérêt est interdit en droit musulman. Il en est de même pour toute forme de mise à disposition de fonds qui se fonde sur un contrat de prêt à intérêt, ou sur un contrat susceptible de générer du *ribâ* (escompte, cession de créance, etc.)⁴¹⁰. Dès lors, les crédits islamiques doivent se fonder sur des contrats de vente, de location ou/et de société. Ces contrats confèrent une légalité islamique dès lors qu'un bien y est adossé (vente et location) ou que les parties stipulent une clause de participation (société), clause pouvant être accompagné d'un adossement à un bien (location combinée à la société).

En ce qui concerne les conditions de formation et de validité d'un contrat en droit musulman⁴¹¹, les cocontractants doivent avoir la capacité de contracter. Suite à la réunion de l'offre (« *ijab* ») et de l'acceptation (« *qabul* »), le consentement des parties doit être libre et éclairé. Ce consentement procède plus d'une déclaration⁴¹² – voire d'un accord explicite comme une expression physique – que d'une disposition psychologique d'assentiment⁴¹³. Alors que la formation du contrat en droit musulman résulte plus d'une volonté déclarée plutôt que d'un consentement, l'offre doit être maintenue toutes les fois qu'un délai de réflexion est prévu. Ce délai est appelé « *shart at-tarawwi* ». Quant à l'objet du contrat, il doit respecter la Charia (loi islamique) : à savoir que le bien, objet du contrat, doit exister et être disponible au moment de la conclusion du contrat (sauf pour le contrat de *salam* et d'*istisna*). Cet objet doit donc être déterminé, voire déterminable tout étant exempt de *ribâ*

⁴¹⁰ W. Al-Zuahayli, *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence*, op. cit., Tome 1, p. 56 et suivants ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, *Structuring Islamic Finance Transaction*, op. cit., p. 24 ; M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 14 ; H. Döndüren, op. cit., p. 122 et suivants.

⁴¹¹ Pour plus de détails, voir W. Al-Zuahayli, op. cit., Tome 1, p. 84 et suivants ; A. Khallaf, *Les fondements du droit musulman*, op. cit. ; H. Döndüren, op. cit. p. 46 et suivants ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 35 et suivants.

⁴¹² Par exemple, pour le contrat de vente, une partie dit « je vends » et l'autre « j'achète ».

⁴¹³ Voir pour le détail des gestuels dans les foires dans l'Arabie pré-islamique, M. Hamudullah, op. cit., n° 1539 à 1553.

et de *gharar*. La conformité à la loi islamique se focalise plus sur l'objet que sur la cause car cette dernière n'est pas prise en compte par le droit musulman⁴¹⁴. Cet objet permet d'intégrer l'équité, l'égalité et une éthique particulière quand bien même les parties disposent d'un certains nombres d'option (« *khiyar* ») pour atténuer ou renforcer la force obligatoire d'un contrat. Par exemple, dans une vente, il peut être stipulé une option de vue qui offre à l'acheteur le droit d'effectuer des vérifications lors de la livraison du bien, option qui est obligatoire ou facultative selon les écoles. Lors de son exécution, le contrat de vente est susceptible d'être révisé pour cause de survenance d'événements imprévus susceptibles de rendre son exécution plus onéreuse pour l'acheteur.

En matière de mise à disposition islamique de fonds, selon le Rapport Moral sur l'Argent dans le Monde, de 2005, la *mourabaha* représentait 59% des contrats sous-jacents des contrats de financement islamique, 9% pour l'*ijara*, 17% pour la *moucharaka* et la *moudaraba*⁴¹⁵. Cette énumération est loin d'être complète puisque le droit musulman érige en contrat nommé les variantes de ces contrats. Quand bien même, nous consacrerons notre deuxième partie à leur régime juridique dans une logique de financement en droit français, ce sont ici les « contrats nommés » qui occupent une place importante dans leur structuration (A) alors que de nouvelles formes de crédit combinent ces contrats nommés, en stipulant des clauses habituellement stipulées dans les différents contrats spéciaux (B).

A) La place centrale des contrats de vente dans la structuration des opérations de crédit islamique

126. – Nature des contrats sous-jacents des opérations de crédit. Le contrat de vente occupe une place prédominante parce que son régime juridique sert de droit commun des contrats, même en matière de financement (1) laissant une place résiduelle aux contrats de société sensés mettre en œuvre l'idéal participatif de la finance islamique (2).

⁴¹⁴ C. Chehata, op. cit., p. 67 : « une théorie de la cause n'existe point. En fait, la cause est cependant un élément de l'obligation. Les auteurs entendent généralement par le terme « cause » la source de l'obligation. Ainsi, les formulaires prennent soin de mentionner la « cause » de l'obligation dans une reconnaissance de dette. De même, l'on exige l'indication de la « cause » dans l'action en justice ».

⁴¹⁵ Association d'Économie Financière, Rapport Moral sur l'Argent dans le Monde, 2005. Les crédits *mourabaha* représentent plus de 65% des produits selon M. Boudjellal, (*Three decades of experimentation: Rethinking the theory of*

1) Le contrat de vente : le régime juridique de référence des crédits islamiques adossés à un bien

127. – Diversité de « Bouyou ». En arabe, le terme « *bouyou* » est le pluriel de « *bay* » qui désigne la vente dans son acception la plus large. Il englobe tout échange d'un bien contre un autre⁴¹⁶, échange intervenant au comptant ou à terme, dont la légalité est conditionnée notamment par les règles issues de la Tradition de Mohamed sur les six produits usuraires.

Lorsque la vente est parfaite, elle est appelée « *bay mutliq* ». Le prix de la vente n'est pas forcément en somme d'argent car la vente de droit musulman se contente de la remise d'une chose en guise de paiement⁴¹⁷.

La vente classique est appelée « *moussawamah* » où les parties s'accordent sur la chose et le prix, alors que la *mourabaha* est une vente de nature fiduciaire où le vendeur annonce le prix d'achat de la chose et la marge qu'il appliquera dont le montant est explicitement porté à la connaissance de l'acheteur, à défaut duquel le contrat est requalifié en *moussawamah*⁴¹⁸. La *mourabaha* permet à une banque de se porter acquéreur d'une chose pour le compte de son client à qui ladite chose sera revendue de manière différée moyennant une marge bénéficiaire négociée en avance par les parties. Ibn Massoud, Malik, Châfi'î, et d'autres jurisconsultes ne voient pas d'inconvénient à la stipulation d'une marge bénéficiaire dans une vente à crédit, qu'elle soit fixée de manière forfaitaire ou bien par le biais d'un pourcentage tant que le montant est déterminé au moment de la conclusion du contrat⁴¹⁹. Ce contrat de *mourabaha* sera comparé aux autres formes de contrat (e) après avoir identifié les caractéristique de l'objet du contrat de vente (a) et la variété de contrats de vente (b) qui doivent transférer la propriété du bien (c), ainsi que les conditions de stipulation des options (*khayarat*, sing. de *khiyar*) (d).

Islamic banking, Review of Islamic economics, Journal of the International association for Islamic economic and the Islamic Foundation, vol. 10, n° 1, 2006, p. 24).

⁴¹⁶ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 5 ; H. Döndüren, op. cit., p. 98.

⁴¹⁷ En droit français, l'article 1582 dispose que « *la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à payer* ». Cependant, ces deux définitions désignent en réalité la même chose, avec une nuance relative aux choses qui sont « échangées ».

⁴¹⁸ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 355.

a) Les caractéristiques de l'objet du contrat de vente en droit musulman

128. – Existence de l'objet du contrat de vente. En droit musulman, le bien, objet du contrat, doit, en principe, exister au moment de la conclusion du contrat, ce qui n'est pas forcément le cas des contrats « *salam* » et « *istisna* ».

129. – Fixation du prix. Plus spécifiquement, le prix de la vente doit être fixé, donc connu (*malum*) par les parties de manière certaine (*mouta'ayyam*). En réalité, l'objet du contrat est valide si d'une part la chose a une valeur marchande comme en droit français⁴²⁰ ; et d'autre part, si elle est conforme à la loi islamique, c'est-à-dire *halal*⁴²¹. En droit français, un texte général précise que « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* »⁴²². De plus, un tiers peut estimer la valeur du bien⁴²³, possibilité accordée aussi par le droit musulman qui ne fait cependant pas mention de la charge des frais liés à la vente. Un éclairage est apporté par l'article 1593 du Code civil qui dispose que « *les frais d'acte et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur* ». Cet article a un caractère supplétif selon l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 23 décembre 1931⁴²⁴. Ainsi, faut-il tenir compte de la règle selon laquelle lorsque la lésion résulte d'un aléa, cet aléa chasse la lésion⁴²⁵. Les crédits *mourabaha*, *tawarouq* et *istisna* sont déjà encadrés par des instructions fiscales, ce qui est un bon indice pour affirmer que leur objet ne contrevient pas aux règles d'ordre public.

130. – Objet déterminé ou déterminable. L'objet du contrat de vente doit être déterminé ; voire déterminable tant que la transaction ne génère pas de *gharar* mettant en péril son exécution qui serait manifestement aléatoire, incertaine. De fait, la détermination de l'objet peut emprunter le

⁴¹⁹ Ibidem, p. 361 – 362.

⁴²⁰ Article 1598 du même Code : « *Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation* ».

⁴²¹ Pour plus de détails sur les régimes juridiques des différentes catégories de vente, voir W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 5 à 366 ; H. Döndüren, op. cit., p. 97 à 350 ; N. Comair-Obeid, Thèse préc., p. 40 à 63 ; M. Ayub, *Understanding Islamic Finance*, op. cit., p. 213 à 278.

⁴²² Article 1591 du Code civil.

⁴²³ En droit français, voir l'article 1592 du Code civil : « *[Le prix] peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente* ».

⁴²⁴ Gaz. Pal. 1932. 1. 433.

⁴²⁵ Voir cependant A. Bénabent, op. cit., n° 171 : « *tel est le cas par exemple d'une vente d'immeuble moyennant une rente viagère, (...), d'un prêt dont l'intérêt dépend des affaires de l'emprunteur* (Cass. com., 4 octobre 1977, Bull. civ., IV, n° 218) ».

procédé du pointage ou de la spécification qui ne doit pas laisser la place à un objet indéterminé. Le droit français partage le même souci en prévoyant d'une part, en vertu de l'article 1129 du Code civil, qu'« *il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée* » ; et d'autre part, que « *le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur et ambigu s'interprète contre le vendeur* »⁴²⁶. Cette dernière règle ne se trouve pas directement en droit musulman. Par contre, on peut le déduire du verset 282 de la deuxième sourate qui favorise le sort du débiteur en cas de défaillance.

131. – Livraison du bien. En outre, le bien (meuble ou immeuble) doit pouvoir être livrable. Pour le *salam*, l'impossibilité de mesurer une trop grande quantité de grains dans un délai très court présume que la chose peut être usurpée⁴²⁷.

L'article 1603 dispose qu'« *il y a deux obligations (qui pèsent sur le vendeur), celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* », et l'article 1604 de définir la délivrance comme étant « *le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur* ». Les articles 1605 à 1607 sont plus précis puisque le premier dispose que « *« l'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété* », au second de règlementer « *la délivrance des effets mobiliers [qui] s'opère : ou par la tradition réelle, ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent, ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre* » ; et le dernier qui évoque « *la tradition de droits incorporels [qui] se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur* ». Ces dispositions sont assez précises pour les appliquer aux crédits islamiques adossés à une vente.

132. – Arrhes et « hamish jiddiya ». Le « *bay al arbun* » est une vente où l'acheteur verse une partie du prix de vente avant de conclure le contrat, l'autre partie lors de la livraison ou de manière différé, partie qui est non restituable en cas de non conclusion du contrat⁴²⁸. C'est la pratique du

⁴²⁶ Article 1602 du Code civil.

⁴²⁷ W. Al-Zuhayli, op. cit. Tome 1, p. 159.

⁴²⁸ Les praticiens de la finance islamique retiennent ce contrat pour élaborer des produits structurés islamiques dont la légalité se heurte aux régimes restrictifs des produits dérivés islamiques.

versement d'un acompte. Pour les malékites, c'est une vente suspectée de générer du *gharar* puisque, même selon Averroès, le risque de perdre les fonds avancés est fortement teinté d'un aléa manifeste, alors qu'Ahmad Ibn Hanbel le considère comme étant une vente parfaitement licite à condition que comme l'a rappelé l'Académie de Fiqh et l'AAOIFI, la vente doit prévoir une date butoire pour éteindre le droit de l'acheteur, et pour exercer une contrainte en cas de manquement à l'obligation de livrer⁴²⁹. De plus, il est intéressant de savoir que les opérations de crédits *mourabaha* sont « sécurisées » par le versement d'un « *hamish jiddiya* », un gage de sérieux, qui est restituable si les frais liés à la non-conclusion du contrat sont couverts⁴³⁰.

133. – Vente et crédit. Nous devons nous rendre à l'évidence que toutes les dispositions françaises doivent être respectées lorsque le crédit islamique s'adosse à une vente quand bien même « *les clients [des banques islamiques] interviennent en qualité d'acquéreur à tempérament de l'actif ou de crédit-preneur* »⁴³¹. Si la rémunération des banquiers dépend des profits générés par les biens et les activités financés, une intervention indirecte des dispensateurs de crédit est souhaitée par le biais de véhicules juridiques appropriés de sorte qu'ils mènent des activités combinant investissement et négoce aux cotés de leurs clients. Ils peuvent ainsi se fonder sur différentes ventes pour structurer une opération de crédit.

b) Les différentes formes de vente en droit musulman : des opportunités d'innovation en matière de crédit

134. – Nature et qualification juridiques en droit musulman. Il existe de nombreux types de vente. Mais, leur classification pose un problème lorsque leur analyse porte sur leur nature qui conduirait les juristes français à proposer une autre qualification juridique, ce qui peut être apparemment problématique si un juge s'en chargerait.

⁴²⁹ W. Al-Zuhayli, op. cit. Tome 1, p. 152.

⁴³⁰ Voir infra, n° 519 – 520.

⁴³¹ A.S. Vassenaix-Paxton et N. Hyacinthe, *Les investisseurs face aux problématiques juridiques*, in *La finance islamique en Europe*, Dossier, Revue Banque, novembre 2007, n° 696, p. 40.

135. – « Bay al sarf », le change de monnaie. Lorsque les biens doivent être échangés au comptant, cas notamment de l'or contre de l'or, la vente est appelée « *bay al sarf* ». Il s'agit en réalité du change dont le régime se calque sur la vente. Il est également rigoureusement encadrée pour éviter des ventes usuraires. Le prêt d'argent entre dans le champ d'application de cette vente de monnaie qui interdit la réalisation de profit dans les opérations affectées d'un terme conformément à la Tradition sur les six produits usuraires.

136. – Vente à crédit. Est conforme à la loi islamique, la vente à crédit qui permet de stipuler une marge bénéficiaire⁴³². Elle se distingue du *bay al sarf* parce que l'acheteur acquiert un bien, autre qu'un bien, en contrepartie du paiement à crédit du prix.

Elle peut consister à vendre un bien dont le prix au comptant est différent du prix à crédit. On parle d'une part de « *bay al taqsit* » pour la vente à tempérament où le prix est payé de manière échelonnée à la suite de la livraison de la chose ; et d'autre part de « *bay an nassia* » pour la vente à terme où le paiement du prix est reporté à une date postérieure à celle de livraison. Il existe des ventes dites à terme prévoyant que la chose sera livrée à terme. Il s'agit du *bay al salam* où le paiement doit être fait au comptant alors que la livraison s'effectuera à terme, vente qui est une exception à la condition tenant à l'existence du bien au moment de la conclusion du contrat ; et du *bay al istisna* dont l'objet est la construction d'un bien avec des paiements pouvant être effectués au comptant ou à tempérament.

La *moussawamah* qui permet aussi de structurer un crédit islamique repose sur deux relations distinctes : suite à un ordre donné par un client à la banque d'acquérir un bien, celle-ci conclut un contrat avec une tierce personne qui détient ledit bien. Mais, le client ne connaît pas la tierce personne et dispose de la faculté de décliner l'offre pendant un certain laps de temps, ce qui conduit la banque à pouvoir revenir sur son engagement avec le vendeur (fournisseur). Ici, le client ne connaît ni le prix d'achat, ni la marge du banquier-vendeur. Il en est de même pour le « *bay bithaman ajil* » (BBA) qui est similaire à la *mourabaha*. Il est utilisé pour les financements à long terme et consiste à acheter un bien et de le vendre avec une marge, marge qui n'est pas mentionnée dans la convention.

⁴³² W. Al-Zuhayli, op. cit. Tome 1, p. 119.

137. – Interdiction des conventions interdépendantes. En outre, une Tradition de Mohamed interdit de réunir dans une même convention un prêt et une vente, ou de stipuler deux « conditions » contradictoires, ou de vendre une chose qu'on ne possède pas⁴³³. Les deux premières opérations entrent dans la catégorie des transactions à double objet dénaturant la nature des engagements « primitifs » et/ou éludant le *ribâ*. Sont concernés, par exemple, la vente où le vendeur vend un bien si l'acheteur lui vend obligatoirement un autre bien (vente conditionnée) ; ou la transaction combinant simultanément ou cumulativement la vente et le prêt, ce qui conduit à interdire la vente « *inah* », et dans certaines conditions le « *tawarrouq* ». Or, cette catégorie n'inclut pas la combinaison de la vente avec la location dans la formule « *istisna – ijara* », de la combinaison de la « *moucharaka* avec l'*ijara* » parce que l'opération ne consiste pas à éluder l'interdiction du *ribâ*.

138. – Ventes interdites. Parmi les ventes interdites⁴³⁴, le « *bay al inah* » figure donc dans une position très confortable pour supporter les critiques. Pratiquement tous les juristes, ainsi que les standards AAOIFI dédiés tant à la *mourabaha* qu'à la combinaison des contrats, la condamnent alors que les Imams Châfi'î et Abou Youssouf admettent sa légalité islamique sous réserve du respect des conditions de transfert de propriété⁴³⁵. Cette vente est une sorte de vente à réméré où les parties ne disposent non pas d'une faculté de réméré, mais d'une « obligation » de réméré faisant varier les échéances et le montant des créances dues par l'acheteur⁴³⁶. Par exemple, l'acheteur, ayant besoin uniquement de fonds, achète le bien à 1000 à un vendeur qui le lui revend à 900 : le vendeur récupère le bien, en réalisant une marge de 100. Cette marge est *ribawi*. Ici, pèse une présomption d'illégalité du fait que le bien ne servirait que d'un écran.

Même si nous consacrerons de multiples développements sur ce contrat, il convient de relever que la présomption d'illégalité s'effacerait si les transferts de propriété du bien s'effectuent conformément

⁴³³ W. Al-Zuhayli, op. cit. Tome 1, p. 46 – 47, spec. 117 à 120. Cette interdiction est étendue à l'opération qui combine le prêt et la vente.

⁴³⁴ Les juristes en dénombrent une trentaine selon les définitions et les régimes retenus par les *madhabs* (W. Al-Zuhayli, op. cit. Tome 1, p. 154 à 164) dont l'interdiction tient aux canons islamiques (porc, alcool, gharar, ribâ, exploitation du vendeur ou de l'acheteur, déséquilibre manifeste dans les transactions, etc.)

⁴³⁵ H. Döndüren, op. cit. p. 326 ; W. Al-Zuhayli, op. cit. Tome 1, p. 113 ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 27 : les Malaisiens se fondaient sur la position de l'Iman Châfi'î pour structurer des transactions bancaires et financières grâce à l'*inah*. Actuellement, elle est interdite.

⁴³⁶ En droit français, l'article 1659 définit « la faculté de rachat ou de réméré [comme étant] un pacte par lequel le vendeur se réserve le droit de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673 (rembourser principal, frais et loyaux coûts de la vente, réparation, etc.) ».

aux exigences de la loi islamique : c'est-à-dire que l'acheteur doit demeurer le propriétaire qui supporte les risques y afférents.

Un autre contrat controversé est le « *bay al wafa* ». C'est un contrat de vente comprenant nécessairement une condition selon laquelle le vendeur récupère le bien entre les mains de l'acheteur. Il se distingue du « *bay al inah* », selon M. Döndüren, du fait que la propriété est effectivement transférée au client qui ne restituera *in fine* le bien au vendeur, c'est-à-dire lorsqu'il a fini de rembourser le vendeur. Cette vente est assortie d'une promesse de restitution du bien qui a la force juridique d'une obligation de faire. En réalité, aucun texte ne vise cette vente qui est analysée comme une vente assortie d'une sûreté réelle dont le bien est obligatoirement restituable⁴³⁷.

139. – Vente et participation au résultat. Une autre vente similaire à la précédente est le « *bay al istiglal* » qui consiste à vendre un fonds de commerce en contrepartie d'une mise à disposition immédiate de fonds à condition que l'acheteur rembourse par les revenus dégagés par son activité, ce qui permet de teinter l'opération par le principe du partage des pertes. Pratiqué sous l'empire ottoman, ce sont les hanafites et les chaféites qui la jugent comme étant conforme à la loi islamique⁴³⁸.

140. – Clauses essentielles et clauses adjointes. La variété des ventes se comprend mieux eu égard à la nature et aux effets des clauses autorisées par le droit musulman. En effet, les clauses dites « essentielles » ou « naturelles » sont légales dès lors qu'elles intègrent harmonieusement le contrat. En revanche, les clauses dites « accidentelles » (« *muqtarinat bi-l'aqd* ») ont conduit à ériger la « théorie des clauses adjointes » dont la finalité serait de déformer la nature et les effets d'une vente. Une Tradition de Mohamed interdit toute « condition » contraire aux préceptes islamiques. M. Chehata estime que ladite théorie joue un rôle exorbitant parce que la clause adjointe a pour conséquence d'ajouter ou de retrancher certains effets du contrat dont le droit musulman fait normalement produire⁴³⁹. La sanction n'est pas forcément la nullité de la clause parce que le contrat peut être sauvé, et que l'équilibre contractuel rompu peut être retrouvé. Certains auteurs justifient leur légalité par le fait qu'elles sont stipulées pour garantir la bonne exécution du contrat en

⁴³⁷ H. Döndüren, op. cit. p. 322. Le droit primitif musulman n'autorisait pas les différentes ventes à réméré. Mais, il a fallu prendre en considération l'usage général qui devient, en droit musulman, une règle juridique. Cette vente est aussi appelé « *bay al mouamélé* » ou de « *bay al émana* » en Égypte.

⁴³⁸ H. Döndüren, op. cit. p. 325.

prévoyant une contrainte légitime (constitution de gage, cautionnement, délégation de pouvoir) ; ou par un souci d'équilibre notamment pour celles qui résultent de la pratique ou de l'usage. De telles clauses ne peuvent pas cependant empêcher le transfert effectif de propriété.

c) Le transfert effectif de propriété

141. – Diversité de propriété en droit musulman. Comme en droit français, la propriété (« *mulk* ») se décompose aussi en *usus*, en *fructus* et en *abusus* en droit musulman. À côté de cette classification, le *fiqh* reconnaît également trois autres catégories de propriété. D'une part, le « *mulk al ayn* » est la propriété d'un bien meuble corporel ou incorporel, ou d'un bien immeuble.

D'autre part, le « *mulk al dayn* » est la propriété d'une dette ou d'une créance. Le terme *dayn* a une double connotation, comme le terme « debt » du droit anglais, qui correspond selon les cas à une dette ou à une créance. Les droits personnels, dont le droit de créance, revêtent cette qualification, ce qui permet de comprendre la prohibition de certaines transactions. En effet, le *bay al dayn bil dayn* (ou encore appelé *bay al kali 'in bil kali*), c'est-à-dire la vente (ou plus précisément l'échange) d'une dette contre une autre dette de même nature (ou la vente d'une créance contre une autre créance de même nature) est prohibée en vertu d'une Tradition de Mohamed⁴⁴⁰. On cite souvent la vente d'une créance née d'une transaction où le prix sera payé à terme et le bien sera aussi livré à terme. C'est pourquoi, la cession de créance est interdite car elle est rémunératrice ; alors que le transfert de dette est permis via la *hawala* que nous verrons dans le second chapitre de cette partie⁴⁴¹.

Enfin, il existe le « *mulk al manfa'a* » qui est la « propriété de l'usufruit », ce qui montre que le droit de la vente a laissé des traces pour définir le régime des contrats de location, puisque le *fiqh* analyse l'usufruit comme une chose pouvant faire l'objet d'une vente.

⁴³⁹ C. Chehata, *Essai d'une théorie générale des obligations en droit musulman*, op. cit., p. 123.

⁴⁴⁰ H. Döndüren, op. cit., p. 182 ; W. Al-Zuhayli, op. cit. p. 79 à 82 : il existe deux séries de règles : d'une part, la cession de dette au débiteur par le créancier (ce serait plutôt une compensation) est permise ; et d'autre part, la cession de dette à un tiers par le créancier n'est pas permise pour les hanafites et les zahirites en raison de l'interdiction de céder une chose non livrable, alors qu'une partie des chaféites autorisent la cession des créances certaines (« *al dayn al mustaqir* ») avant son paiement (sa réception), ce qui comprend les dommages-intérêts et les créances nées d'un prêt. Cette position est partagée par Ibn Qayyim Al-Jawziyyah (hanbalite). Or, les malékites l'autorisent si les conditions suivantes sont remplies : 1) éviter le *ribâ* et le *gharar*, 2) la cession devant intervenir avant son paiement (il doit s'agir d'une somme d'argent et non d'une autre forme de créance), 3) il faut éviter le *bal al dayn al dayn*, 4) la créance ne doit pas être une créance litigieuse.

⁴⁴¹ Voir infra, n° 274 – 277.

142. – Interdiction de la clause de réserve de propriété. La chose doit naturellement appartenir au vendeur au moment de la conclusion du contrat soit physiquement (*haqiqi*), soit juridiquement (*hukmi*), ce qui suppose la conclusion d'une série de contrat de vente pour structurer un crédit *mourabaha*, *salam*, *istisna*, et même pour le crédit *ijara*. Dans ces cas, la propriété du bien est transférée au dispensateur de crédit, mais dont la livraison peut être soit physique, soit juridique. M. Usmani parle de « *constructive possession* » pour désigner la possession juridique, plus précisément, la possession sans détention⁴⁴². Cela signifie que la chose n'est pas physiquement entre les mains du vendeur, mais il détient un titre de propriété qui lui confère les droits et les obligations ainsi que les risques attachés à la propriété.

En matière immobilière, le droit français est plus précis non seulement en ce qui concerne les diverses sortes de vente immobilière⁴⁴³, ou en matière de crédit immobilier que nous développerons ultérieurement. Toutefois, le droit musulman prohibe la stipulation des clauses de réserve de propriété prévoyant la rétention du bien jusqu'au paiement complet du prix lors de la conclusion d'un contrat de vente à crédit car le transfert de propriété doit être effectif⁴⁴⁴.

Toute vente doit, que ce soit en droit français, ou en droit musulman, transférer réellement la propriété d'un bien, quand bien même les parties stipulent une option.

d) L'intangibilité de la propriété en cas de stipulation d'une option (« *khiyar* »)

⁴⁴² T. Usmani, *An introduction to Islamic Finance*, op. cit., p. 55.

⁴⁴³ Voyez l'article 1601-1 qui dispose que « *la vente d'immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat. Elle peut être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement* » ; puis l'article 1601-2 : « *la vente à terme est un contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente* » ; ensuite l'article 1601-3 : « *la vente en l'état futur d'achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux. Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux* » ; et enfin, l'article 1601-4 : « *la cession par l'acquéreur des droits qu'il tient d'une vente d'immeuble à construire substitue de plein droit le cessionnaire dans les obligations de l'acquéreur envers le vendeur* ».

⁴⁴⁴ Article 4/4/3, Standard Sharia de l'AAOIFI n° 5, *Guarantees*.

143. – Définition. Les options (« *khiyarat* », sing. « *khiyar* ») sont définies comme étant la faculté de s'engager en disposant du droit de choisir un bien plutôt qu'un autre, ou une prestation plutôt qu'une autre⁴⁴⁵. Elles trouvent leur terrain de prédilection au stade de la formation du contrat. Les hanafites distinguent dix sept sortes de *khiyarat* pouvant être ou non licites, les chaféites seize et les hanbalites huit alors que les malékites les classent en deux groupes. Chaque *khiyar* peut aussi avoir des variantes dont la licéité varie d'une école à une autre. Ici, nous en retiendrons uniquement six⁴⁴⁶.

144. – « *Khiyar al wasf* ». Ce genre de « *khiyar* » confère le droit d'annuler un contrat de vente lorsqu'une des caractéristiques de la chose vendue est manquante. L'acheteur peut néanmoins demander l'exécution du contrat, déduction faite de la valeur de la partie manquante⁴⁴⁷. Sa légalité est appréciée par référence au choix préférentiel. Ainsi, les chaféites et les hanbalites la classent parmi les options pour vice (« *khiyarat al-ayb* » ou « *khiyarat an-naqisat* »). Son exercice est automatique lorsque la chose acquise recèle un vice qui diminue, par exemple, la valeur « *d'après les usages commerciaux, et quelque soit son importance* »⁴⁴⁸. Il confère donc des droits à l'acheteur en cas de vices cachés⁴⁴⁹ bien qu'une clause d'exonération de responsabilité puisse être stipulée⁴⁵⁰.

145. – « *Kkhiyar al ruyah* ». Selon les hanafites, « *celui qui achète une chose sans l'avoir vue dispose d'une option au moment où il la voit* ». Le *khiyar al ruyah* est défini comme une option de vue permettant d'inspecter le(s) bien(s). Il permet à l'acquéreur, ou au futur locataire, d'une chose non présente au moment de la signature du contrat, d'exécuter ou non le contrat après avoir examiné la chose qui doit être livrée à une date postérieure au jour de la conclusion du contrat. En fait, sa licéité dépend, pour tous les jurisconsultes, sauf pour l'Imam Chafi'î, du fait que le bien soit décrit avec suffisamment de précision comme c'est le cas du contrat *salam*⁴⁵¹.

⁴⁴⁵ Voir W. Al Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 165 à 232.

⁴⁴⁶ Ibidem, p. 165 à 168.

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 169.

⁴⁴⁸ N. Comar-Obeid, Thèse préc., p. 86.

⁴⁴⁹ Cf. article 1625 du Code civil qui dispose que « *la garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue ; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires* » ; voir aussi les articles 1641 à 1649 dont le premier prévoit que « *le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* ».

⁴⁵⁰ W. Al Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 212.

⁴⁵¹ Ibidem., p. 214 à 231, spéc. p. 216.

146. – « *Khiyar al ta'yin* ». Le « *khiyar al ta'yin* » est une option dite de désignation qui réserve la faculté d'accepter ou non le transfert de propriété d'un des biens au moment de la livraison⁴⁵². C'est une sorte de droit de vérification qui concerne tous les contrats à titre onéreux transférant la propriété d'une chose (vente, échange, prêt à usage, louage, etc.). Elle peut être stipulée en matière de transactions bancaires assises sur la vente ou sur la location. Hormis les hanafites, qui exigent que le contrat porte au plus sur trois degrés de qualité (élevée, moyenne et basse), toutes les écoles la voient d'un mauvais œil car elle est génératrice de *gharar* résultant l'indétermination de l'objet du contrat. Cette option se distingue de l'option sur fraude (« *khiyar al ghubn* »).

147. – « *Khiyar al ghubn* ». Ce type d'option consiste à poursuivre ou non l'exécution du contrat bien que les informations données soient erronées. L'exécution du contrat dépend de l'intensité de la fraude (est-elle majeure – *fahish* – ou mineur – *yassir*). Si le contrat est exécuté, l'acheteur renonce à la nullité de la vente⁴⁵³. En réalité, on se rapproche du dol puisqu'elle vise la tromperie dans toute sa dimension. Cette catégorie comprend, selon les hanbalites, les manœuvres d'une tierce personne qui est complice de l'augmentation injustifiée du prix de la vente (*al najash*). De plus, si un bien vendu est loué ou nanti, l'acheteur non informé dispose du droit d'exécuter ou non le contrat.

147. – Distinction « *khiyar al taffaruq al safqa* » et « *khiyar al shart* ».. Le *khiyar al taffaruq al safqa* peut être analysée en un droit de ne pas exécuter le contrat si une partie des biens périt entre les mains du vendeur avant sa livraison. Dans le même ordre d'idée, les chaféïtes jugent que la partie non défectueuse confère une validité à une partie du contrat alors que la partie devenue ou étant *ab initio* défectueuse doit être écartée⁴⁵⁴, sauf le droit pour l'acheteur de maintenir le contrat. Cette option permet de définir les risques pesant sur les contractants.

Quant au « *khiyar al shart* », traduit en une option « *stipulée* » par Mme Nayla Comair-Obeid, offre la possibilité de résoudre ou de confirmer un contrat après un délai de réflexion (*shart at-tarawwi*)⁴⁵⁵. Il peut être analysé en une faculté de dédit pouvant être invoquée pendant trois jours pour les hanafites (sauf pour les Imams Abou Youssouf et Mohamed) et les chaféïtes (sauf pour les

⁴⁵² Ibidem. p. 171 – 172.

⁴⁵³ Ibidem., p. 173

⁴⁵⁴ Ibidem., p. 176.

⁴⁵⁵ N. Comar-Obeid, Thèse préc., p. 84.

hanbalites et les malékites), alors que ce délai devrait tenir compte de la nature et des circonstances des transactions. Cette option suspend les effets du contrat jusqu'à la levée de l'option⁴⁵⁶.

Grâce à cette variété d'option, il sera plus aisé de distinguer ou de rechercher des similitudes entre la *mourabaha* et les autres formes de ventes.

e) Les distinctions et les similitudes entre le contrat de « *mourabaha* » et les autres contrats de vente

149. – Objet des distinctions et des similarités. En vue de comprendre le régime juridique du contrat de *mourabaha*, il convient d'une part de le distinguer avec les autres formes de ventes (α) et, et d'autre part, de relever les similitudes avec d'autres contrats de vente à crédit (β).

α) La « *mourabaha* » et les distinctions d'avec les autres formes de contrats de vente

La *mourabaha* se distingue de quatre sortes de contrats de vente de droit musulman.

150. – Distinction d'avec le « *bay al moussawamah* ». Dans la vente *mourabaha*, la marge doit être expressément indiquée par le vendeur lors de la conclusion du contrat. Si elle n'y figure pas, le contrat sera qualifié de *bay al moussawamah*. Ce dernier est le contrat classique de vente qui a le même sens qu'en droit français.

En matière bancaire, la *moussawamah* est également une opération triangulaire qui repose sur deux relations distinctes. Suite à un ordre d'acquisition d'un bien donné par un client, la banque conclut un contrat avec une tierce personne qui le détient. Ne la connaissant pas, le client dispose cependant de la faculté de décliner l'offre pendant un certain laps de temps, ce qui conduit la banque à pouvoir revenir sur son engagement⁴⁵⁷. Bien que cette opération repose sur deux contrats distincts, l'engagement de la banque prend effet si le client est satisfait. C'est pourquoi il peut exister une succession d'option pouvant donner l'impression que l'opération ait un caractère aléatoire.

⁴⁵⁶ W. Al Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 197.

⁴⁵⁷ F. Nammour, art. préc., p. 41.

Cette technique est notamment utilisée lorsque le prix du bien n'est pas déterminable avec suffisamment de précision par les parties, ce qui le distingue de la *mourabaha* qui a l'avantage opérationnel de pouvoir exprimer le rendement de la banque en termes de pourcentage du capital avancé et en exigeant par ailleurs la conclusion d'un contrat de promesse unilatérale d'achat du client qui peut lui-même négocier les conditions d'acquisition de la marchandise avec le fournisseur⁴⁵⁸.

151. – Distinction d'avec le « bay al istijrar ». Le *bay al istijrar* permet de financer des biens en contrepartie d'un remboursement qui prendra la forme non pas de sommes d'argent, mais de choses fongibles livrables, fruit de l'activité du client de la banque. Il consiste, par exemple en cas de financement d'une raffinerie de pétrole, de rembourser périodiquement le prêteur par des barils de pétrole puisque le remboursement est fixé très souvent avant chaque échéance en tenant compte du volume et de la qualité du pétrole extrait. Cette pratique peut contenir un élément d'incertitude manifeste si le volume et la qualité ne sont pas préalablement fixés pour déterminer le prix de vente. En fait, le remboursement est fonction de la capacité de production des emprunteurs. La banque aura à la fois le statut d'acheteur et de bailleur de fonds. Il peut nommer un mandataire (qui peut être le vendeur) en vue de réaliser l'opération parallèle appelée « *istijrar* parallèle », ce qui lui permettra de vendre les barils à un tiers. Nous voyons que le circuit du crédit islamique présente des particularités dont le système français actuel semble ignorer du fait de la participation des acteurs qui y sont totalement ou partiellement exclus par les dispositions réglementaires et par l'agencement traditionnel de ce circuit.

152. – Distinction d'avec le « bay al wafa ». Suspect en droit musulman, ce contrat de vente comprend une condition selon laquelle le banquier récupère *in fine* le bien entre les mains du vendeur. Cette vente est une sorte de vente à réméré⁴⁵⁹, où les parties ne disposent pas d'une faculté de réméré, mais d'une « obligation » de réméré. L'article 1659 du Code civil prévoit que le vendeur se réserve le droit de reprendre la chose dans un délai minimum de cinq ans en remboursant

⁴⁵⁸ Ridha Saadallah, *Le financement islamique : Concepts et principes généraux*, op. cit., p. 19.

⁴⁵⁹ Lamy Droit du financement, 2006, n° 3990 : « Aisée à conclure et permettant d'échapper à la faillite, la vente à réméré est cependant peu pratiquée en raison de son manque de souplesse (puisque'elle conduit à l'octroi d'un crédit pour un montant voisin de celui du prix de la chose) et de son coût fiscal. Il en va autrement lorsqu'il s'agit de meubles et que la chose peut être modulée, ce qui explique que le réméré soit encore utilisé pour obtenir des crédits sur des obligations ».

l'acquéreur le prix et les frais prévus par l'article 1673 du même Code. « *Il s'agit d'une vente avec faculté de résolution qui peut concerner des immeubles ou des meubles. (...) Elle peut être pour le vendeur le moyen de s'octroyer un droit de repentir. Le plus souvent elle est utilisée pour réaliser une opération de crédit garantie par la propriété de la chose vendue, le prix correspondant en réalité à une avance de fonds* »⁴⁶⁰. Sa proximité avec le *bay al wafa* doit permettre de distinguer les règles encadrant la *mourabaha* qui doit permettre à l'acheteur de devenir irrévocablement le propriétaire du bien financé.

Comme nous l'avons exposé plus haut, le droit musulman prohibe la vente *inah*, qualification qui peut être retenue pour la vente *al wafa* dès lors que l'opération ne transfère pas effectivement le bien. Il en sera sensiblement de même en droit français car « *(la vente à réméré) peut cependant être frappée de nullité si la différence entre le prix de vente et celui du rachat (ou les loyers que devra payer le vendeur qui conserve le bien) dissimule une opération usuraire* »⁴⁶¹ selon la Cour de cassation⁴⁶².

153. – Distinction d'avec le « *bay al salam* » et le « *bay al istisna* ». Le *bay al salam* est la vente selon laquelle l'acheteur paie comptant un bien non disponible au moment de la conclusion du contrat, mais livrable à terme alors que le *bay al istisna* permet le financement de la fabrication ou de la construction d'un bien. Ces ventes et la *mourabaha* conduisent *in fine* à acquérir un bien. Par ailleurs, la *mourabaha* se rapproche, voire s'identifie à d'autres contrats de vente.

β) Les similitudes entre la « *mourabaha* » et les contrats de vente à crédit

154. – Similitudes avec trois contrats de vente. La *mourabaha* est similaire à trois autres types de vente qui conduisent au même résultat économique.

155. – Les similitudes avec le « *bay al muajjal* ». Le « *bay al muajjal* » et la *mourabaha* sont semblables. Le premier est surtout utilisé pour les opérations à moyen terme en Asie centrale et en Asie du Sud Est, en vue de réaliser les mêmes finalités économiques que la seconde. Au Pakistan et

⁴⁶⁰ Idem.

⁴⁶¹ Idem.

⁴⁶² Cass. com., 24 octobre 1956, Gaz. Pal 1956, 1, Jur., p. 128.

en Malaisie, le client demande une avance de fonds à la banque pour acquérir un bien. Le client fournit tous les détails (nature, quantité, qualité, etc.). Il en est de même pour n'importe quel autre actif. Puis, la banque se charge d'acheter le bien tant que le prix reste raisonnable. Durant cette phase, la banque dispose d'une option : soit il acquiert le bien lui-même, et en devient le propriétaire, soit il mandate son client pour l'acquérir.

En réalité, dès que la banque devient le véritable propriétaire des biens, il peut alors conclure une vente avec son client qui a promis de l'acheter. Le bien doit exister au risque que l'opération sera non seulement frauduleuse, mais également usuraire⁴⁶³.

156. – Les similitudes avec le financement de type « bay bithaman ajil » (BBA). Le « bay bithaman ajil » (BBA) est similaire à la *mourabaha*. Il est utilisé pour les financements à long terme consistant à acheter un bien et de le vendre avec une marge, marge qui n'est pas forcément mentionnée dans la convention. Ce contrat se rapproche de la *mourabaha* et de la *moussawamah*, mais s'en distingue par son utilisation. La mise à disposition de fonds sous la forme de BBA est sujette à discussion lorsque les fonds servent à la construction d'un bien. En effet, la majorité des juristes considèrent qu'une telle opération consiste en une vente de bien non existant.

Ibn Taymiyya et Ibn Qayim estimaient que ce procédé est licite du moment que la livraison est proche dans le temps. Ainsi, l'opération doit passer le test de la certitude de la livraison (« *the test of certainty of delivery* »)⁴⁶⁴. En réalité, le financement de la construction d'un bien devrait plutôt s'adosser au contrat d'*istisna*.

157. – Les similitudes avec le « tawarouq ». Le contrat de *tawarouq* a été bien avant la *mourabaha* un contrat permettant de fournir des liquidités à court terme, tout en se distinguant de la vente *inah*, prohibée. Il se réalise obligatoirement entre trois personnes où le rôle de l'intermédiation du banquier à l'instar de la *mourabaha* attire toutes les attentions des juristes musulmans. La *mourabaha* s'en distingue parce que le bien est définitivement transféré au client d'une banque, alors le bien sert à couvrir des transactions purement financière dans la *tawarruq*. Cette forme de mise à disposition de fonds sera traitée avec plus de détails plus bas⁴⁶⁵.

⁴⁶³Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 82 – 91 ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 61 – 76.

⁴⁶⁴ International Sharia Research Academy, *Bay Bithaman ajil* BBA, http://isra.my/index.php?option=com_content&view=article&id=224&Itemid=72 (visité le 15 décembre 2008).

⁴⁶⁵ Voir infra, n° 540 – 549.

158. – Genèse de profit. Dans un contrat de vente, les profits sont en définitive légalement perçus par un vendeur s'il assume la responsabilité et les risques liés à la propriété du bien en cas de vente ou ceux liés aux activités de la société⁴⁶⁶.

2) La place résiduelle des contrats de société dans les opérations de crédit islamique

159. – Définition de la « sharikat ». Le terme « *shirkat* » désigne en arabe la société. Juridiquement, elle peut être classée de deux manières : d'abord, de manière classique ; puis, en fonction de la responsabilité des associés⁴⁶⁷. La classification classique des sociétés repose substantiellement sur la clause de participation.

Généralement, on distingue deux catégories de société : d'une part, la « *shirkat al-mulk* » qui met en relation deux ou plusieurs personnes dans l'acquisition d'un bien commun. Elle correspond à une forme de copropriété gérée par les associés⁴⁶⁸ et, d'autre part, la « *shirkat al-aqd* » qui résulte d'un commun accord en se fondant nécessairement sur un contrat qui expose explicitement la nature des engagements, la quotité des apports, les droits et les obligations des associés, la clé de répartition des pertes et des profits⁴⁶⁹.

160. – Diversités des contrats de société. Selon les hanafites, toute forme de société et de partenariat se fonde nécessairement sur un contrat. Toutefois, le régime des « *sharikat al-ouqoud* » (pl. de *aqd*) est plus rigide que les « *sharikat al-amlak* »⁴⁷⁰ (sociétés de capital) parce que la volonté des parties ne doit pas contrevenir à l'ordre public économique de l'Islam. Cette dernière catégorie

⁴⁶⁶ Voir Shafi'î, *La Risâla, Les fondements du droit musulman*, op. cit., p. 377.

⁴⁶⁷ Pour une étude complète, W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 451 à 483 ; voir infra, n° 758 – 860.

⁴⁶⁸ De nombreuses formes de société de droit français pourront être rapprochées de cette forme de société dès lors que les associés fixent licitement l'objet de leur association dans les statuts. Il peut s'agir par exemple de la société civile immobilière. En matière bancaire, elle constitue un support pour le crédit immobilier combinant la *moucharaka* dégressive et l'*ijara*.

⁴⁶⁹ Selon les hanafites, toute forme de partenariat se fonde sur un contrat. Or, certains considéraient que le contrat de *mouharaba* n'est pas un contrat de société, voir cependant, Imam Abou Hanifa, *El ihtiyar*, op. cit., p. 307.

⁴⁷⁰ A ce titre, les *sharikat mussahamah* sont des sociétés par action. Elles ne contreviennent nullement au droit musulman. Les actionnaires sont considérés comme les véritables propriétaires de la société, et les dirigeants comme des

constitue le socle juridique à partir duquel est conçu le contrat de « *moucharaka* », ainsi que sa variante dégressive appelée « *moucharaka moutanaquissa* »⁴⁷¹.

161. – Force obligatoire ou non du contrat de société : « *ladzim* » ou « *ghayr ladzim* ». Le droit musulman distingue les contrats « *ladzim* » et les contrats « *ghayr ladzim* ». Le terme « *ladzim* » signifie liant, faisant naître des obligations réciproques. Il convient de le rapprocher de l'expression et du concept de la force obligatoire, à une nuance près que la résolution ou la résiliation du contrat est subordonnée à l'accord de son cocontractant. Or l'expression « *ghayr ladzim* » désigne le fait que la résolution ou la résiliation ne nécessite aucun accord du cocontractant. Les contrats de sociétés sont qualifiés par les juristes musulmans de contrat *ghayr ladzim*.

Un contrat « *ghayr ladzim* » devient un contrat *ladzim* selon l'intensité des obligations stipulées. Par exemple, le contrat de prêt à usage (*ariya*) est un contrat *ghayr ladzim* qui devient « *ladzim* » si l'emprunteur verse une commission, selon le Professeur Mustafa Az Zarka⁴⁷².

La majorité des jurisconsultes musulmans considéraient que le contrat de société n'avait pas de force obligatoire puisque chaque associé dispose du droit de se retirer à tout moment, à condition d'informer les autres associés. C'était la position des malékites⁴⁷³.

Mais, il est admis que le contrat de société soit un contrat *ladzim* eu égard aux obligations des associés. Même si chaque associé dispose d'un droit de se retirer de la société, ce retrait dépend de l'entente des parties. Il en sera de même pour la « *moucharaka dégressive* »⁴⁷⁴ qui est une forme de société assortie d'une cession progressive, mais définitive de parts à un associé qui, dans une logique de financement, rembourse au fur et à mesure le capital social formé essentiellement par les apports du banquier (jusqu'à 99%) et de son client.

162. – Associés « *wakil* » et « *kafil* ». Aujourd'hui, la doctrine s'accorde sur la force obligatoire du contrat de société car les associés détiennent un patrimoine qui doit être géré dans l'intérêt commun des associés avec une véritable volonté de tirer un profit (une sorte d'*affectio societatis*) et endossent

mandataires dont les pouvoirs d'émission de titres financiers sont limités notamment au regard de l'interdiction de l'intérêt.

⁴⁷¹ Voir la préface du Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations*.

⁴⁷² W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 473.

⁴⁷³ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 473 : C'était la position d'Averroès (Ibn Rushd). Cependant, un autre malékite Al-Kharshi (m. 1317 Hégire) retient que la nouvelle position des malékites est de donner une force obligatoire au contrat de société.

⁴⁷⁴ Voir infra, n° 800 – 817.

la qualité d'un « *wakil* » (mandataire) et d'un « *kafil* » (fiduciaire) auxquels la gestion du patrimoine a été confiée.

Les hanafites exigent que les associés acceptent d'agir en vertu d'un mandat implicite spécial et en vertu d'une solidarité active. Ils sont « *wakil* » et « *kafil* » les uns à l'égard des autres : « *wakil* » (du contrat de « *wakala* ») comme associé mandaté pour assurer les fonctions de gérant, et « *kafil* » (du contrat de « *kafala* ») pour renforcer la solidarité en fournissant des garanties (sûreté personnelle ou réelle) au nom et pour le compte des associés.

163. – « *Mousharaka* ». La *mousharaka* est un néologisme en Islam. Cette société est proche de celle admise en droit français. Sont retenues comme sources du droit islamique des sociétés, le verset 12 de la quatrième Sourate et le verset 24 de la trente-huitième Sourate⁴⁷⁵. Le premier régit la part des héritiers dans la succession, inspirant beaucoup de juristes⁴⁷⁶ pour fixer les ratios dans le filtrage islamique. Le second montre que la constitution d'une société est licite.

Il existe en outre un *hadith* dit « *goudsi* » – une Tradition prophétique d'inspiration divine – selon lequel Dieu est le troisième associé tant que les associés n'usurpent pas leurs droits et obligations réciproques⁴⁷⁷. Il existe aussi une série de *hadith* qui approuve implicitement diverses formes de société que nous indiquerons au fur et à mesure de nos développements⁴⁷⁸.

164. – Nature de la société et nature des apports. Par ailleurs, on parlera soit de « *sharikat al-abdan* » pour une société d'apport en industrie, de « *sharikat al-amlak* » pour une société en capital, soit de « *sharikat mussahamah* » pour une société par action, ou encore de « *moudaraba* » pour une société en commandite de nature particulière.

165. – Étendue de la responsabilité des associés. Ces catégories de société font également intervenir la notion de responsabilité. La « *sharikat al aqd* » se décompose en deux types : d'une part, la « *sharikat al-inan* » qui est aussi une société de type contractuel correspond à une société à

⁴⁷⁵ « Ton frère, répondit David, a effectivement commis une injustice en te demandant ta brebis pour l'ajouter à son troupeau. » Un grand nombre d'associés n'hésitent pas à se léser les uns les autres, exceptés ceux qui croient en Dieu et font le bien ».

⁴⁷⁶ « La moitié de ce que laissent vos épouses vous revient, si elles n'ont pas d'enfants ; mais si elles en laissent, vous n'aurez droit qu'au quart de ce qu'elles laissent, après que les legs et les dettes grevant la succession auront été acquittés. Vos épouses ont droit au quart de ce que vous laissez, si vous n'avez pas d'enfants ; mais si vous en avez, elles auront droit qu'au huitième de ce que vous laissez, déduction faite de tout legs ou dette grevant la succession ».

⁴⁷⁷ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 448.

responsabilité limitée qui s'oppose, d'autre part, à la « *sharikat al-moufawadah* », une société à responsabilité illimitée⁴⁷⁹. La première (*sharikat al-inan*) consiste en une contribution initiale des associés qui n'est pas nécessairement égalitaire. Ici, le principe de la proportionnalité n'est pas forcément de rigueur en matière de fixation des pertes et des profits. En effet, les profits peuvent ne pas être proportionnels aux apports alors que ce doit absolument être le cas en cas de perte.

Quant à la seconde (*sharikat al-moufawadah*), tous les associés contribuent de manière égalitaire, jouissent des mêmes privilèges, supportent les mêmes obligations, et ont droit à la même part, en assumant une responsabilité illimitée. Si le principe de l'égalité est rompu, la *sharikat al-moufawadah* sera qualifiée de *sharikat al-inan*⁴⁸⁰.

Par ailleurs, l'associé gérant (ou administrateur) n'est pas nécessairement le propriétaire des actifs de la société, ce qui le décharge des obligations liées aux droits réels qui y sont attachés, à savoir aucun paiement extrastatutaire ne peut lui être exigé de la part des créanciers notamment lorsque les garanties données par les associés sont insuffisantes pour combler le passif (impossibilité de payer un fournisseur ou un prestataire de service) ; ni aucune compensation ne peut lui être imposée par ses associés, sauf dans les cas de mauvaise gestion, de fraude ou de négligence⁴⁸¹.

166. – « *Sharikat al aqd* » et « crédit participatif ». Toutefois, parmi les « *sharikat al aqd* », il existe, d'une part, la « *shirkat-al-amwal* » qui réunit deux ou plusieurs associés qui apportent leurs deniers pour une entreprise commune, d'autre part, la « *shirkat-al-amal* » qui s'apparente à une société de service où le service peut être personnalisé et destiné à des personnes qui supportent les dépenses ; et enfin, la « *sharikat al-voudjough* » définie comme une société de crédit participatif dont nous verrons plus bas les conditions de constitution.

Parce que la *shirkat al-aqd* laisse à la liberté contractuelle une grande latitude, l'industrie bancaire et financière islamique développa des produits de nature participative. Ces contrats seront sujets à des discussions si le droit commun ou spécial français des sociétés doit s'appliquer au crédit islamique

⁴⁷⁸ Voir infra, n° 758 et suivants.

⁴⁷⁹ Une condition importante, qui semble être discriminatoire, est que les associés doivent être des musulmans. Selon l'Imam Youssouf, toute personne, quelque soit sa religion, peut constituer une telle société. Toutefois, il considère qu'entre un musulman et un non musulman, l'engagement n'est pas recommandé (*mekrouh*), sanction en-dessous de l'interdit (*haram*).

⁴⁸⁰ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 453 : Notons que les malikites rendent la constitution de cette société plus flexible que les hanafites en la rapprochant le plus possible de la *sharikat al-inan* dans une approche appropriée à la banque et à la finance. D'ailleurs, ils pensent que la version des hanafites qui est teintée de *gharar* résulterait de l'ignorance de l'étendue des droits et des obligations

⁴⁸¹ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 473.

participatif. Dès lors, il faut retenir la définition de l'article 1832 du Code civil qui dispose que « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux dettes* ». Cette définition peut aisément englober les contrats de société de droit musulman dès lors que la volonté des parties est animée d'un *affectio societatis*. Par contre, demeurera la question de savoir si la structure de financement participatif doit avoir la personnalité juridique. Si oui, quelle partie doit la représenter ? Ces interrogations peuvent être balayées par une pétition de principe qui consistera à ne pas reconnaître la personnalité juridique à une telle structure. Selon nous, cette idée mérite une réponse plus nuancée dans la mesure où la nouvelle entité qui acquiert un bien ou qui finance une activité se dote d'une série de droits et d'obligations.

En définitive, si les contrats de vente et de société constituent le socle le plus important des contrats sous-jacents des opérations de crédit islamique, il faut néanmoins garder à l'esprit que le contrat de bail intervient également de manière substantielle. La question est à présent de savoir si le droit musulman peut ou non combiner ces contrats les uns avec les autres parce que certains montages financiers peuvent conduire à la genèse du *ribâ* et du *gharar*.

B) La combinaison des contrats dans la structuration des opérations de crédit islamique

167. – Règles spécifique en matière de combinaison des contrats. La structuration d'une opération de crédit islamique nécessite, selon les cas, la combinaison de plusieurs contrats ainsi que de techniques juridiques comme l'ordre d'achat qualifié d'engagement préalable (« *mouata'ah* ») qui ne doit pas être qualifié de contrat, ce qui est assez déroutant pour les juristes non initiés au droit musulman. Nous exposerons les règles générales de la combinaison des contrats (1), pour connaître les modalités de structuration du crédit *mourahaba* assorti d'un ordre d'achat, et du crédit combinant la *moucharaka* dégressive et l'*ijara* (2).

1) Les règles générales de la combinaison des contrats

168. – Conformité islamique de la combinaison des contrats. En droit musulman, il existe un principe général selon lequel « *il est permis de combiner plusieurs contrats pour effectuer une opération, en évitant qu'un contrat soit la condition (d'exécution) d'un autre et en s'assurant que chaque contrat soit conforme à la loi islamique* »⁴⁸². Ce principe résulte de la liberté contractuelle qui est naturellement limitée par les interdictions telles que le *ribâ*, le *gharar*, ou encore par la Tradition de Mohamed qui interdit de conclure simultanément une vente et un prêt, de conclure simultanément deux ventes, ou encore de stipuler deux conditions dans un même contrat⁴⁸³.

Cependant, il faut veiller que chaque contrat garde son « indépendance juridique ». Plus précisément, il faut éviter de conclure des contrats en stipulant simultanément des clauses dénaturant l'objet de l'un ou l'autre contrat. L'expression « deux conditions dans un même contrat » l'illustre parce que la stipulation de deux clauses contradictoires peut conduire à une requalification interdisant le montage projeté. Ce même raisonnement s'étend au cas de la conclusion simultanée d'une vente et d'un prêt pour réaliser une transaction. En effet, ces deux contrats n'ont pas le même objet, et la transaction dissimulerait un prêt à intérêt⁴⁸⁴, ce qui constitue également le « *ratio legis* », le plus apparent, de l'interdiction de conclure deux contrats de vente pour réaliser une opération de crédit. Cette opération dissimulerait une vente dite « *inah* » qui est en réalité un prêt usuraire s'adossant à deux ventes⁴⁸⁵.

169. – Conditions. La combinaison de contrats est possible si les conditions suivantes sont remplies. Premièrement, chaque contrat permettant la structuration de l'opération doit être légal et ne pas entrer dans le champ d'application ni de la prohibition du *ribâ*, ni du « *bay al inah* », ni de la Tradition relative à la combinaison du prêt et de la vente, ni de deux ventes dans une seule transaction. Deuxièmement, toutes les clauses de chaque contrat doivent être conformes à la loi

⁴⁸² Article 3, AAOIFI, Sharia Standard n° 25, *Combination of contracts*, p. 452 : « *It is permissible in Shari'a to combine more than one contract in one set, without imposing one contract as a condition in the other, and provided that each contract is permissible on its own. Combining contracts in this manner is acceptable unless it encounters a Shari'a restriction that entails its prohibition on exceptional basis* ».

⁴⁸³ Annexe B, *Basis of the Sharia Rules*, AAOIFI, Sharia Standard n° 25, *Combination of contracts*, p. 459.

⁴⁸⁴ Il est interdit, selon les chaféites et des hanbalites, de conclure une vente immobilière en exigeant que l'acheteur loue un de ses biens meubles.

⁴⁸⁵ Articles 4/1 à 4/4, AAOIFI, Sharia Standard n° 25, *Combination of contracts*, p. 454.

islamique. Troisièmement, tant l'objet de chaque contrat que celui de l'opération doivent également être licites. Quatrièmement, chaque contrat ne doit pas produire des effets dénaturant les finalités normalement et légalement attendues par l'opération. Enfin, cinquièmement, la légalité d'une transaction dépend de la nature de l'accord préalable appelé « *mouata'ah* »⁴⁸⁶ qui consiste, selon Ibn Taymiyya, à s'obliger au préalable de faire quelque chose dans la mesure où l'engagement du cocontractant peut être contenu dans une convention-cadre.

Toutefois, les conventions-cadres ne doivent pas permettre d'éviter la prohibition du *ribâ* grâce à des subterfuges ou des expédients juridiques (« *hiyal* »). Si c'est le cas, la partie lésée peut se prévaloir d'un manquement à la loi islamique, et d'un préjudice susceptible de conduire à une indemnisation.

170. – Tempéraments. Cependant, il existe des tempéraments à certaines prohibitions. Au regard des articles 5/1 et 5/2 du standard sharia relatif à la combinaison des contrats de l'AAOIFI, les concept des contrats implicites ou subsidiaires permettent que des conditions de formation ou des effets d'un contrat ou d'une transaction non prévus par les parties s'appliqueront alors même que les parties ne les ont pas expressément mentionnés. Inversement, ces mêmes conditions ou effets peuvent être identifiés, clarifiés grâce aux habitudes du marché⁴⁸⁷.

Le standard prévoit que les membres des Sharia Board donnent leur aval pour les considérer comme étant conforme à la loi islamique. Ainsi, des assouplissements sont envisageables pour atténuer les effets de la prohibition du *gharar*, de la vente à crédit grevé de *ribâ* ou encore de la violation des règles de change de devises, ainsi que la prohibition « *bay al dayn bil dayn* », ce qui permet temporairement d'acheter à crédit des parts d'une société dont le ratio d'endettement est supérieur à 33%.

Par ailleurs, tout acte juridique ou tout fait juridique induisant un *hiyal* est licite dans les cas où les parties invoquent le principe de nécessité (« *darura'* »). Ce principe s'appliquera lorsque la fréquence et le volume des transactions suspectes sont élevés dans un contexte normal en tenant

⁴⁸⁶ Articles 6/1 à 6/3/2, et les explications exposées à l'Annexe B, du Sharia Standard n° 25, *Combination of contracts*, de l'AAOIFI, p. 461.

⁴⁸⁷ C'est le cas lorsqu'on évoque les conventions dites de place. En matière bancaire, il existe, en France, des parères, c'est-à-dire la coutume des banquiers. Selon MM. C. Gavalda et J. Stoufflet (*Droit bancaire*, op. cit., n° 22), les usages et les pratiques professionnels « *constituent une source de droit dans les rapports entre professionnels. En revanche, ils ne peuvent, en principe, être opposés à un client. Le contenu des usages est parfois établi, en cas de litige, au moyen d'un parère délivré par le président de l'Association française des banques* ». Toutefois, le droit musulman les oppose aux clients des banques.

compte de l'intention des parties. Inversement, le droit musulman peut interdire la conclusion de contrats qui sont licite en vertu du principe de précaution (« *seddi serriye* »). Il s'agit ici de fermer la voie de la violation de la loi islamique par le recours à des procédés permis par le droit musulman. Ces règles doivent aussi s'articuler avec les adages islamiques selon lesquels, d'une part, « *les moyens servent le but* » ; et, d'autre part, « *ne pas se soucier de la finalité d'une transaction signifie ne pas se soucier des moyens* ».

Si on retient le principe de la liberté de combiner plusieurs contrats, cette liberté dépend néanmoins de la conformité islamique de chaque contrat ayant servi à structurer l'opération. Ainsi, en matière de crédit islamique, il est permis d'assortir le contrat de *mourabaha* d'un ordre d'achat, ordre qui est un accord préalable (« *mouata'ah* »), ou de combiner une *mousharaka* dégressive avec une *ijara*, ou encore de terminer une *ijara* pour la vente à échéance du bien loué⁴⁸⁸.

2) Le crédit « *mourahaba* assorti d'un ordre d'achat » et le crédit combinant la « *mousharaka* dégressive et de l'*ijara* »

171. – « *Mourabaha* assortie d'un ordre d'achat ». Deux opérations de crédit qui combinent des contrats méritent notre attention⁴⁸⁹. La première concerne la « *mourabaha* assortie d'un ordre d'achat » traduit en anglais par « *mourabaha to the purchase orderer* », aujourd'hui encadré par les instructions fiscales en France. Cette opération débute par un ordre d'achat du client à la banque pour acheter le bien, alors que cet ordre ne doit pas être qualifié de contrat de promesse d'achat et ne doit pas être une promesse synallagmatique⁴⁹⁰.

Une promesse synallagmatique peut être stipulée uniquement si elle est révocable par l'une des parties. Pour éviter que la succession de transactions entre le banquier, le client et le fournisseur, soit présumée contraire à la loi islamique, le fournisseur ne doit pas percevoir des fonds du client, à peine de nullité du contrat de crédit *mourabaha*. D'ailleurs, il ne doit pas exister de relations contractuelles préalables entre le client et le fournisseur avant la conclusion de la *mourabaha*⁴⁹¹. Le

⁴⁸⁸ Article 2/2/4, AAOIFI, Sharia Standard n° 25, *Combination of contracts*, p. 452.

⁴⁸⁹ Bien que nous les traiteront de manière approfondie dans notre seconde partie, voir infra n° 507 – 539 pour la *mourabaha* et n° 800 – 817 pour la combinaison de la *mousharaka* dégressive et de l'*ijara*.

⁴⁹⁰ Article 2/3/1, AAOIFI, Sharia Standard n° 25, *Combination of contracts*, p. 461.

⁴⁹¹ Article 2/2/2, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*.

fournisseur envoie au banquier le devis qui peut ou non indiquer le nom du client. Si le nom n'y figure pas, il s'agit d'une invitation à négocier : ce n'est pas une offre de vente au sens juridique du terme.

N'est donc pas légale la conclusion d'une *mourabaha* avant la conclusion du contrat d'achat entre la banque et le fournisseur ; et le client ne devrait pas être le mandataire de la banque pour acheter le bien. Si le client est mandaté par la banque pour réceptionner le bien, le banquier doit cependant payer directement le fournisseur en lui envoyant un document attestant la livraison effective du bien. Si la banque achète à crédit le bien, elle doit en informer le client. Néanmoins, le banquier est exonéré de la responsabilité pouvant résulter des vices entachant le bien car le recours contre le fournisseur peut être cédé au client (« *bay al baraa'h* »)⁴⁹².

172. – « Combinaison de la *moucharaka* dégressive avec l'*ijara* ». Intéressons-nous maintenant au montage pour lequel les textes sont encore muets en France alors qu'il est particulièrement important de comprendre son mécanisme et les règles qui gouvernent sa conformité islamique. Il s'agit de la combinaison du contrat de *moucharaka* dans sa variante dégressive et de l'*ijara* assortie d'une obligation d'achat à échéance : la banque et le client forment une société dans laquelle la banque apporte, par exemple, 90% des fonds et le client 10% pour l'acquisition du bien. L'objet de la société est d'acquérir un bien destiné à devenir la propriété du client.

Le client choisit d'abord le bien ; puis la banque évalue sa valeur. S'ils tombent d'accord, la banque mandate le client pour l'acheter. Le bien devient la propriété des deux parties à due concurrence de leurs apports conformément aux règles qui gouvernent les relations entre les associés.

Grâce à la juxtaposition du contrat d'*ijara*, le client verse des loyers au banquier dont le loyer est révisable trimestriellement ou semestriellement. Le paiement des loyers comprend aussi une fraction du prix d'acquisition du bien par le client en le conduisant à devenir à chaque échéance propriétaire de nouvelles parts dans la société ; et le banquier se voit rembourser son avance de fonds augmentée d'une marge bénéficiaire. À échéance, sauf incident, la banque remet le titre de propriété au client.

Lors de la conclusion du contrat, il faut appliquer les règles de la *moucharaka* (*sharikat al inan*) en évaluant avec précision les apports en numéraire et en nature de chaque associé tout en stipulant la clé de répartition des pertes et des profits⁴⁹³. En ce qui concerne l'achat graduel des parts, un

⁴⁹² Article 3/7, du meme Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI.

⁴⁹³ Un seul associé ne peut pas être tenu des frais liés à l'acquisition d'un bien (assurance et maintenance) ou financement d'une activité.

instrumentum séparé contient la promesse d'achat progressif des parts par un associé dont la valeur est fixée par référence au marché ou par l'accord des parties au moment de la cession des parts pour éviter que les parties retiennent leur valeur nominale. En outre, il est essentiel que les contrats de société et de cession des parts soient indépendants car le dernier ne peut pas être une condition d'exécution du premier.

173. – Incohérence de la règle de l'indépendance des contrats ? À bien analyser, on finit par nous demander s'il n'existe pas une incohérence entre la théorie et la pratique en matière de combinaison des contrats. En ce qui concerne le second exemple, certaines banques islamiques concluent avec le client une convention-cadre dans laquelle figure le contrat de *mousharaka*, un contrat de promesse d'achat progressif de parts, et un contrat d'*ijara*. Comment ces contrats demeurent-ils indépendants les uns par rapport aux autres ? *A priori*, l'opération tombe dans le champ d'interdiction de la conclusion d'un contrat conditionnant la réalisation d'un autre contrat⁴⁹⁴.

Il faut donc nuancer la condition d'indépendance des contrats dès lors que le *gharar* est dissipé. En fait, il existe une série d'exception qui se fonde sur le concept islamique des contrats implicites ou des contrats subsidiaires qui accompagnent le contrat, apparent, conclu par les parties⁴⁹⁵.

Une opération complexe peut inclure un tiers en ajoutant une étape supplémentaire. Par exemple, il est interdit d'échanger des dattes de qualité inférieure contre des dattes de qualité supérieure (deux kilogrammes contre un kilogramme). On peut arriver à un résultat économique identique si la transaction est conditionnée d'un point de vue juridique et économique par le passage du processus de monétarisation. Il s'agira en fait de vendre les premières à un marchand quelconque avant d'acheter les secondes avec le prix perçu lors de la première transaction.

174. – Interdiction des « *mourabaha* successifs » et des combinaisons « *mousharaka/mourabaha* ». Par ailleurs, il est interdit de racheter des crédits de *mourabaha* grâce à un contrat de *mourabaha* parce que ce serait une sorte de cession de créance ; et de conclure des

⁴⁹⁴ Article 5/1, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations*.

⁴⁹⁵ Pour plus de détails, voir articles 5/1 et 5/2, et les explications exposées à l'Annexe B, du Sharia Standard n° 25, *Combination of contracts*, de l'AAOIFI, p. 460 - 461.

contrats de *moucharaka* (société) après avoir exécuté une promesse d'achat des parts, promesse fondée sur un contrat de *mourabaha*, car le bien sous-jacent n'existe pas encore⁴⁹⁶.

En revanche, le banquier peut demander au client une sorte de garantie de bonne exécution du contrat d'achat du bien. Le client lui versera un *hamish jiddiya*.

175. – Combinaison des contrats et optimisation des mises à disposition de fonds. La combinaison des contrats est en principe un moyen légal de sortir du cas où le mode de financement fondé sur un seul contrat de droit musulman n'est pas « optimal » pour les parties. Elle peut impliquer deux ou plusieurs cocontractants dans une seule opération qui nécessite en réalité la signature simultanée ou successive d'une série de contrat.

Très souvent, la combinaison des contrats nécessite le respect d'un formalisme rigoureux : étant donné que deux contrats ne peuvent pas être contenus dans une même convention, la transaction qui en découlerait doit se fonder sur deux *instrumentum* différents. Les frais liés à la production de plusieurs contrats peuvent s'avérer coûteux pour l'emprunteur.

Finalement, le droit musulman des crédits est tributaire des régimes juridiques du *ribâ*, du *gharar*, ainsi que ceux de la vente, du bail et de la société. Cette complexité se traduit aussi en matière de surveillance des dispensateurs de crédit islamique.

⁴⁹⁶ Mais il est permis de promettre d'acheter de telles parts dont le prix est fixé par le marché ou par un commun accord au moment de la conclusion du nouveau contrat d'achat ; la vente peut être au comptant ou à tempérament

§3) La surveillance islamique des dispensateurs de crédit

176. – Surveillance guidée par les prescriptions islamiques. La structuration d'une opération de crédit islamique est approuvée par un comité de conformité islamique, appelé aussi *Sharia board* par les anglo-saxons. Il est intégré, de manière permanente ou non, dans la banque (C). La surveillance islamique se fonde en réalité sur des principes directeurs et des règles, classés en trois niveaux de contraintes (A) à partir desquels il est plus aisé de définir la nature des risques pris par les dispensateurs de crédit islamique (B).

A) Les trois niveaux de la surveillance islamique des distributeurs de crédit

177. – Des principes directeurs à la standardisation. La nature islamique de la surveillance peut inquiéter les autorités françaises au motif qu'un droit religieux dicte la réglementation d'un État laïc. Nos développements devraient les rassurer. D'abord, ne faudrait-il pas lire la laïcité comme un principe de neutralité qui doit offrir une sécurité juridique satisfaisante pour toutes sortes d'opération juridique, même inspirée par une religion, dès lors qu'elles respectent l'ordre public et les bonnes mœurs ? La laïcité ne peut empêcher la surveillance d'un distributeur de crédit islamique bien qu'une série de prescription théologico-juridiques donne naturellement une coloration religieuse à la surveillance (1), qui a trouvé un écho, en pratique, grâce aux établissements de crédit (banques islamiques ou fenêtres islamiques) qui sont, sous couvert du monopole bancaire, les seuls pouvant distribuer les crédits islamiques (2). L'Islamic Financial Services Board a standardisé ces règles de surveillance (3).

1) Les piliers religieux de la surveillance islamique des distributeurs de crédit

178. – Trois piliers. La religiosité de la surveillance islamique comprend des considérations éthiques et morales, qui s'affirment grâce aux prescriptions religieuses. Parmi lesquelles, il convient

d'exposer trois concepts dont le contenu d'un a déjà été exposé alors que ce ne fut pas le cas pour son étendue. Il s'agit de la prohibition de l'intérêt, qui doit également s'accompagner de l'obligation de verser la « *zakat* », c'est-à-dire l'aumône obligatoire ; et de la façon dont les marchés doivent être surveillés eu égard au concept d'« *iktinaz* ». Ces trois piliers ont pour finalité la régulation de l'épargne des ménages et des entreprises en vue de les injecter dans le circuit du crédit qui doit être conforme à la loi islamique.

L'interdiction de l'intérêt présente deux facettes. La première s'applique indéniablement aux opérations de crédit. Elle s'analyse, de ce fait, en un instrument « négatif » de la surveillance islamique de sorte que les distributeurs de crédit islamique ne peuvent pas y contrevenir ouvertement. La seconde facette consiste à instituer un équilibre contractuel, ce qui doit conduire un juge français à comprendre son étendue, et sanctionner le cas échéant les clauses dites « *ribawi* ». Alors que nous aborderons cet aspect dans le second chapitre de cette partie, nous verrons, ici, sa nature d'ordre public en Islam dont son influence se fait sentir lors de la surveillance des dispensateurs de crédit (a).

S'agissant de la *zakat*, qui est le cinquième pilier de l'Islam, elle consiste à purifier les revenus des ménages et des entreprises. Cet impôt de purification est à la fois un instrument « négatif » et « positif » parce qu'il limite d'un côté la thésaurisation des richesses et régule, de l'autre côté, sa redistribution afin de faire profiter les nécessiteux. Tant les distributeurs de crédit islamique que leurs clients doivent s'y soumettre (b).

Quant à la prohibition de l'*iktinaz*, elle interdit explicitement la thésaurisation des richesses, conformément aux versets 34 et 35 de la Sourate 9⁴⁹⁷. C'est un mécanisme qui encadre les situations monopolistiques parce qu'il enjoint la circulation de la richesse⁴⁹⁸. Il est un instrument à la fois « négatif » et « positif » de la surveillance. Négatif, parce que le rôle de l'*iktinaz* est de détecter les monopoles susceptibles de fausser le jeu de la concurrence ; positif, parce qu'étant nécessaires, certaines situations monopolistiques offrent une forme de sécurité aux acteurs économiques (c).

Il faut à voir à l'esprit que ces instruments sont exposés synthétiquement par le Coran, la première source du droit musulman. C'est souvent Mohamed qui en exposa les modalités d'application à

⁴⁹⁷ « Ô vous qui croyez ! Un grand nombre de rabbins et de moines dévorent d'une manière illégale les biens de leurs semblables et les écartent de la Voie de Dieu. Annonce à ceux qui thésaurisent or et argent, au lieu de les consacrer à la Cause de Dieu, un châtement douloureux, le jour où ces métaux seront portés à l'incandescence dans le feu de la Géhenne et appliqués sur leurs fronts, leurs flancs et leur dos : « Voici, leur sera-t-il dit, ce que vous avez thésaurisé ! » ».

travers sa *Sounna*, deuxième source du droit musulman, et cette dernière se prolongeant par la pratique de ses compagnons notamment les quatre premiers Califes. À partir de ce corpus éthico-juridique, les théologiens et les juristes ont entamé depuis plus d'un millénaire une systématisation de ces concepts.

a) Le *ribâ* : un instrument « négatif » de la surveillance islamique

178. – Lutter contre l'usure. Le Coran enjoint les usuriers de cesser leur activité. Le verset 275 de la deuxième Sourate indique que « *les usuriers se présenteront le Jour du Jugement dernier 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* ». Il ressort de ce verset deux idées principales. D'abord, le temporel et le spirituel sont intimement liés en Islam ; puis, la prohibition du *ribâ* (incluant l'usure et l'intérêt) est absolue et non équivoque.

Mohamed a averti, à cet égard, à son tour les usuriers : « *Toute tribu qui prête à usure se verra victime de démence* »⁴⁹⁹. La Tradition sur les six produits *ribawi* assoit la prohibition de la stipulation du *ribâ al fadl*, celle qui naît lors d'une opération au comptant : « *Or contre or, argent contre argent, blé contre blé, orge contre orge, datte contre datte, sel contre sel, en même quantité, de même qualité et de la main à la main ; s'il y a surplus, c'est du ribâ. Si les choses (échangées) sont de nature différente, vendez comme il vous plaira, mais de la main à la main* ». Ces deux Traditions dénotent à leur tour que la dimension spirituelle, et temporelle, doivent être constamment en accord.

179. – Prohibition du *ribâ* et politique monétaire. Par voie de conséquence, l'interdiction de l'intérêt se doit de servir d'instrument de politique monétaire doublement « négatif » parce que l'épargnant musulman sait en son âme et conscience que le fait de percevoir de l'intérêt encourt la colère de Dieu. Il sait également que c'est un acte de spoliation comme l'indique le verset 39 de la Sourate 30 : « *l'argent que vous prêtez à usure dans l'espoir de vous enrichir au détriment des biens de vos semblables ne vous sera d'aucun profit auprès de votre Seigneur ; mais l'argent que vous donnez en aumônes (la zakat), pour être agréables à Dieu, sera pour vous porté à plusieurs fois sa*

⁴⁹⁸ Ainsi que la politique monétaire, pour plus détail sur ce point, voir Ahmad H. Oran, *Iktinaz and Islamic Monetary Policy*, Review of Islamic Economics, vol. 11, n° 2, 2007, p. 71 à 85.

⁴⁹⁹ Ibn al Fawzan Al Fawzan, op. cit., p. 34.

valeur ». Est-ce que cette vision peut être acceptée en France ? Il est probable que les activités bancaires islamiques soient contrôlées par les autorités de surveillance françaises. En revanche, elles ne pourront pas, du moins dans un avenir proche, adhérer à cette conception au regard notamment l'évolution de la législation en cette matière.

Ni la Banque de France, ni la Banque centrale européenne ne tiennent compte de ces injonctions. Ainsi, il sera difficile d'avoir une politique monétaire spécifique pour les banques islamiques, à moins d'autoriser les transactions sur les marchés interbancaires islamiques qui ont recours aux contrats de vente (*mourabaha* et *tawarruq*), de louage (*ijara*) et de société (*moucharaka* et *moudaraba*).

L'Islam aborde aussi de manière dialectique la relation entre l'intérêt et la *zakat*. D'ailleurs, le verset 276 de la deuxième Sourate affirme clairement que « Dieu réduira à néant tout profit usuraire et fera fructifier le mérite des aumônes ».

b) La *zakat* : un instrument « négatif » et « positif » de la surveillance islamique

180. – Bénéficiaires de la *zakat* et emprunteur. Le verset 60 de la neuvième Sourate expose les huit catégories de bénéficiaires de la *zakat* : « Les aumônes sont destinées aux pauvres, aux nécessiteux, à ceux qui sont chargés de recueillir ces dons et de les répartir, à ceux dont les cœurs sont à gagner, au rachat des captifs, aux endettés insolvables, à ceux qui se consacrent à la cause de Dieu et aux voyageurs démunis. C'est là un arrêt de Dieu, et Dieu est Omniscient et Sage ». On devrait comprendre à la lecture de ce texte qu'il existe une corrélation inverse entre la stipulation de l'intérêt et l'accomplissement de la *zakat*. Constituant un des principes directeurs de l'économie islamique, la *zakat* est entendue comme un outil d'assainissement des problèmes économiques car elle limite l'accumulation de la richesse entre les mains d'une seule catégorie de la population et pousse en même temps à sa redistribution⁵⁰⁰. Par contre, c'est aussi la majorité des bénéficiaires cités dans ce verset qui recherchent un financement⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ Y. Qaradawi, *Le rôle de la zakat dans l'assainissement des problèmes économiques*, AEIF édition, 2002, p. 16.

⁵⁰¹ Pour plus de détails, Y. Qaradawi, *Fiqh az-Zakah, A Comparative Study of Zakah, Regulations and Philosophy in the Light of Qur'an and Sunnah*, op. cit., Volume I, p. 181 et suivants concernant les repercussions sur la vie en société, et Volume II, p. 161 et suivants sur la nature des biens « zakatables ».

181. – Application volontaire. Comment transposer à notre époque ce corpus de règles et de pratique qui remonte à plus de quatorze siècles ? La réponse est *a priori* simple : les établissements de crédit islamique se les imposent de manière délibérée. Bien qu'étant en position de monopole, ils sont soumis sur les marchés financiers réglementés à des règles destinées à exercer une activité de manière transparente, à protéger les investisseurs et à assurer la sécurité juridique des transactions. Ces exigences sont par contre renforcées parce qu'ils se dotent de deux organes ou départements spécifiques.

Outre le comité de conformité islamique (*Sharia board*), le comité de la *Zakat* est mis en place pour purifier leurs revenus. Selon M. Ruimy, ce comité « étudie les projets sociaux devant bénéficier de la *zakat* et décide de l'affectation de celle-ci »⁵⁰². Il faut bien distinguer, par ailleurs, la purification des revenus usuraires et la purification des revenus au titre de la *zakat*. Si une banque a le doute d'avoir perçu des intérêts ou bien si elle les a perçus, du fait par exemple de la perception des pénalités de retard, ces sommes doivent être reversées en totalité aux pauvres sans rien n'attendre d'eux, pas même un remerciement selon les hanafites et les hanbalites. Par contre, la *zakat* est exigible lorsqu'une série de conditions sont remplies.

182. – Conditions. En Islam, l'épargne est soumise à la *zakat* dès lors que le seuil d'imposition (« *nissab* ») est franchi. Il est estimé à environ 3000 euros (soit l'équivalent de 85 grammes d'or). Si l'épargne dépasse ce seuil pendant une année lunaire, 2,5% en sont prélevés afin d'être redistribués aux nécessiteux exposés précédemment par le verset 60 de la Sourate 9.

L'argent circulant n'entre toutefois pas dans l'assiette de la *zakat* puisque du moment qu'il sert à la création de richesse, il peut endiguer la pauvreté. Ce qui est, par contre, visé par la *zakat*, ce sont les épargnes.

Néanmoins, une partie de la doctrine islamique considère que le *cash flow*, la trésorerie des entreprises ainsi que les salaires doivent entrer dans l'assiette de la *zakat* sans attendre l'écoulement d'une année. En effet, les juristes utilisent le *qiyas* pour transposer le régime d'imposition à la *zakat* des produits agricoles. Ces derniers sont exigibles dès leur récolte. Toutefois la question est de savoir si le taux d'imposition restera inchangé (à savoir 2,5% pour la monnaie fiduciaire) ou bien il

⁵⁰² Michel Ruimy, *La finance islamique*, op. cit., p. 78.

sera de 5% ou de 10% comme les produits agricoles selon que les terrains agricoles sont artificiellement ou naturellement irrigués.

Les banques islamiques devraient donc redistribuer une partie de leur chiffre d'affaire au titre de la purification des revenus.

183. – « Zakat », banque et client insolvable. Toutefois, si le processus de purification des revenus semble une chose acquise, il est intéressant de noter qu'une obligation religieuse soit prise en charge volontairement par une banque⁵⁰³. « *Bien que le comité [de la zakat] confère à la banque un rôle social, celui-ci révèle être une contrainte pour son activité (interdiction de pouvoir disposer librement des fonds déposés sur ce compte)* »⁵⁰⁴. En effet, une situation assez paradoxale se dessine pour les banques islamiques : elles deviendraient elles-mêmes les garantes de leurs clients puisque la *zakat* étant aussi destinée aux endettés insolvable.

Le client insolvable deviendrait donc un bénéficiaire de la *zakat* due par le banquier. Même si on songe aux considérations de rentabilité qui anime la profession bancaire, il n'en demeure pas moins que la *zakat* servirait à mettre en place un fonds de soutien aux surendettés. Ce sera une sorte de garantie de dernier ressort qui permettra aux banquiers de gérer une partie de leurs risques de crédit, comme le risque de défaillance ou de contrepartie.

En réalité, cette question doit permettre aux autorités de surveillance françaises de comprendre que cette pratique est intimement liée à la nature des banques islamiques. Elles doivent ainsi faciliter son application ainsi que son extension à tous les intervenants qui décident volontairement de s'inscrire dans une éthique de redistribution. D'ailleurs, l'Autorité des marchés financiers en a pris conscience dans sa position du 17 juillet 2007 concernant le traitement réservé aux OPCVM islamiques⁵⁰⁵.

Pour compléter le rôle du *ribâ* et de la *zakat* dans la distribution de crédit islamique, intervient enfin l'*iktinaz*.

⁵⁰³ Voir par ex. : *Social Responsibility Trends at Islamic Financial Institution*, Based on 2009 Social Responsibility Survey, January 2010, DinarStandard et Dar Al Istithmar, Supporting by AAOIFI.

⁵⁰⁴ Michel Ruimy, *La finance islamique*, op. cit., p. 78.

⁵⁰⁵ Autorité des marchés financiers, *Critères extra financiers de sélections de titres : cas des OPCVM se déclarant conforme à la loi islamique* : « *Un OPCVM peut distribuer tout ou partie de son revenu distribuable à des entités distinctes de ses porteurs ou actionnaires. Ceci suppose que les conditions suivantes soient satisfaites : cette possibilité doit être mentionnée dans le prospectus de l'OPCVM. L'entité bénéficiaire doit être désignée dans le prospectus complet et doit être un organisme reconnu d'utilité publique. Pour les porteurs personnes physiques résidents français, de tels abandons de revenus peuvent constituer des dons ouvrant droit à réduction d'impôt. Sauf à renoncer à ce droit, les porteurs doivent pouvoir obtenir de l'organisme bénéficiaire, un reçu fiscal sur la base des informations communiquées par la société de gestion sur l'identité des donateurs et le montant des dons effectués par chacun* ».

c) L'« *iktinaz* » : instrument « négatif » et « positif » de la surveillance islamique

184. – Surveillance des marchés. De tout temps, le contrôle des marchés a été le souci des souverains et des gouvernements. La tenue des foires, la circulation de la monnaie, la mise en place des premières bourses, l'instauration des banques centrales, et par voie de conséquence le contrôle et la surveillance des activités bancaires et financières sont devenues le lot commun de toutes les sociétés.

D'un point de vue islamique, l'*iktinaz* sert d'outil de détection et de correction des monopoles abusifs⁵⁰⁶. Parmi les prescriptions découlant de la *Sounna*, les compilateurs nous rappellent que lorsqu'une sécheresse, puis une diminution des stocks de denrée a touché la ville de Médine, les citoyens de cet État-Cité interpellèrent le Souverain Mohamed pour fixer le prix des denrées. Face à cette situation, il a indiqué que Dieu et son Prophète n'interviennent pas dans la fixation des prix⁵⁰⁷. Cette position est surprenante pour l'époque considérée. En fait, elle constitue un des principes directeurs de la régulation des marchés.

185. – Islam et libéralisme économique ? L'Islam prônerait donc un libéralisme économique, mais non assimilable au capitalisme, dans la mesure où les marchés financiers islamiques doivent être « intermédiés » et les échanges « monétarisés ». Ce sont les banques islamiques qui effectuent l'intermédiation parce que la monétarisation des échanges est exigée par la Tradition de Mohamed, appelé le « *hadith de Bilal* »⁵⁰⁸. Cette Tradition doit se lire concomitamment avec la Tradition relative aux six produits usuraires. En pratique, le « *tawarouq* » est un exemple de monétarisation des actifs en vue de permettre à une personne manquant de liquidité de trouver des fonds.

⁵⁰⁶ H. Döndüren, op. cit., p. 267.

⁵⁰⁷ Ibidem, p. 322.

⁵⁰⁸ Idem : « Un jour, lorsque ce compagnon de Mohamed lui a amené des dattes de bonne qualité qui ne se trouvaient pas à Médine, Mohamed l'interpella pour lui demander de quelle manière il les a acquises. Bilal répondit qu'il échangea deux unités de mesure (sa'a) de dattes de qualité inférieure contre une de qualité supérieure. Mohamed s'en est ému en rappelant que cette pratique est l'archétype même de la genèse de l'intérêt. Bilal devait retourner au marché pour annuler l'échange, et de procéder à la vente des dattes de qualité inférieure contre une somme d'argent puis racheter celles de qualité supérieure avec l'argent qu'il a gagné ».

Enfin, indiquons qu'Omar, le second Calife de l'Islam, a été le premier souverain du monde islamique a frappé la monnaie. Un système d'évaluation du poids de la monnaie fut mise en place en instaurant le système de la « *Hisba* » qui consistait à contrôler les marchés ainsi que les prix dont la direction a été confiée à une femme du nom d'Echiffâ El-Adawiyya⁵⁰⁹.

186. – Le paradigme islamique. Selon M. Choudry, les fondements de la surveillance conventionnelle ne sont pas toujours éthiques⁵¹⁰. Son premier constat est le fait que ce traitement éthique est relégué à la conscience individuelle, et aucun organisme étatique ou international ne se l'est approprié. Il note par ailleurs que le système issu de Bâle II installe les taux d'intérêt au cœur des activités bancaires, ce qui conduit à une distribution inégale des risques et des capitaux entre les petites et moyennes entreprises, d'une part, et les grandes firmes, d'autre part. Cette position permet de formuler trois remarques. D'abord, si les facteurs de risques influencent négativement ou positivement le résultat, l'aversion au risque (peu de risque et plus de revenu) conduit à une relation négative entre le taux d'intérêt et le niveau des revenus dans le sens où les ressources ne serviront pas efficacement l'économie réelle⁵¹¹.

Puis, ce système conduit à une distorsion dans la circulation des richesses, et des compétences : les petites et moyennes entreprises ne disposent pas de moyens puissants pour pénétrer les marchés financiers, ce qui reste la panacée des grands groupes⁵¹². Enfin, l'auteur souligne que « *the external supervisors of risk management in Basle II are selected from the IMF, OECD and preferred financial giants such as Standards and Poor, and Moody's. These agencies have very stringent measures for gaining economic and financial efficiency that do not auger well with the social priorities neither in the industrialized countries (e.g. the employment-price level tradeoff) nor in the developing countries (e.g. the prescription for growth-led socioeconomic development, structural adjustment and IMF conditionalities on guarantees of multilateral financial resources* »⁵¹³. En vue

⁵⁰⁹ J. E. As-Souyoutî, *L'histoire des quatre Califes bien guidés*, Traduit et augmenté par Messaoud Boudjenoun, Édition Universel, 2007, p. 140-141.

⁵¹⁰ M. A. Choudhury, *An Islamic Critique of the Capital Adequacy Requirement in Basle II as a Neo-liberal Agency Underlying Capitalist Globalization*, *Review of Islamic Economics*, I.A.I.E., vol. 10, n° 1, 2006, p. 67 : « *Like the Bretton Woods Institutions, Basle and WTO are sister organizations that aim at patterning the global political economy according to the specific models and goals of the neo-liberal vintage but without regard to alternative paradigms of integrate socioeconomic transformation* ».

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 66.

⁵¹² *Ibidem*, p. 64-65.

⁵¹³ *Ibidem*, p. 66-67.

de sortir de cette logique, il propose un nouveau paradigme en matière d'architecture de la surveillance bancaire.

En tenant compte des opportunités purement financières (objectivement déterminées par des modèles de mathématiques financières) pour la communauté musulmane (« *oumma* »), le nouveau paradigme serait fondé sur une approche systémique de la connaissance et de l'apprentissage qui serait en perpétuel mouvement. Ainsi, les décideurs (économiques et politiques) se focaliseront sur deux aspects : non seulement sur la rentabilité financière mais aussi sur les retombées économiques analysées à partir d'une éthique islamique englobant tant la sphère individuelle que la sphère collective. Cet auteur insiste sur la distorsion créée entre l'économie et la vie en société par Bâle II, où une compétition « aliénante » présuppose celle-là. Ainsi, ne conviendrait-il pas, selon lui, que les dynamiques de participations soient accentuées par les autorités de surveillance ?

Le paradigme islamique se fonderait sur les principes religieux bien définis par l'Islam : tout part de l'unicité de Dieu rappelée par le Coran et la Tradition de Mohamed (stade épistémologique) qui implique un effort d'interprétation des données (« *ijtihad* ») dans une approche participative (stade ontologique), ce qui conduirait à l'union des entités et des structures dans la conception du monde (stade multidimensionnel évident) où une évaluation *ex-post* des critères du bien-être social s'avère nécessaire car il existe la croyance du retour au Créateur.

En résumé, nous pouvons qualifier ce système d'holiste. Il intègre sans complexe la verticalité – au sens eschatologique et hiérarchique du terme – et l'horizontalité où les organismes de surveillance analysent les problématiques liées au monde financier et économique.

187. – Cas des banques islamiques. Selon M. Choudry, l'exemple des banques islamique illustre très bien les objectifs de la mobilisation des ressources (musulmane et non musulmane) grâce à des mécanismes de négociation dont son interconnexion avec les marchés obéit à une éthique et à une loi morale. Ainsi, les transactions sans intérêt, la technologie au service de l'humanité ainsi que la protection de l'environnement sont des objectifs assignés au système bancaire islamique⁵¹⁴. La gestion des risques de type islamique conduit à rechercher une synergie entre le monde abstrait définis par les textes (« *tasbih* ») et la participation de l'humanité aux prises de décision (« *shura* »). Elle impliquerait une mobilisation perpétuelle des ressources, une production diversifiée et une relation ténue entre elles. Les conséquences d'une économie socialement responsable, dont son bras

⁵¹⁴ Ibidem, p. 79.

armé est l'investissement du même genre, seront la réduction de la spéculation hasardeuse et dangereuse⁵¹⁵.

Tout ceci n'empêche pas que la surveillance de ce système dispose d'une certaine flexibilité pour réajuster les valeurs et la redistribution efficace des ressources. Ainsi, lorsque les banques islamiques doivent intégrer des coefficients dans les formules permettant de calculer le degré d'exposition aux risques, les données socioéconomiques serviront à pondérer les résultats.

Par exemple, dans les comptes d'investissement participatif, quand bien même les risques de perte existent, il faut tenir compte des contributions sociales comme la *zakat*. Une régulation de type islamique supposera une approche à deux niveaux : le niveau financier (couple risque/rentabilité) et le niveau social (bien-être des individus).

Une telle conception endiguerait les comportements aliénants, mal sains, frauduleux. De plus, la monnaie ne sera pas réifiée et demeurera un étalon de mesure. Pour qu'il y ait une corrélation entre la monnaie et les actifs dans l'économie, l'auteur propose une politique d'encadrement éclairée par les données factuelles, ce qui conduit à ce que les variables interviennent de manière circulaire et endogène. Dès lors, la rentabilité de la monnaie elle-même n'étant pas envisageable dans une conception islamique, il convient de rechercher des indicateurs relatifs à la production de richesse via l'économie réelle et non grâce à l'économie virtuelle soutenue par une politique monétaire reposant sur le couple taux d'intérêt/taux d'inflation, où le taux d'intérêt peut être un facteur de distorsion entre la création de richesse et la création de monnaie.

188. – Nouveau paradigme, nouvelle forme de surveillance. Si les législations séculières ne peuvent clairement prohiber l'intérêt, elles peuvent toutefois limiter les champs d'application et favoriser des mécanismes de participation. Par exemple, une entreprise rémunérera ses financiers sur la base de son résultat et non sur le montant des sommes prêtées. Les répercussions d'une législation permettant des mises à disposition islamique de fonds ne se limiteraient pas seulement aux rendements financiers puisqu'elles agiraient en profondeur sur la société toute entière pour écarter un système bancaire socialement irresponsable.

Ce nouveau paradigme redonnera du sens à l'implication des acteurs économiques qui sont liés les uns aux autres par une sorte de chaîne de transaction. Si les bailleurs de fonds exigent un intérêt au début de la chaîne, l'emprunteur (vendeur ou prestataire de service) – qui se trouve dans l'obligation

⁵¹⁵ Ibidem, p. 80.

de rembourser le capital et les intérêts – répercutera le coût de l'emprunt sur les biens qu'il vendra et sur les services qu'il fournira à ses clients. Ces derniers les acquerront à un prix qui sera automatiquement augmenté des intérêts dus par l'emprunteur. En conséquence, le taux de croissance sera amputé par le taux d'intérêt. Cette érosion aura donc un impact sur le pouvoir d'achat des ménages et la force productive des entreprises. Á cet égard, il importe d'analyser le nouveau rôle assigné aux distributeurs de crédit islamique.

2) Le rôle d'intermédiaire des distributeurs de crédit islamique

189. – Intermédiation bancaire. Les règles islamiques conçoivent le rôle d'une banque à travers le prisme de l'intermédiation. Cette dernière résulte de la diversité des activités commerciales auxquelles se sont livrées les musulmans jusqu'à notre époque⁵¹⁶. Cette flexibilité conceptuelle épousera le cadre réglementaire des établissements de crédit en France qui vise non seulement à garantir la sécurité juridique des transactions, mais également à rationaliser la réception des fonds et de la redistribution de l'épargne pour assurer le fonctionnement adéquat du circuit du crédit. On peut penser que les banques en France sont aussi des intermédiaires, rôle plus prononcé depuis les mouvements de décloisonnement des marchés et de la désintermédiation bancaire⁵¹⁷.

En théorie, les intermédiaires tentent de combler l'inefficience des marchés en faisant rencontrer les bailleurs de fonds et les emprunteurs : ils ont les compétences et la capacité de prendre des décisions qui ont trait soit à l'épargne, soit à l'investissement dans l'économie réelle en raison des informations collectées sur les fluctuations du marché. La question est de savoir quel degré de transparence existe entre d'une part l'intermédiaire et les propriétaires de fonds, et d'autre part, ledit intermédiaire et les demandeurs de capitaux. La distinction entre un profane et un averti relativise sans doute les obligations d'information notamment lorsque le profane est incapable de saisir les subtilités d'un taux d'intérêt variables alors que ce n'est pas forcément le cas pour l'averti. Des facteurs comme l'étendue des marchés de capitaux, et la concurrence qui s'y exerce, celui de la rentabilité suffisante des fonds investis, celui du risque de crédit et de marché, celui de la

⁵¹⁶ M. N. Siddiqi, *Islamic banks: Concept, precept and prospects*, art. préc., p. 43 à 59, U. Chapra et T. Khan, *Réglementation et contrôle des banques islamiques*, IRTI-BID, Études spéciales, n° 3, 2000, p.17 à 19 ; S. Al-Suwailem, *Islamic Economics in a Complex World, Explorations on a Agent-based Simulation*, Institut Islamique de Recherche et de Formation, Banque Islamique de Développement (IRTI/IDB), Jeddah, 2008 ; H. Dödüren, op. cit., 1993.

détermination du prix des transactions concourent indéniablement à la spécificité de l'activité d'intermédiaires financiers. Il s'agit *in fine* d'offrir aux clients un prix attractif pour un produit bancaire de qualité. Au regard de la différence entre les banques conventionnelles et les banques islamiques, l'activité d'intermédiation se conçoit différemment.

190. – Intermédiation bancaire conforme à la loi islamique. S'ajoute à l'ensemble des contraintes des marchés, une charge supplémentaire pesant sur la banque islamique. Elle consiste à veiller à la conformité des fonds mis à la disposition des clients par rapport à la loi islamique. Quand bien même ils draineraient les fonds, puis les placeraient sur les marchés ouverts aux personnes physiques et morales de toute confession, il existe cependant un risque de marginalisation des banques et des institutions financières islamiques. Les principes religieux font en effet craindre la sévérité des sanctions, y compris spirituelles, telles le prononcé de la nullité d'un contrat de crédit, la responsabilité délictuelle ou contractuelle de l'une des parties, en cas de genèse de *ribâ* dans les opérations. Dans la mesure où cette question revivifie le débat du choc des civilisations, elle concerne les acteurs tant économiques que politiques qui ne devraient pas focaliser les débats sur la concurrence entre les idéologies et les dogmes, mais sur les conditions de la mise en place d'une véritable concurrence⁵¹⁸.

191. – Intermédiation et contrats sous-jacents. Les caractéristiques de l'intermédiation se dégagent à partir des différents contrats qui sont sous-jacents aux opérations bancaires⁵¹⁹. Lorsqu'il existe plusieurs intermédiaires, la chaîne contractuelle islamique leur offre la possibilité d'intervenir directement ou indirectement sur différents marchés⁵²⁰, notamment en vue d'acquérir des biens réels devant sécuriser une opération de crédit. Participent à ce circuit les flux gérés par les opérations qui s'adosent sur les contrats de vente, de location ou de société.

⁵¹⁷ Paradoxalement, la désintermédiation bancaire a conduit à renforcer le rôle des banques dans les marchés financiers.

⁵¹⁸ M. N. Siddiqi, *Islamic banks: Concept, precept and prospects*, art. préc., p. 49 ; R. Wilson, *Islamic finance in Europe*, art. préc. : *"Islam all too often resonates negatively in Europe, with a great part of non-Muslim public opinion uncomfortable with Islamic culture and values. Secular and Christian opinion is at best suspicious of shariah, Islamic law, and indeed often antagonistic. The notion of wanting to apply shariah principles to banking and finance is treated with skepticism if not outright hostility, especially as there is no concept of Christian or Jewish banking, even if there are some parallels between shariah financial principles and the teaching of the Old Testament"*.

⁵¹⁹ M. N. Siddiqi, *Islamic banking and finance in theory and practice: A survey of state of the art*, art. préc. ; Dahlia El-Hawary, Wafik Grais et Zamir Iqbal, *Regulating Islamic Financial Institutions: The Nature of The Regulated*, World Bank Policy Working Paper 3227, March 2004, p. 8.

⁵²⁰ M. N. Siddiqi, *art. préc.*, p. 60.

Ne faudrait-il pas remettre au cœur de cette intermédiation le contrat de *moudaraba* qui lie le *rab'oul mal* (les déposants) et le *moudarib* (les dispensateurs de crédit islamique) dans la mesure où ces cocontractants s'accordent à ce que le dernier (en qualité d'intermédiaire) investisse les capitaux du premier pour tirer des profits licites ? Alors même que l'épargne islamique est collectée grâce au compte d'investissement participatif fondé sur la *moudaraba* (*profit sharing investment account*), le banquier islamique privilégie cependant les emplois sous formes de contrats de vente (*mourabaha*, *bay bithamam ajil*, *istisna*) et de contrats de location (*ijara*, *ijara wa iqtina*) pour mettre des fonds à la disposition de leur client – en laissant une part encore faible aux opérations totalement fondées sur le principe des 3P – parce qu'il doit aussi rémunérer attractivement ses déposants au risque qu'ils quittent la banque.

En revanche, un autre schéma est envisageable lorsqu'une entreprise, qui nécessite immédiatement des fonds, vend sa production au comptant en contrepartie de sa livraison à terme, tout en poursuivant son activité. Le dispensateur de crédit islamique conclura alors un contrat de vente *salam* avec cette entreprise, et un autre contrat, appelé *salam parallèle*, avec un autre client ou un autre intermédiaire financier. Cela montre que le dispensateur de crédit islamique est au cœur des chaînes contractuelles de type *moudaraba/salam* ou *moudaraba/istisna*, ou encore *moudaraba/mourabaha*. Quelles sont donc, à cet égard, les spécificités de la surveillance islamique ?

3) Les standards de la surveillance islamique de l'Islamic Financial Services Board

192. – Champ d'application étendu. Il existe un standard de l'Islamic Financial Services Board (IFSB) relatif à la surveillance des institutions financières islamiques⁵²¹. Il a pour objectif d'améliorer leur surveillance et leur contrôle. Les autorités de surveillance doivent veiller au respect des ratios prudentiels par les banques islamiques, ainsi que de leur gestion des risques, de leur

⁵²¹ Islamic Financial Services Board, *Guidance on key elements in the supervisory review process of institutions offering Islamic financial services* (excluding Islamic insurance (takaful) institutions and Islamic mutual funds), December 2007. L'IFSB a mis en place des services dans des différents pays afin de coopérer et de coordonner les actions des régulateurs non avertis en matière de finance islamique.

architecture managériale et de leurs aspects processuels. Elles doivent en contrepartie assurer un environnement juridique approprié⁵²².

Les banques islamiques doivent se doter d'instruments performants pour évaluer l'adéquation de leur capital par rapport aux exigences de fonds propres. Il leur revient d'élaborer une stratégie pour la maintenir aux niveaux exigés par les diverses réglementations. Les autorités de surveillance doivent intervenir non seulement en cas de manquement à ses règles, mais aussi lorsque le contrôle interne de ces institutions est défaillant⁵²³.

193. – Surveillance efficace et connaissance précise des produits bancaires islamiques. Les autorités de surveillance peuvent d'abord intervenir de manière préventive⁵²⁴. L'IFSB leur recommande alors de s'assurer que les institutions financières islamiques ont compris, et contrôlent, chaque étape des contrats conclus avec leurs clients, tout en préservant les principes et règles islamiques grâce à la mise en place des procédures.

Si lesdits systèmes de surveillance et de contrôle interne ne sont pas encore mis en place, elles pourront néanmoins enjoindre aux institutions financières islamiques de gérer de manière prudente leur activité, en s'assurant de la protection des investisseurs en leur adressant une notice qui expose leur gestion des fonds.

Les établissements de crédit islamique doivent par ailleurs tenir compte des interprétations nationales des règles islamiques (ce qui ne peut pas être le cas en France), du système juridique et fiscal, de la gestion des crises et de la coopération internationale. Ce dernier point est important parce que la France n'a pas encore un véritable cadre juridique pour surveiller les activités de crédit islamique. S'il venait à exister, la Banque de France peut-elle, d'une part, surveiller ces établissements, et d'autre, assurer le rôle de prêteur en dernier ressort en cas de demande de refinancement d'une banque islamique ? La réponse ne peut pas être tranchée clairement aujourd'hui bien que conscient de cette lacune dans de nombreux États, l'IFSB recommande fortement la mise

⁵²² Ces conditions découlent des exigences révisées de Bâle II, Bank for International Settlements, *Revised Core Principles*, April 2006, § 13.

⁵²³ Islamic Financial Services Board, *Guidance on key elements in the supervisory review process of institutions offering Islamic financial services* (excluding Islamic insurance (takaful) institutions and Islamic mutual funds), p. 17. Une remarque importante a été formulée aux autorités de contrôle : il s'agit pour elles de tenir compte des systèmes de gestion des programmes d'investissement et des allocations de ressources qui ont le dessein de sauvegarder les intérêts des parties prenantes ; remarques valables essentiellement pour la gestion des comptes d'investissement participatif.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 15.

en place des plans d'urgence (*contingency plans to obtain funds*) si des crédits islamiques sont en cours de réalisation⁵²⁵.

194. – Compétence des autorités de surveillance. L'IFSB attire l'attention des régulateurs sur le fait qu'il est important de rechercher un équilibre général entre d'une part le respect du capital minimum requis, le contrôle des régulateurs, et la transparence ; et d'autre part, le programme de surveillance adoptée par les régulateurs à l'instar de ce que les travaux de Bâle II ont imposés⁵²⁶. Si les établissements de crédit islamique exercent leur activité en parallèle des établissements de crédit conventionnels, les régulateurs se doivent de mettre en place une structure qui puisse prendre en compte ces deux genres d'activités. Cette structure permettrait ainsi d'évaluer concrètement les risques qui pèseraient sur ce marché.

B) La gestion des risques d'un établissement de crédit islamique

195. – Évaluation des risques. Les standards sont approuvés par le Comité de Conformité Charia (Sharia Board) de la Banque Islamique de Développement et par un autre coopté par les banques centrales et les autorités de contrôle des pays membres de l'IFSB⁵²⁷. Cependant, il revient aux autorités nationales et aux comités de conformité islamique de veiller à ce que ces établissements les respectent à partir de 2007.

En matière d'évaluation des risques, les autorités de surveillance peuvent demander le respect soit du « *Standard Formula* » ou du « *Supervisory Discretion Formula* »⁵²⁸ pour avoir une approche des risques encourus par les dispensateurs de crédit islamique. Il s'agit de rechercher si leurs fonds sont mis en réserve pour absorber d'éventuelles pertes.

⁵²⁵ En outre, le système financier doit comprendre un système sécurisé de paiement et de compensation afin de dénouer les transactions financières islamiques, ce qui suppose le contrôle des risques de contrepartie. De plus, les autorités de surveillance pourront ajouter des conditions supplémentaires (en accord avec les principes islamiques) lorsqu'elles accorderont l'agrément aux dispensateurs de crédit islamique.

⁵²⁶ Islamic Financial Services Board, *Guidance on key elements in the supervisory review process of institutions offering Islamic financial services* (excluding Islamic insurance (takaful) institutions and Islamic mutual funds), préc., § 12.

⁵²⁷ IFSB, *Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institution) offering only Islamic Financial Services*, Décembre 2005, §11.

⁵²⁸ Ibidem, appendix A.

Dans le cas du « *Standard Formula* », les titulaires des comptes d'investissement participatif seront considérés comme des investisseurs plutôt que des déposants. En conséquence, la protection des investisseurs devrait être assurée par la mise en place des « cloisons » entre les comptes d'investissement et les comptes de dépôt classiques. La prise en compte des comptes d'investissements dans le calcul des risques de crédit ou de marchés est néanmoins écartée dans la plupart des établissements. Les actifs sont souvent « déplacés » sur un autre poste du bilan pour montrer qu'ils appartiennent aux institutions financières islamiques. Il s'agit dès lors de connaître le « *Displaced Commercial Risk* »⁵²⁹. Les autorités de surveillance ne doivent pas négliger d'étudier avec attention les différentes méthodes d'exposition aux risques. L'IFSB considère que la rentabilité des comptes d'investissement participatif dépend des indicateurs financiers publiés par les établissements de crédit islamique, desquels on exige une plus grande transparence. Si les standards internationaux de comptabilité et d'audit constituent le support des activités financières conventionnelles, ils sont transposables à la gestion islamique du risque, ainsi qu'au contrôle et à la discipline islamique des acteurs du marché bancaire.

Il faut en fait veiller que les dispensateurs de crédit islamique jouent effectivement le rôle d'intermédiaire en facilitant les mises à disposition de fonds en acquérant essentiellement des biens réels. L'évaluation de la valeur de ces biens prédétermine le mode de calcul du capital minimum requis par rapport au risque pris. Les réalités juridiques et économiques doivent coïncider, ce qui permettra aux autorités de surveillance de renforcer ou non les exigences prudentielles : le risque de crédit doit être maîtrisé.

196. – Ratio prudentiel, rentabilité et défaillance. Quant au respect des ratios prudentiels, le capital minimum requis peut être calculé à partir des actifs sous-jacents constituant le portefeuille des institutions financières islamiques. L'analyse portera ensuite sur les taux de rentabilité qui

⁵²⁹ IFSB, *Guidance on key elements in the supervisory review process of institutions offering Islamic financial services* (excluding Islamic insurance (takaful) institutions and Islamic mutual funds), préc., § 76 : « The term “displaced commercial risk” refers to the risk arising from assets managed on behalf of Investment Account holders (IAH) which is effectively transferred to the IIFS’s own capital because the IIFS follows the practice of foregoing part or all of its Muḍārib share of profit on such funds, when it considers this necessary as a result of commercial pressure in order to increase the return that would otherwise be payable to the IAH. This practice may also be required by the supervisory authority as mentioned in paragraph 74 above. This applies particularly to unrestricted PSIA. The rate of return paid to the IAH is thus “smoothed” at the expense of the profits attributable to the IIFS’s shareholders. Such a situation would most often arise as a result of rate of return risk (otherwise referred to as profit rate risk), where the IAH’s funds are invested in assets such as Murābahah or Ijārah with a relatively long maturity and at a rate of return which no longer meets current market expectations ».

doivent, à leur tour, être analysés par les autorités de contrôle en tenant compte des risques pris. Si les autorités demandent un renforcement des fonds propres, elles doivent exposer leurs motifs. Bien sûr, le risque étant plus prononcé dans la finance islamique, il convient d'indiquer, par exemple, à quel niveau les risques de défaillance peuvent survenir⁵³⁰.

197. – Deux catégories principales de risques de crédit islamiques. Les risques peuvent être classés en deux catégories : d'une part, les risques élevés résultant des instruments de financement adossés à des contrats de *moudaraba* ou de *moucharaka* ; et d'autre part, les risques moins élevés lorsque le financement adopte le *modus operandi* de la *mourabaha*, du *salam* et de l'*istisna*. Après avoir identifié les différents types de risque qui pèsent sur les établissements de crédit islamiques (1), il conviendra de tenir compte des règles destinées à gérer (2) et à réduire le risque de crédit islamique (3).

1) La typologie des risques d'un établissement de crédit islamique

198. – Standard de l'IFSB. Dans un standard intitulé les principes de la gestion des risques des institutions financières entièrement islamiques, l'IFSB a exposé les méthodes de gestion des risques. Ce standard est transposable à tout établissement de crédit (islamique et conventionnel) dès lors que les opérations de crédit islamique présentent les mêmes caractéristiques et les mêmes types de risques⁵³¹. Il s'agit des risques de crédit, de marché, et tous les risques liés à un adossement à un actif ou à un financement participatif⁵³². L'objectif de ce standard est d'une part de proposer des standards

⁵³⁰ Ibidem, § 24.

⁵³¹ Islamic Financial Services Board, *Principles of Risk Management for Institutions Offering Only Islamic Financial Services*, décembre 2005.

⁵³² Islamic Financial Services Board, *Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institution) offering only Islamic Financial Services*, Décembre 2005. Le « *Capital Adequacy Standard* » est divisé en sept catégories répertoriées de C1 à C7 qui seront explicités, sauf le dernier :

- C1 : *Mourabaha* et *mourabaha* avec ordre d'achat ;
- C2 : *Salam* et parallèle *salam* ;
- C3 : *Istisna* et parallèle *istisna* ;
- C4 : *Ijara* et *Ijara muntahia bittamlik* ;
- C5 : *Moucharaka* et *moucharaka* dégressive ;
- C6 : *Moudaraba* ;
- C7 : *Sukuk*.

qui reprennent l'esprit des standards internationaux⁵³³ ; et d'autre part, d'identifier et de mesurer les risques liés aux produits et services financiers islamiques.

Enfin, quand bien même la dénomination des produits bancaire et financiers varie d'un pays à un autre, l'IFSB recommande de s'attacher à l'essence des standards proposés.

199. – Coefficient de solvabilité islamique. Les standards proposés par l'IFSB se fondent sur ceux établis par le Comité de Bâle⁵³⁴ avec des modifications et des adaptations nécessaires. Les exigences de fonds propres par rapport aux engagements d'un établissement conventionnel tiennent compte du risque de crédit, du risque de marché, du risque de change ainsi que du risque opérationnel définis par le premier pilier de Bâle II.

Le nom du ratio de solvabilité a changé de dénomination en 2006 : ce n'est plus le ratio « Cooke », mais « Mac Donough »⁵³⁵. Il est au moins égal à 8% du rapport entre d'une part, les fonds propres ; et d'autre part, la somme des différentes expositions aux risques (de crédit, de marchés, et risque opérationnel multiplié par 12,5). Il ne faut pas confondre ce ratio de solvabilité avec le ratio de liquidité, qui est le rapport entre les actifs liquides ou rapidement réalisables et la passif exigible à court terme. Ce dernier coefficient doit être au moins égal à 100%⁵³⁶.

Les banques islamiques doivent respecter ces coefficients. Son calcul dépend cependant de composition des différents risques.

200. – Risque de crédit islamique. Pèse, en premier lieu sur les banques islamiques, le risque de crédit qui consiste à mesurer la capacité financière du client et des contreparties, qui seront revues en

⁵³³ Le deuxième pilier (supervision des procédures) et le troisième pilier (discipline des marchés) ne sont pas traités par ce Standard de l'IFSB.

⁵³⁴ *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework*, June 2004 (Bâle II) et *Amendment to the Capital Accord to Incorporate Market Risks*, January 1996.

⁵³⁵ Gavalda et Stoufflet, *Droit bancaire*, op.cit., 7^e édition, n° 179. Le coefficient de solvabilité est défini comme étant « le rapport entre les fonds propres de l'établissement et les risques pondérés qu'il supporte du fait de ses opérations de crédit, [qui] ne doit pas être inférieur à 8%. Il est calculé deux fois par an sur une base consolidée ».

Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., 8^{ème} édition, n° 35, note 177 : considérant n° 37 de la Directive 2006/48/CE du 14 juin 2006 : « À cet égard, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire a adopté le 26 juin 2004 un accord-cadre sur la convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres. Les dispositions de la présente directive relatives aux exigences minimales de fonds propres des établissements de crédit et celles relatives aux exigences minimales de fonds propres figurant dans la Directive 2006/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit constituent le pendant des dispositions de l'accord-cadre de Bâle » ; Directive reprise par l'Ordonnance du 19 avril 2007 et par un arrêté du 20 février 2007 relatif aux exigences de fonds propres applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement ; voir aussi, n° 255 à 265.

fonction de l'actionnariat et de la constitution des sûretés⁵³⁷. Ici, il conviendrait de réaliser une évaluation externe par l'intervention des agences de notations⁵³⁸. Ces dernières devront distinguer les opérations à court terme de celle qui sont à long terme. En revanche, les autorités de surveillance peuvent autoriser les établissements à recourir à une notation interne dès lors que le ratio de fonds propre paraît suffisamment solide.

Cela implique que les établissements doivent connaître non seulement la nature des actifs sous-jacents, objets d'une vente, d'une location ou d'un nantissement, mais aussi les risques qu'ils font supporter ; tout en identifiant les créances douteuses, qui y sont attachées, créances qui devront faire l'objet d'une provision.

Selon qu'elle émane d'un État, d'une société commerciale, les techniques de financement sont sujettes à une nouvelle forme d'évaluation. Par exemple, les crédits à court terme se différencient de ceux qui sont à long terme ; et leur maturité combiné à une pondération et à un risque de change suppose la redéfinition des paramètres de l'exposition aux risques et la manière de les réduire⁵³⁹.

201. – Risque de marché islamique. En second lieu, le risque de marché concerne les opérations ayant subi les fluctuations du cours du marché et les pertes résultant des opérations hors bilan. Les établissements de crédit islamique y sont exposés pour les opérations portant sur les titres financiers comme les actions et les *sukuk*, pour celles qui ont recours au change de devise (risque de change) et pour celles qui portent sur les matières premières (« *commodities* »)⁵⁴⁰.

Il convient de distinguer deux types de risques de marché : d'abord, le risque général de marché auquel est adjoit un coefficient de 8% tout au long de la détention du titre ; et puis, le risque spécifique dans la mesure où le droit musulman utilise le marché comme un référentiel dans les échanges commerciaux.

⁵³⁶ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 259, p. 187 : cf. Règlement CRBF n° 88-01 du 22 février 1988 relatif à la liquidité.

⁵³⁷ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 259 : en vertu des articles 4-1, a) et 4-1, d) de l'arrêté relatif aux fonds propres, « *le ratio de solvabilité ne se limite pas au risque de crédit, c'est-à-dire au risque de contrepartie, de défaillance du client, pour prendre en considération le risque de dilution, définie comme « le risque que le montant de la créance se trouve réduit par l'octroi de toute forme de remise ou d'annulation concédée au débiteur »* ».

⁵³⁸ Pour un exemple de base de notation, voir le point 22, *Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institution) offering only Islamic Financial Services*, Islamic Financial Services Board, Décembre 2005.

⁵³⁹ Voir le tableau p. 10, Islamic Financial Services Board, *Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institution) offering only Islamic Financial Services*.

⁵⁴⁰ Ibidem, point 44 à 63.

Dans ce dernier cas, le coefficient peut être diminué de 8 à 4% lorsque les titres sont liquides et suffisamment diversifiés. Ici encore, ce sont les autorités de surveillance qui sont les arbitres de l'affectation des coefficients. Une mauvaise conception et compréhension des instruments financiers islamiques aurait des conséquences inédites sur le paysage bancaire et financiers en France, et par voie de conséquence sur l'économie réelle⁵⁴¹.

Une difficulté supplémentaire apparaît dans le crédit *moucharaka* dégressive, ou celui combinant ce dernier à l'*ijara* car les parties sont des associés pouvant détenir des parts dans l'activité financée ou dans le financement de l'acquisition d'un bien. Pour réduire ce risque, une garantie peut être constituée. Elle apporterait une forme de stabilité dans les comptes de l'établissement.

202. – Risque de change islamique. Il existe, en troisième lieu, le risque de change qui est calculé en deux étapes : d'abord, il faut déterminer de manière isolée l'exposition à ce risque d'une seule position, puis, évaluer les risques inhérents à chaque portefeuille composé de titres ayant une maturité à court ou à long terme. Ainsi, les provisions pour de telles opérations empruntent des schémas particuliers. En effet, il convient ici de faire une remarque importante. La loi islamique assimile à la monnaie l'or et l'argent, ce qui n'est pas le cas de la réglementation internationale qui considère l'or et l'argent comme une marchandise⁵⁴². Par exemple, dans le cas des promesses unilatérales d'achat ou de vente d'or ou d'argent, l'exposition d'une seule position à un risque de change tiendra compte du total net au comptant de cette position, la position à une échéance future de la promesse, les garanties et assimilées, et tout autre instruments représentant un profit ou une perte dans les opérations de change.

Par ailleurs, la valeur de l'actif sous-jacent peut être fixée dans une monnaie différente de celle du titre financier qui le représente. Dans ce cas, les écarts entre les valeurs doivent être pris en compte, ce qui suppose une couverture de la position. Cependant, seuls des instruments de couverture n'ayant pas la nature de titres négociables sont autorisés, ce qui permet de réduire le risque et de consolider certaines positions. Si la position est ouverte dans le cas des promesses de vente ou

⁵⁴¹ On tient compte de la nature intrinsèque des instruments et le degré de risque qu'ils imposent à leurs titulaires. Concernant le risque spécifique, les coefficients varient de 0% à 8% selon la maturité du titre : si l'investissement consiste en une durée de 6 mois, le coefficient est de 0.25% et au-delà de 24 mois, il sera de 8%. Ici, les autorités ont un pouvoir de discrétion pour tenir compte de ces recommandations. S'agissant du risque général de marché, le coefficient est plus affiné en fonction des périodes d'investissements d'un mois à plus de 20 ans, le coefficient est 0 à 6%.

⁵⁴² Market Risk Amendment, Bâle 1996, section A3, voir Note 12, p. 14 in Islamic Financial Services Board, *Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institution) offering only Islamic Financial Services*, préc.

d'achat, il convient de tenir compte des standards internationaux (once ou grammes) afin de fixer la valeur réelle au moment convenu⁵⁴³.

203. – Risque opérationnel islamique. Il faut, en quatrième lieu, tenir compte du risque opérationnel qui est défini comme étant le risque de perte résultant de l'inadaptation des procédures interne de gestion des risques, de la défaillance des compétences humaines, de l'influence des événements extérieurs ainsi que des risques juridiques dont le risque de non-conformité à la loi islamique⁵⁴⁴.

L'IFSB préconise deux approches : d'une part, une approche fondée sur un indicateur de base qui consiste à affecter au revenu annuel brut moyen un coefficient de 15% ; et d'autre part, une approche standardisée reprise des travaux de Bâle II où le coefficient varie en fonction du secteur d'activité (« *line of business* » ou LOB) de 12 à 18% (18% pour le secteur financier, 15% pour les banques commerciales et les prestataires de services d'investissement, 12% pour les banques de détail, pour la gestion d'actif et pour le « *retail brockering* »)⁵⁴⁵.

204. – Risques en amont et en aval. Il existe deux grandes catégories de risques dans une banque islamique : d'une part, les risques pesant sur les comptes d'investissement participatif qui se structurent grâce à un contrat de moudaraba (où le déposant est un apporteur de capital qui a droit à un revenu dégagé par le banquier ; et d'autre part, les risques résultant des mises à dispositions de fonds, où il faut distinguer les crédits adossés à un bien et les crédits participatifs.

205. – Risques liés aux « comptes d'investissement participatif ». En ce qui concerne les ressources, les risques liés aux comptes d'investissement participatif présentent un risque spécifique

⁵⁴³ Ibidem, §50 : Dans le cas de l'exposition du portefeuille d'investissement aux risques de change, les institutions financières islamiques peuvent recourir à deux méthodes de calcul, le premier étant le plus recommandé. Il s'agit premièrement de la méthode de « *Shorthand* » où la détermination du risque suppose a) la conversion du montant nominal de chaque position (quelle soit à court ou à long terme) en unité de compte qui se réfère à un taux pris au comptant, en additionnant b) le montant net des positions à court et à long terme, c) le montant le plus élevé des différentes positions qui est ajouté à la position nette en unité d'or ou d'argent, d) le tout affecté d'un coefficient de 8%. Deuxièmement, il est possible d'opter pour l'approche interne qui est soumise à une approbation expresse des autorités de surveillance. Elle doit tenir compte des standards qualitatifs (spécificités des facteurs de risques propres à la gestion des risques des institutions financières islamiques) et quantitatifs (effectuer des tests puis les faire valider par des auditeurs extérieurs ou par les autorités).

⁵⁴⁴ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 259. Ce type risque exclut les risques afférents à la pertinence de la stratégie et ceux afférents à la réputation.

appelé le « *displaced commercial risk* » qui signifie que les risques liés à la gestion des fonds sont totalement ou partiellement transférés au gestionnaire du fait que deux techniques de base sont utilisées : d'une part, la *moudaraba* qui permet de financer un actif ou une activité par la constitution d'un pool d'investisseur géré par un établissement de crédit islamique, et d'autre part, la *wakala* qui est un contrat de mandat encadrant les relations entre les investisseurs et le gestionnaire de fonds. Cette dernière technique n'est pas à proprement parler un véhicule d'investissement de type participatif car le gestionnaire est rémunéré par des commissions et non grâce au résultat de son effort.

Or, dans l'utilisation de la *moudaraba* non restreinte⁵⁴⁶, l'établissement dispose des fonds de manière discrétionnaire en participant au profit selon une clé de répartition fixée au moment de la conclusion du contrat et en ne participant pas aux pertes. Cette pratique conduit à déterminer le risque de taux de profit à l'instar du risque de taux d'intérêt lorsque les fonds sont investis dans des opérations à long terme de type *mourabaha* ou *ijara*, auquel s'ajoute les risques de crédit (insolvabilité des promoteurs de projet, etc.) ou de marché (la chute des prix des actifs). Les pertes sont supportées par les apporteurs de capitaux, lesquels ne peuvent demander une garantie ou une sécurité en cas de défaillance, sauf en cas de négligence, de fraude, de non respect des termes du contrat. Dans de telles circonstances, naît un « risque fiduciaire » qui emprunte le même schéma que le risque opérationnel pour en réduire l'intensité⁵⁴⁷.

En principe, le risque lié au financement grâce au compte d'investissement est nul pour les établissements de crédit islamique et échapperait aux exigences de fonds propres, de sorte que les fonds et les investissements ne feraient plus partie du dénominateur du ratio prudentiel. Or, en pratique, les établissements de crédit islamique participent aux investissements en renonçant totalement ou partiellement à leur gain dans le but de rester compétitif et offrir un meilleur taux de rentabilité. Parfois, cette possibilité est imposée par les autorités de surveillance dans le but de protéger les investissements des clients et de réduire les risques systémiques si les fonds sont massivement retirés.

Soulignons que ce schéma se présente plus souvent en matière de compte non restreint. Les autorités de surveillance ont ainsi la possibilité d'affecter un coefficient « α » telle qu'indiqué dans la formule

⁵⁴⁵ Islamic Financial Services Board *Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institution) offering only Islamic Financial Services*, préc., § 27 à 43.

⁵⁴⁶ Voir infra, n° 845 – 849.

destinée à calculer le ratio prudentiel⁵⁴⁸. En cas de risque prononcé de perte, voire dans tous les cas, les établissements de crédit islamique peuvent constituer une et/ou deux formes de réserve : le « *Profit Equalisation Reserve* » (réserve d'égalisation des profits) où une partie des gains est affectée à cette réserve et l'« *Investment Risk Reserve* » (réserve de risque d'investissement). Le premier contribue à lisser les revenus tout au long du cycle économique ; alors que le second absorbe les chocs affectant la valeur des actifs, notamment en diminuant le montant des commissions de *moudaraba* pour ne pas pénaliser les titulaires de comptes participatifs d'investissement qui peuvent se voir octroyer des prêts gratuits (*qard hassan*) par les actionnaires⁵⁴⁹.

206. – Risques de crédits adossés et risques de crédits participatifs. En ce qui concerne les opérations de crédit adossé (*mourabaha*, *salam*, *istisna* ou *ijara*), elles sont schématiquement exposées aux risques de crédit résultant de la défaillance de la contrepartie, et au risque de marché parce que les actifs sous-jacents doivent être valorisés à plusieurs reprises en cas de succession de transfert de propriété.

Par contre, les crédits participatifs qui se fondent sur la *moudaraba* et la *moucharaka* n'ont pas d'équivalent définis par Bâle II, à moins de les rapprocher des titres financiers, enregistrés et négociés, par les banques conventionnelles. Ici, les titulaires des comptes d'investissement participatif supportent les pertes à hauteur du montant de leur investissement alors que les banquiers et les intermédiaires ne tireront aucun profit du travail qu'ils ont fourni. Cette logique découle de la mise en œuvre du contrat de *moudaraba* et induit que le risque de crédit est supporté par les titulaires des comptes alors que le risque opérationnel par les banquiers et les intermédiaires financiers. Or, ces deux formes de risques pèsent sur le banquier dans les opérations adossées sur la *moucharaka*. Cela pousse à reconsidérer le périmètre des risques de crédits et de marchés islamiques. Bien que les formules pour déterminer les fonds propres par les établissements de crédit islamiques soient fournies par l'IFSB⁵⁵⁰, il convient de respecter les principes et les règles qui sont édictées. Certes ce qui importe, c'est de déterminer, d'une part, le capital éligible et les risques

⁵⁴⁷ IFSB, *Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institution) offering only Islamic Financial Services*, préc., point 75.

⁵⁴⁸ Ibidem, Annexe A.

⁵⁴⁹ Moody's Global Banking, *Islamic Banks – Their Strategies and Ratings*, Special Comment, May 2009, p. 2-3.

⁵⁵⁰ Voir Annexe A, Islamic Financial Services Board, *Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institution) offering only Islamic Financial Services*, préc.

encourus⁵⁵¹, et d'autre part, la nature des actifs qui composent le bilan des établissements de crédit islamique.

C'est pourquoi les autorités de régulation doivent donc exiger des informations sur la performance des établissements de crédit islamique⁵⁵² qui ont actuellement un taux de croissance élevé (notamment pour contrôler si le partage de profit se réalise en faveur des titulaires des comptes d'investissements qui supportent une partie des risques) alors que la plupart des régulateurs n'ont pas entrepris un véritable système de contrôle. C'est une question de transparence à laquelle les institutions financières islamiques vont être de plus en plus soumises⁵⁵³ tout en permettant à l'industrie bancaire et financière islamiques d'innover et d'offrir de nouveaux services.

En définitive, un établissement qui fonde sa rentabilité sur la production réelle doit s'assurer que ses fonds propres soient stables alors même que les prises de risque et de participation sont obligatoires. Or, Bâle II n'encourage pas les politiques participatives⁵⁵⁴ car chaque composante des différentes formes de risques (crédit, marché et opérationnel) limite l'esprit de partage ; et augure, de ce fait, des tendances baissières. Par exemple, les marchés financiers seront affectés par la volatilité souvent induite par des transactions sur le marché monétaire, par définition court-termistes. De même pour le risque opérationnel, où une action de concert des banques centrales et des banques commerciales dans une logique de croissance, impliquerait un recadrage de la gestion des entreprises et des fonds apportés par les investisseurs. La couverture de ce risque peut être mutualisée, ce qui suppose pour le système bancaire islamique de promouvoir parallèlement non seulement une surveillance d'une nouvelle nature, mais aussi l'assurance islamique (« *takaful* »).

207. – Risques liés aux actifs sous-jacents. Afin de déterminer, en cinquième lieu, le montant minimum des fonds propres pour couvrir l'exposition aux risques liées aux matières premières (incluant les métaux précieux sauf l'or et l'argent qui entrent dans la catégorie des risques de change) et aux risques d'inventaires relativement aux actifs pouvant faire l'objet d'une vente ou

⁵⁵¹ Ainsi, ces derniers doivent maintenir un ratio de fonds de propres supérieur à 8%, qui doit être affiné par le Tier 2. Il doit être de 100% du Tier 1: dans le rapport qui conduit à calculer le ratio prudentiel, les fonds propres se placent au numérateur et le total des risques encourus au dénominateur qui est déterminé après la multiplication par 12,5 du capital minimum exigé en matière de risque de marché et de risque opérationnel (réciproque du ratio de fonds propre de 8%), Voir la formule de l'Annexe A.

⁵⁵² Ibidem, §44.

⁵⁵³ Voir par ex., IFSB, *Disclosures of Promote Transparency and Market Discipline for Institutions Offering Islamic Financial Services*, Déc. 2007.

⁵⁵⁴ M. A.Choudhury, *An Islamic Critique of the Capital Adequacy Requirement in Basle II as a Neo-liberal Agency Underlying Capitalist Globalization*, art. préc., p. 81.

d'une location conformément aux contrat de *mourabaha* ou d'*ijara*, l'IFSB les classe dans la catégorie des biens corporels qui sont négociables sur le marché secondaire⁵⁵⁵.

La conversion des unités de comptes (kilogramme, baril, grammes, etc.) en unité de monnaie s'avère nécessaire. Ici, un point délicat est soulevé par l'IFSB. En principe, la compensation des expositions aux risques n'est pas possible dès lors que les actifs appartiennent à différentes catégories de matières premières. Cependant, si la livraison des actifs d'une sous-catégorie peut s'effectuer contre une autre, ou bien si les matières premières sont fongibles (ou interchangeable), ou bien s'il existe une corrélation dans les fluctuations des cours du marché entre les matières premières pendant un période minimale d'une année, la compensation est envisageable⁵⁵⁶.

Ici, interviendront les autorités de surveillance pour fixer les modalités de substitution en se référant à sept catégories de laps de temps dont le premier englobe une période de 0 à un mois et le dernier de 3 ans et plus⁵⁵⁷. Il convient de bien distinguer les périodes pour calculer le montant des fonds propres⁵⁵⁸.

Au regard de cet exposé sur la nature des risques, il convient à présent de déterminer les modalités de gestion du risque de crédit islamique.

2) La gestion des risques de crédit islamique

208. – Gestion du risque de crédit participatif. Dans les crédits participatifs, le risque de crédit est lié au défaut du remboursement des fonds avancés, et à l'absence de genèse de bénéfice. Ces crédits sont des opérations à moyen ou long terme pour effectivement participer aux résultats d'une entreprise⁵⁵⁹. De cette manière, ils échappent à la valorisation des actifs.

⁵⁵⁵ Par exemple, les produits agricoles, les minerais (incluant les ressources fossiles) et les métaux précieux.

⁵⁵⁶ Islamic Financial Services Board, *Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institution) offering only Islamic Financial Services*, préc., point 57.

⁵⁵⁷ Ibidem, voir tableau p. 15.

⁵⁵⁸ Trois étapes sont alors indispensables : d'une part la distinction des positions à court ou à long terme, d'autre part, la détermination des positions futures selon leurs inclusions dans les différentes catégories assignées, et enfin, l'application d'un coefficient de 15% pour la compensation. L'addition du montant de chaque étape représente ainsi le montant total des fonds propres nécessaires pour la couverture. Il convient par exemple de distinguer les opérations d'*istisna* simple des opérations d'*istisna* combiné à un *istisna* parallèle où la première nécessite l'affectation d'un coefficient plus important (8%) que la seconde (1.6%).

⁵⁵⁹ M. I. Usmani, *Examining the prudence of Islamic banks: A risk management perspective*, Islamic Finance Review, 2009/2010, Euromoney, p. 5.

Les standards de l'IFSB proposent deux modes de calcul : le « *simple risk-weight method* » ou le « *slotting method* »⁵⁶⁰. Ce dernier, présenté sous forme de tableau pour chaque instrument, est plus ou moins souple du moment que la surveillance est assurée. C'est une analyse circonstanciée qui prend en compte la structure des financements et son environnement.

La gestion repose sur le contrat de base, du secteur d'activité, du pays, (qui sont des risques politiques et juridiques), du risque lié à la demande et à l'offre, à la force et à la faiblesse du marché, à la nature et à la qualité des actifs et à l'existence ou non de sûreté, à la sécurité juridique, mais en fonction des risques technologiques, des risques de construction (permis de construire, type de construction, les garanties des associés ou des tiers,) des risques opérationnels, des risques liés au règlement et à la livraison, des risques de non fourniture de bien, des risques naturels, sans oublier la qualité des partenaires et des sponsors (nature de leur engagement, en termes de fonds propre ou de prêt), l'existence des clauses de réserve de propriété, et les fonds mis en réserve.

209. – Gestion du risque de crédit adossé. Cette méthode de gestion s'étend également aux crédits adossés. Ici, le risque est intimement lié à la propriété du bien financé. Dans les crédits adossés à la vente, la propriété est transférée au client, ce qui permet de le gager ou de l'hypothéquer. Par contre, les crédits adossés à une location maintiennent la propriété de la chose louée dans le patrimoine de la banque.

210. – Gestion du risque de crédit « *mourabaha* » et de crédit « *istisna* ». Dans le crédit *mourabaha*, le risque de crédit est lié à la défaillance non seulement du client, mais également de la contrepartie qui fournit le bien.

Dans le crédit *istisna*, il existe aussi deux genres de risques : « *une banque islamique assume le rôle de constructeur, de fabricant et de fournisseurs. Puisque, la banque ne se spécialise pas dans tous les domaines, elle doit s'appuyer sur des sous-traitants. Ceci l'expose à un double risque. L'un d'eux est le risque de défaillance de la part du client. C'est le même cas que dans la mourabaha et il reste similaire au risque de crédit que rencontrent les banques conventionnelles. De plus, il y a le risque de défaillance du sous-traitant à remplir ses obligations de manière efficace et dans les délais* »⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ Islamic Financial Services Board., *Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institution) offering only Islamic Financial Services*, préc., §28 et §29, et les annexes B et C.

⁵⁶¹ U. Chapra et T. Khan, *Réglementation et contrôle des banques islamiques*, art. préc., p. 71.

211. – Gestion du risque en matière de crédit « ijara ». Concernant le crédit *ijara*, le risque est celui qui découle de l'impossibilité de donner en location le bien acquis par le banquier lorsque le client se désiste, ce qui induit donc une absence de revenu. Pour palier à ce risque, le banquier peut stipuler dans le contrat de vente signé avec le fournisseur une « clause dite de reprise ». Certaines banques islamiques disposent d'un parc automobile ou d'un parc immobilier qui ne nécessite pas la stipulation de ce genre de clause.

212. – Gestion du risque en fonction de la durée du financement. En matière d'*istisna* ou de *moucharaka*, le banquier doit tenir compte de la durée du projet, ainsi que des capacités de remboursement du client. Tout projet financé doit être géré en fonction de l'existence des risques politiques et juridiques puisqu'une guerre peut être qualifiée de force majeure pouvant rompre le contrat. Il en est de même pour l'éclatement d'une révolution, mais moins pour les changements législatifs.

Les caractéristiques de l'opération seront plus ou moins bien encadrées du moment que le risque de conception et le risque technologique seront maîtrisés. De plus, le risque de règlement et de livraison (risque lié à la fourniture du bien fabriqué, risque naturel) dans les opérations d'*istisna* et les risques liés aux partenaires dans les opérations *moucharaka* sont les plus sensibles à gérer.

213. – Affectation de taux différents pour les opérations hors bilan. Il convient par ailleurs de convertir les opérations hors bilan de manière équivalente à l'exposition au risque de crédit grâce aux « facteurs de conversion en crédit » (« *credit conversion factors* »)⁵⁶². Selon que l'opération est à court terme ou à long terme, le facteur est respectivement égal à 20% et 50%. En cas d'échec de l'opération, quelque soit le moment, ce facteur est à égal à 0%. Pour les opérations d'import ou d'export utilisant la technique de la *mourabaha*, lorsque les actifs sont gagés ou hypothéqués, et assurés, le facteur est égal à 20%, ce qui peut être prouvé par la présentation d'une lettre de crédit.

214. – Rôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution⁵⁶³ (ACPR). Un établissement de crédit islamique se fonde généralement sur ses propres moyens d'évaluation pour déterminer le prix

⁵⁶² IFSB, *Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institution) offering only Islamic Financial Services*, Décembre 2005, §25.

⁵⁶³ L'ACP est devenu l'ACPR depuis la Loi n° 2013-706 du 26 juillet 2013.

de ses prestations⁵⁶⁴. Rien n'empêchera l'Autorité de contrôle prudentiel d'établir un ensemble de critères tant qualitatifs que quantitatifs pour surveiller les banques islamiques.

Le tableau suivant résume les risques spécifiques qui pèsent sur les différents contrats servant à structurer une opération de crédit.

| Types de financement | Risques classiques | Risques spécifiques |
|---------------------------------|--|---|
| Financement participatif | Non remboursement du capital investi Non paiement des bénéfices | <ul style="list-style-type: none"> - Impossibilité d'intervenir dans la gestion d'une opération de <i>moudaraba</i> - La responsabilité de la contrepartie ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde, difficile à prouver |
| <i>Mourabaha</i> | Non remboursement | <ul style="list-style-type: none"> - Non livraison de la marchandise par le fournisseur, d'où aucune obligation de remboursement du client donneur d'ordre et risque qui induit de possible collision entre le donneur d'ordre et le fournisseur - Renoncement du client à la promesse d'achat, d'où perte financière non couverte par l'apport initial du donneur d'ordre - Non respect des échéances de règlement par le client donneur d'ordre, d'où baisse du rendement de l'opération due à la fixité du prix de vente, les pénalités de retard ne pouvant être intégrée dans le bilan de la banque |
| <i>Salam</i> | Non livraison de la marchandise achetée | <ul style="list-style-type: none"> - Lorsque le <i>salam</i> est adossé à un <i>salam</i> parallèle, le défaut ou le retard de livraison par le vendeur est susceptible d'engager la responsabilité de la banque envers le second acheteur. En conséquence, remboursement du prix et dédommagement du deuxième acheteur, ou obligation d'acheter une marchandise similaire à des conditions plus onéreuses pour honorer le second contrat |

⁵⁶⁴ Article L. 511-41, alinéa 3, du Code monétaire et financier : « Pour le respect des normes relatives à la solvabilité, ils peuvent être autorisés à utiliser leurs approches internes d'évaluation des risques ». Voir aussi infra, n° 345.

| | | |
|-----------------------|--|---|
| | | <ul style="list-style-type: none"> - Lorsque le <i>salam</i> est adossé à un contrat de mandat pour l'écoulement de la marchandise, une éventuelle baisse des prix entraîne une perte de marge, à supporter par la banque sauf cas de faute majeure de l'agent - Mauvaise gestion du mandat, d'où perte de marge ou de capital avec difficulté de mettre en jeu la responsabilité du mandataire |
| <i>Istisna</i> | Non règlement du prix par le client | <ul style="list-style-type: none"> - Obligation de livraison dans les délais : en cas de retard ou d'inexécution du contrat par l'entreprise chargée des travaux (<i>istisna</i> parallèle), la responsabilité incombe à la banque - Maîtrise des coûts de réalisation : les surcoûts seront supportés par la banque si le contrat ne prévoit pas de clause de révision pour cause exceptionnelle - Réalisation de l'ouvrage selon les prescriptions techniques, d'où impossibilité de se dispenser de la responsabilité pour vice caché, ou malfaçons - Non respect du calendrier des paiements par le client alors que le prix fixé est non révisable pour ce motif |
| <i>Ijara</i> | Non paiement des loyers par le locataire | <ul style="list-style-type: none"> - Défaut de livraison du bien (cf. <i>mourabaha</i>) - Vices cachés, d'où possibilité de résilier le contrat - Obligation de maintenance du bien loué en état de fonctionnement normal. En cas de détérioration du bien, les frais de remise en état sont à la charge de la banque. En cas de perte ou de destruction totale, le contrat est résilié de plein droit. La banque en assumera seule les conséquences sauf faute du preneur - Défaut ou retard de paiement des loyers : les loyers ne peuvent être majorés pour cette raison |

Source : G. Cause et N. Hideur, *La gestion des risques dans les banques islamiques*, La revue du financier, mai-juin 2010, n° 182-183, p. 75.

Mme Cause et M. Hideur ont indiqué qu'il existe indéniablement un « risque d'enchevêtrement » qui résulte de la combinaison des différents risques. Par exemple, la nullité ou la résolution d'un contrat peut produire des effets sur l'opération de crédit⁵⁶⁵. Il faut alors évaluer l'impact de la résolution ou de l'annulation du contrat de base, notamment si elles sont prononcées par une autorité judiciaire. Est-ce que cette décision concerne un cas isolé ou un ensemble d'opérations. Ensuite, la banque doit évaluer la valeur de l'actif sous-jacent, ou la valeur de sa participation en fonction du type d'opérations pour l'intégrer dans ses calculs.

À cet égard, les autorités de surveillance devraient alors adopter le « *forward-looking stress testing* » qui consiste à évaluer les changements des conditions de marchés qui affecteraient la performance des établissements de crédit islamique. Cette approche repose sur des données quantitatives et qualitatives qui se fondent notamment sur les systèmes internes d'évaluation.

S'il existe des défaillances dans les procédures, les autorités leur enjoindront de les améliorer. En principe, ces procédures sont les mêmes que celles des établissements conventionnels.

En revanche, le « risque religieux »⁵⁶⁶, le risque de concentration de la clientèle⁵⁶⁷, le risque opérationnel⁵⁶⁸, le risque de perte de leurs avoirs⁵⁶⁹, et enfin le risque de liquidité, doivent aussi être gérés en même temps que les risques de crédit et de marché.

En ce qui concerne la réticence à autoriser l'installation d'une banque islamique, un auteur nous informe que « *dans plusieurs pays qui ont une expérience en finance islamique, on constate que les risques sont souvent sous estimés. En effet, les banques islamiques existantes opèrent pour beaucoup dans des pays émergents où la gouvernance, la transparence des affaires et la gestion des risques sont perfectibles. Citons le dysfonctionnement de la justice, la mauvaise sécurisation des droits de propriété, les insuffisances du cadastre, la rareté des états financiers audités, etc.* »⁵⁷⁰. Il poursuit dans un registre de dénigrement en affirmant que les opérations bancaires islamiques sont « *des astuces (hiyal)* », et n'étant qu'un « *symbolisme* » visant « *à conforter le développement global de l'islamisme, en entretenant l'illusion que les sociétés musulmanes peuvent vivre selon des règles*

⁵⁶⁵ G. Cause et N. Hideur *La gestion des risques dans les banques islamiques*, art. préc., n° 182-183, p. 84.

⁵⁶⁶ C'est le risque de disqualification d'une transaction par le comité de supervision islamique (« *Sharia Board* »).

⁵⁶⁷ M. Dabadie, *Des limites à la finance islamique ?*, Revue Banque, octobre 2010, n° 728, p. 69., n° 728, p. 70 : « *C'est un risque de crédit sur une fraction spécifique de la population, constituée des musulmans, ou même sur une fraction de la population musulmane, ainsi que sur les secteurs économiques où elle exerce son activité ; c'est aussi un risque de liquidité, lié à la concentration des dépôts provenant d'un groupe relativement homogène de clients* ».

⁵⁶⁸ Idem : « *Résultant essentiellement par un manque de personnel qualifié, les spécialistes en finance islamique constituent une ressource rare* ».

⁵⁶⁹ Concernant les déposants de fonds dans les comptes d'investissement participatifs.

⁵⁷⁰ M. Dabadie, art. cit., n° 728, p. 71.

économiques propres, alors même que les banques islamiques prélèvent et servent des intérêts, en utilisant des « ruses » pour faire passer l'intérêt pour une rémunération du risque »⁵⁷¹. Cette vision est empreint d'un préjugé certain, et trouve sa limite du fait d'une absence de connaissance des règles encadrant la prohibition de l'intérêt et celles régissant les différentes formes de financement islamique. Certes, il existera toujours des risques légaux (conformité islamique et/ou légalité française)⁵⁷². En revanche, ce n'est pas une raison pour cataloguer les financements islamiques dans la catégorie des subterfuges. Si c'est effectivement le cas, les banquiers et les régulateurs ne tiendrait pas compte des techniques pour réduire ces risques.

3) La réduction des risques de crédit islamique

215. – Variété de techniques. Un établissement de crédit islamique dispose de plusieurs techniques pour réduire les risques de crédit⁵⁷³. Nous allons en retenir quatre séries.

216. – Sûretés. Ce sont principalement les différentes formes de sûretés qui concourent à réduire le risque de crédit⁵⁷⁴. Il peut s'agir non seulement de sûreté personnelle (« *kafala* ») ou de sûreté réelle (« *rahn* »), mais également de diverses garanties exigibles par un banquier (garantie à première demande, privilèges, etc.).

Pour réduire un risque, la sûreté doit être irrévocable de sorte que le garant ne peut jamais demander son annulation lorsqu'elle est acceptée après la naissance de la créance⁵⁷⁵. Le banquier a donc le droit de poursuivre le garant pour les sommes non remboursées plutôt que le débiteur principal. Ce contrat de garantie doit être rédigé dans un nouvel *instrumentum* qui ne peut être compris dans la convention de crédit.

⁵⁷¹ Idem.

⁵⁷² IFSB, *Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institution) offering only Islamic Financial Services*, préc., § 33.

⁵⁷³ Islamic Financial Services Board *Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institution) offering only Islamic Financial Services*, , Décembre 2005, §33.

⁵⁷⁴ C. Gavaldà et J. Stoufflet, op. cit., n° 909 : « Les risques de crédit sont pondérés en fonction, notamment, des garanties obtenues ».

⁵⁷⁵ Islamic Financial Services Board *Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institution) offering only Islamic Financial Services*, préc., §33.

217. – Sûretés réelles. Il peut s'agir du gage d'un bien meuble corporel, du nantissement d'un bien meuble incorporel, ou de l'hypothèque d'un bien immeuble. Ce bien peut être l'actif sous-jacent ou un bien appartenant à l'emprunteur ou à un tiers.

En cas de défaillance, le bien financé peut être liquidé. Dans le cas de la vente de l'actif, tout surplus par rapport au montant de la créance doit être reversé au débiteur. Lorsque l'établissement exige, à côté de cette forme de garantie, d'autres sûretés, celles-là viendront en complément du paiement de la créance due, et ne combleront que le montant restant dû. Il convient en effet de liquider en priorité le bien initialement mis en sûreté. Cependant, l'établissement peut déterminer un rang dans l'utilisation des garanties.

218. – Cautionnement. Étant donné que les banquiers doivent évaluer la capacité financière de leur client, l'emprunteur communiquera son bilan ou son plan d'affaire (*business plan*) si les fonds servent à lancer une entreprise ou à financer un bien. À cet égard, un dirigeant de l'entreprise pourrait se porter caution pour une durée ou un montant donné, ou bien pour une durée indéterminée et un montant inconnu (« *market/business guarantee* ou *guarantee of contractual obligation* »). Ce genre de garantie est révocable à tout moment, même avant la naissance de la créance ayant fait l'objet d'une garantie. Dans ce cas, cet instrument ne peut pas servir de technique de réduction des risques de crédit⁵⁷⁶.

219. – « Hamish Jiddiya ». Dans les crédits *mourabaha* ou *ijara*, un banquier peut également exiger la perception d'un « *hamish jiddiyyah* », traduit par « gage de sérieux ». Il est une sorte d'arrhe restituable qui peut représenter une partie du prix d'achat du bien (5 à 10%). Il a pour objectif de couvrir les dommages résultant de la non-exécution des promesses du client d'acheter ou de louer le bien. Ici, il faut aussi tenir compte de la nature de la promesse, à savoir si elle a une force obligatoire ou non⁵⁷⁷. Si la promesse n'a pas de force obligatoire, le *hamish jiddiyyah* sera entièrement restitués au client.

⁵⁷⁶ Ibidem, § 35 – 39.

⁵⁷⁷ Voir infra, n° 515 – 518.

220. – « *Arbun* ». En cas de perception d'un acompte appelé « *arbun* » par le banquier, les risques peuvent être réduits en cas de non conclusion du contrat parce que cet *arbun* représente une partie du prix d'achat d'un bien.

221. – **Réduction du risque de crédit combinant la « *mousharaka* dégressif et l'*ijara* ».** Le crédit combinant la *mousharaka* dégressive et l'*ijara* est principalement utilisé dans le secteur immobilier. L'évaluation des conditions du marché (phases de retournement du marché, accompagnées ou non de la contraction du crédit) est nécessaire, en vue de connaître le montant des flux financiers (« *cash-flow predictability* »), tout en tenant compte du sens des transferts de propriété dans les phases de construction, de location, et de vente.

222. – **Réduction des risques et informations spécifiques.** Bien que les contraintes soient financières et juridiques, il faut s'assurer de la disponibilité, l'exactitude et la précision des informations sur les différents marchés sur lesquels opèrent les dispensateurs de crédit islamique, notamment pour réduire les coûts des opérations⁵⁷⁸. Selon Reuters, deux systèmes concourraient à réduire les risques. D'un côté, il est nécessaire d'avoir un système d'information externe puisque des informations ne visant qu'une région (pays du Golfe et Malaisie) ne seraient pas suffisantes. En effet, la fragmentation des sources d'information est la principale difficulté à résoudre.

De l'autre côté, un système d'information interne performant s'imposerait pour gérer et réduire les risques. Cela améliorerait la trésorerie des institutions financières islamiques si l'innovation est soutenue. Outre les produits classiques (dépôt, carte de crédit, prêt, crédit-bail, assurances) qui sont « simples » à structurer et à distribuer, il existe de plus complexes comme les *sukuk*, les fonds investis en action, les fonds immobiliers, les fonds indiciels, les swaps de taux de rentabilité, les swaps de devises qui concourent à couvrir et à réduire les risques⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ R. Smith, D. Dutt, J. Dajani, P. Marczewski, K. Schppe and A. Bennis, *Islamic banking: Specialist issues facing this dynamic growth market*, *Reuters Islamic Banking Initiative*, *Islamic Finance Review*, 2007/08, p. 57 – 60 : notamment en simplifiant le système de négociabilité, ce qui permettrait d'améliorer la gestion du risque. Les banques islamiques ont certainement besoin de sources fiables. Pour palier à cela, Reuters propose ses services pour négocier des titres sur le marché secondaire grâce à une plateforme de négociation électronique spécialisée.

⁵⁷⁹ Pour plus de détail, voir notamment, M. I. Usmani, *Fixed income securities: a Shari'ah perspective*, art. préc., p. 1 ; C.-J. Serhal et G. Saint Marc, *Titrisation islamique : comment accéder à une nouvelle base d'investisseur*, art. préc., p. 29 ; Y. T. Delorenzo, *The total returns swap and the « Shariah conversion technology » stratagem*, <http://dinarstandard.com/finance/DeLorenzo.pdf> (visité le 16 juin 2007) ou http://www.failaka.com/downloads/DeLorenzo_TotalReturnsSwap.pdf (visité le 25 septembre 2010).

Si les membres du Sharia Board constatent que les risques pris ne correspondent plus aux exigences de la loi islamique, ils devront le signaler d'abord à l'établissement de crédit ; puis avertir le marché. Dans le dernier cas, il peut avoir un risque de réputation. Ainsi, des risques d'un nouveau genre se présenteront aux autorités de surveillance en France qui ne pourraient pas toutefois interférer sur le contrôle des membres d'un Sharia Board dont leur consultation concourt à réduire les risques de non-conformité islamique⁵⁸⁰.

C) Le rôle du comité de conformité Charia (« Sharia Board »)

223. – Contrôle de conformité islamique. La banque islamique a une originalité peu commune par rapport à la banque conventionnelle. Elle met en place un « comité de conformité Charia », appelé « *Sharia Board* » par les anglophones⁵⁸¹. Il est composé de trois à cinq experts spécialisés en droit musulman, en économie, en banque, en finance et/ou en assurance⁵⁸², dont le président doit avoir une expérience d'au moins trois ans en tant que membre. Ce comité émet des avis (*fatawa*) sur la conformité islamique d'un produit bancaire dont les crédits.

Il est recommandé que les membres soient de différente nationalité et appartiennent à différentes écoles juridico-théologiques (*madhab*). Ils sont mandatés par le conseil d'administration qui leur expose de manière claire et précise leurs fonctions et responsabilités. Puis, un contrat de prestation de service est signé entre la banque et chaque membre du comité.

Pour en devenir membre, les experts doivent présenter une série de qualités (2) pour détecter les risques de non-conformité islamique des mises à disposition de fonds (3), dont la présence affecte nécessairement l'organisation interne d'un établissement de crédit (1).

⁵⁸⁰ IFSB, *Guidance on key elements in the supervisory review process of institutions offering Islamic financial services (excluding Islamic insurance (takaful) institutions and Islamic mutual funds)*, préc., point 27.

⁵⁸¹ Traduit par « comité de censure légale » par X. Ternisien, *Le Monde*, Hors Série, *États du Golfe, La renaissance arabe*, Février-mars 2009, p. 97.

⁵⁸² IFSB, *Principles on Shari'ah Governance Systems for Islamic Financial Institutions*, december 2009, p. 7 ; voir aussi Z. Iqbal et A. Mirakhor, *An introduction to Islamic finance : Theory and practice*, op. cit., p. 289.

1) L'impact organisationnel du comité de conformité Charia au sein des établissements de crédit

224. – Nature des contrôles de conformité. En matière de gouvernance, le trait marquant d'un établissement de crédit islamique est l'existence de ce comité de conformité Charia. S'il ne doit pas se substituer aux organes légaux, il peut par contre sonder l'intention des banquiers en vue d'éviter la réalisation des opérations suspectes (usuraires et spéculatives) en mettant en place un contrôle *ex ante* et un contrôle *ex post*⁵⁸³. Le premier type de contrôle est assuré par l'émission des avis de conformité (*fatawa*) alors que le second est reporté dans des rapports trimestriels, semestriels et/ou annuels.

225. – Nouvelle architecture. Selon l'IFSB, les établissements de crédit islamique doivent créer deux autres unités administratives, indépendantes, dédiées à la conformité islamique pour mettre en œuvre les *fatawa* du comité de conformité Charia. Il s'agit, d'un côté, d'une unité de contrôle appelée « *Audit Interne Charia* » qui statue sur la conformité *ex ante* des produits bancaires préalablement autorisés par le Sharia Board, dont les membres ne peuvent pas faire partie des départements en charge de la commercialisation des produits ; de l'autre côté, l'« *Audit Externe Charia* » chargé des fonctions opérationnelles ayant pour mission de vérifier, d'évaluer et de surveiller le degré de conformité des opérations exécutées par la banque par rapport aux avis prononcés par le Sharia Board. Ce dernier peut lui déléguer une partie de leur tâche⁵⁸⁴ en contrepartie de la publication d'un rapport.

⁵⁸³ IFSB, *Guiding Principles on Shari'ah Governance Systems for Islamic Financial Institutions*, december 2009, § 14.

⁵⁸⁴ Ibidem, p. 3 : Puis, un rapport annuel doit être établi pour vérifier si l'audit interne charia a effectué correctement sa fonction. Ce rapport peut être rédigé soit par le « Sharia Board » parce qu'il est l'interlocuteur privilégié, soit par un auditeur externe, soit par un cabinet spécialisé en droit musulman.

| Fonctions | Institution financière conventionnelle | Institution financière islamique |
|--------------------------------|---|---|
| Gouvernance | Conseil d'administration ou Conseil de Surveillance | Conseil d'administration ou Conseil de surveillance Affectée par le Sharia Board |
| Contrôle | Audit interne Audit externe | Audit interne Audit externe Audit interne Charia Audit externe Charia |
| Conformité (compliance) | Unité de conformité aux lois et aux règlements | Unité de conformité aux lois et aux règlements Comité de conformité Charia |

Source : IFSB, *Guiding Principles on Shari'ah Governance Systems for Islamic Financial Institutions*, december 2009, p. 4

226. – Règles de prise de décision. Un quorum est fixé pour l'émission de la *fatwa*. En cas d'absence d'unanimité, la décision est prise à la majorité. Le tout doit figurer dans les minutes des réunions. Un secrétariat est mis à leur disposition.

Cette *fatwa* devient une règle de droit islamique (*hukm al-shar'i*) liant la banque⁵⁸⁵. Par contre, elle n'a pas nécessairement l'autorité de la chose jugée. Il reviendra donc à chacune des parties de s'assurer que les montages juridico-financiers respectent non seulement les règles juridiques étatiques mais aussi celles issues du droit musulman.

Pour examiner les dossiers de conformité, les membres du comité peuvent inviter toutes personnes susceptibles de les éclairer tels que des juristes, des économistes ainsi que les auditeurs internes charia ou non, les dirigeants sans que ces personnes aient un droit de vote ou un droit de veto.

Par ailleurs, le comité est également chargé d'une fonction de la redistribution de certaines formes de revenus : outre le fait qu'il soit sollicité pour calculer le montant de la *zakat*, il identifie les

⁵⁸⁵ C. Zied et J.J. Pluchart, *La gouvernance des banques islamiques*, février 2006, www.iae.univ-poitiers.fr/affi2006/Coms/052.pdf, p. 2.

bénéficiaires. De plus, il peut conseiller les banques en matière de redistribution des bénéfices, et orienter la redistribution des revenus générés par une transaction non conforme à la loi islamique.

227. – Publication des rapports. Il existe un parallélisme entre le fait que l'audit interne d'un établissement de crédit conventionnel reporte ses vérifications au Conseil d'Administration, et l'unité d'*Audit Interne Charia* qui, lui, les reporte tant au conseil d'administration qu'au Sharia Board dans un établissement de crédit islamique. Ce dernier doit en principe publier divers rapports selon les cas : un rapport relatif à la conception des produits qui sera remis aux dirigeants ; un rapport d'audit interne charia en destination du comité d'audit, un rapport annuel de conformité destiné aux dirigeants, aux actionnaires, aux titulaires de comptes d'investissement participatif⁵⁸⁶. Ces rapports doivent être disponibles si les autorités de surveillance en font la demande.

Quant à son rapport annuel, il est très attendu parce qu'il ouvre la voie à la remise du « certificat de conformité » par le comité de conformité Charia qui peut également l'adresser aux autorités de surveillance.

228. – Publication des recommandations et des avis. Par ailleurs, des recommandations ou des notes doivent être diffusées pour sensibiliser les professionnels et le public en expliquant leur approche. Dès lors, bien qu'elles tiennent compte de la nature des activités (opérations bancaires, opérations de marchés, gestion individuelle ou collective), de la superficie financière, de la qualité des actionnaires, elles doivent constituer des instruments d'évaluation de la pertinence des systèmes de contrôle interne.

229. – Prise en charge partielle du contrôle par les autorités de surveillance. Fondamentalement, les approches diffèrent selon que les autorités de surveillance assurent ou non la conformité à la loi islamique des activités bancaires. C'est pourquoi il existe deux types de système gouvernance Charia. Ils ont été expliqués par l'Organisation Internationale des Commissions de Valeur⁵⁸⁷.

Le premier est dit « *centralisé* ». Outre la présence d'un Sharia Board dans la banque, les autorités de surveillance disposent de leur propre comité pour évaluer le degré de conformité à la loi

⁵⁸⁶ IFSB, *Guiding Principles on Shari'ah governance system*, préc., Annexe 2.

⁵⁸⁷ *Analysis of the application of IOSCO's objectives and principles of securities regulation for Islamic Securities Products*, International Organization of Securities Commissions, Rapport, September 2008, p. 17.

islamique⁵⁸⁸. Le risque en est une divergence entre les comités de chaque banque et le Comité central national. En Malaisie, le rôle du dernier est de vérifier les *fatawa* des premiers, ce qui implique que les membres du dernier ne peuvent siéger au sein des premiers.

Le second est dit « *décentralisé* » où chaque établissement de crédit doit avoir son propre comité de conformité Charia en assurant que la fonction et les activités des différents membres soient clairement définies sans se plier aux exigences d'un Comité central.

230. – Existence obligatoire, mais avis consultatif : cas du Liban. L'existence du comité de conformité Charia est obligatoire, au Liban, bien qu'il n'émette que des avis consultatifs⁵⁸⁹ : « *L'assemblée constitutive de toute banque islamique et, ultérieurement les assemblées générales ordinaires, notamment, pour une période de trois ans renouvelable, un organe consultatif comprenant trois experts en matière de loi et de doctrine islamique, et en matière d'opérations bancaires et financières. L'organe consultatif donne un avis sur la conformité des transactions de la banque sur les préceptes de la Charia, et doit soumettre à ce sujet un rapport au Conseil d'administration et à l'assemblée générale des actionnaires. Cet organe peut, de son propre chef, soumettre à l'assemblée générale des actionnaires et au Conseil d'administration toute proposition qu'il juge utile pour la réalisation de l'objet de la banque conformément aux préceptes de la Charia* ». Ce Comité ayant un impact sur la gouvernance de la banque, l'article 2 de la loi libanaise dispose que « *chaque banque islamique doit créer un organe spécial, dénommée « Unité de gouvernance », indépendante de la direction opérationnelle de la banque et n'ayant pas de pouvoir exécutif [...] L'unité comprendra au moins un (voire plusieurs) membre du conseil d'administration n'ayant pas de fonctions exécutives, un (voire plusieurs) membre du sharia board, le chef de l'unité d'audit interne, le chef de l'« unité d'audit selon la Charia* ». Les fonctions de l'« unité de gouvernance » se déclinent de la manière suivante⁵⁹⁰ : d'une part, elle supervise, coordonne et développe les règlements internes relatifs à la gouvernance et s'assure de leur application par les différents départements de la banque ainsi que par le Sharia Board ; d'autre part, elle a le dessein de protéger les clients de la banque en diffusant de manière transparente les différents aspects ayant trait aux relations entre la banque et ses clients et les informations relatives à la distribution des

⁵⁸⁸ Idem : C'est le cas en Malaisie qui a mis en place en mai 1996 le « Shariah Advisory Council » (SAC).

⁵⁸⁹ Article 9 loi libanaise n° 575, 11 février 2004 relative à la constitution des banques islamiques au Liban.

bénéfices ; et enfin, elle soumet au conseil d'administration tous les six mois, ou selon les besoins, des rapports et des recommandations découlant des résultats de son travail⁵⁹¹.

231. – Cas du Royaume-Uni. Lorsque les établissements de crédit islamique s'installent dans un environnement uniquement conventionnel, aucune autorité de surveillance n'est généralement en charge de la conformité directe des activités bancaires islamiques. Les banques islamiques ont du fournir à la Financial Services Authority (FSA) la preuve que les comités de conformité Charia *« fonctionnaient sur un mode consultatif, au même titre qu'un conseiller juridique. Ceci étant, il n'appartient pas à la FSA de déterminer qui doit siéger dans ces comités charia. Nous ne disposons ni de l'expertise, ni du savoir nécessaires. Nous opérons en tant que régulateurs, dans un domaine strictement séculaire et non religieux, mais nous attendons des banques islamiques qu'elles puissent gérer tout type de conflit d'intérêts potentiel, au même titre que le feraient les banques traditionnelles »*⁵⁹².

232. – Existence acceptée en France. L'Autorité des marchés financiers a déjà tenu compte de la présence de ce genre de comité lorsqu'elle a agréé un OPCVM se déclarant conforme à la loi islamique⁵⁹³. Toutefois, elle a précisé qu'il doit être indépendant de la société de gestion, et ne doit pas l'influencer sur la sélection des titres, mais uniquement sur la nature islamique de ces titres sélectionnés par la société de gestion.

Quant au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, il souhaitait connaître *« l'articulation entre le rôle du comité de Charia et celui des instances de gouvernance et de contrôle interne à cette banque. L'existence d'un comité de Charia (...) relève de la libre décision interne à l'établissement, à l'instar des instances qui proposent des produits d'investissement socialement responsables. En revanche, le rôle du comité de Charia devra se limiter à cette tâche d'examen et de certification du produit islamique. Il ne peut s'étendre au-delà et interférer avec la gouvernance générale de la banque et ses modalités de fonctionnement*

⁵⁹⁰ Georges ABI RIZK, *La « gouvernance » des banques islamiques au Liban*, Rev. dr ; banc. et fin., janvier-février 2008, p. 27 : C'est le Conseil d'Administration qui nomme le chef de l'unité de gouvernance en déterminant ses émoluments. Il doit tenir une réunion au moins une fois par an avec lui.

⁵⁹¹ IFSB, *Guiding Principles on Shari'ah Governance Systems for Islamic Financial Institutions*, préc., § 20.

⁵⁹² M. Ainley, Head of wholesale Banks & Investment Firms Department, Financial Services Authority, *Banques islamiques au Royaume-Uni*, in *La finance islamique en Europe*, Dossier préc., p. 37.

interne »⁵⁹⁴. Bien que ce comité ne soit pas permanent en n'intervenant que lors d'une expertise de conformité, son ascendant moral, et religieux, est une sorte de gage de sécurité pour les placements islamiques. Mais, son avis dicte souvent la prise de décision et présente l'inconvénient de soumettre les dirigeants à des considérations qui ne sont pas seulement économiques car elles sont aussi d'ordre théologique, sociale, voire métaphysique notamment en abordant la question des sanctions encourues dans l'Au-delà.

Malgré la préservation des prérogatives de chaque organe, le jeu d'influence peut constituer un conflit décisionnel entre les dirigeants (viabilité économique, recherche de profit, marketing via l'utilisation des noms des membres du Comité, etc.) et les membres du comité (investissement conforme islamique, notoriété des *fatwas*). Pour limiter les risques de glissement de pouvoir, l'IFSB recommande de publier un manuel sur leur rôle en exposant la manière dont les réunions se tiendront, les modalités de saisine, la prise de décisions de conformité. Leur interprétation peut être cruciale lorsqu'ils doivent approuver la conformité des investissements. Il existe aujourd'hui une tendance qui les conduit à sonder les intentions des institutions financières pour veiller si l'éthique islamique sera maintenue au cours de l'existence des produits, des services et des transactions.

Les pouvoirs publics français peuvent adopter une tout autre approche par rapport aux systèmes centralisé et décentralisé. Ils peuvent par exemple les combiner. Puisque les distributeurs de crédit islamique s'inscrivent dans une gouvernance partenariale obéissant à des modèles socio-économiques radicalement différents de ceux de la gouvernance des banques conventionnelles⁵⁹⁵, il peut exister un débat sur l'existence d'un nouveau type de capitalisme, à savoir un « capitalisme coopératif » en revivifiant les coopératives et les mutuelles et en règlementant des nouveaux systèmes de surveillance des entreprises socialement responsables. En effet, la « gouvernance de type islamique » est tributaire de toutes les règles tant morales que juridique⁵⁹⁶ : une juste utilisation

⁵⁹³ Autorité des marchés financiers, *Critères extra financiers de sélections de titres : cas des OPCVM se déclarant conforme à la loi islamique*, note du 17 juillet 2007. Elle souhaite que les fonds islamiques incorporent dans leur prospectus tous les éléments pertinents en matière de conformité à la loi islamique.

⁵⁹⁴ Rapport d'information du Sénat fait au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la finance islamiques par Jean Arthuis, préc.

⁵⁹⁵ C. Zied et J.J. Pluchart, art. préc., p. 3 : « *Les dirigeants des banques islamiques sont soumis à des règles de gouvernance à la fois actionnariale (shareholders' governance), partenariale (stakeholders' governance) et religieuse (islamic governance). Bien que le shareholders' governance ait adoptée une posture positiviste, en s'inscrivant dans le cadre du paradigme libéral, elle ne s'est affranchie qu'en apparence de tout parti pris politique et idéologique* » ; voir aussi Y. T. DeLorenzo, *Shari'ah Supervision of islamic mutual funds*, 4th annual Harward Forum on Islamic Finance, <http://www.djindexes.com/mdsidx/downloads/delorenzo.pdf>.

⁵⁹⁶ Selon l'IFSB, les membres du conseil d'administration ont aussi la responsabilité de gérer les intérêts des parties prenantes et l'exposition aux risques. Dans la gestion des comptes d'investissement, les institutions islamiques ont la

du capital dans un souci de préserver l'intérêt général et d'établir un rapport équitable des cocontractants face à l'incertitude et au risque. Quelle que soit la forme du financement et quel que soit le sens du financement (Banque-Banque ; Banque-Client, Banque-Banque centrale), le comité de conformité Charia finira par jouer un rôle de plus en plus décisif, tant que les membres disposent de qualités requises par la loi islamique⁵⁹⁷.

2) Les qualités requises des membres du comité de conformité Charia

233. – Comportement exemplaire. Un membre du Comité de Conformité Charia doit d'une part avoir un bon comportement (honnête, intègre, juste), et d'autre part, être notoirement reconnu dont sa compétence et sa diligence lui permettent d'émettre des *fatawa*⁵⁹⁸. Sa qualification est encore plus prononcée s'il exige des moyens d'informations dévolues aux actionnaires parce qu'il dispose d'une faculté de participer aux délibérations du conseil d'administration, mais également convoquer l'assemblée générale ou le conseil d'administration sur une question délicate.

Par ailleurs, les membres du Comité doivent continuellement se former, notamment en participant à des colloques, séminaires pour être au courant des dernières solutions de droit musulman et des innovations dans le secteur bancaire et financier.

Une surveillance efficace suppose donc de tenir compte de leur sensibilité juridico-religieuse, ainsi que des pratiques internationales. D'un établissement de crédit islamique à un autre, les avis juridiques peuvent varier en raison des interprétations divergentes des règles juridiques. Dans les pays où il n'existe pas de « Sharia Board central », l'IFSB recommande de suivre les avis de

qualité de *mouharib*, de gérant qui est titulaire des droits et des obligations résultant de la *mouharaba* qui s'apparente à un contrat de fiducie combiné au contrat de mandat de gestion avec la possibilité de partager collectivement les pertes et les profits. L'autorité de surveillance veillera à ce que lesdits droits et obligations ainsi que les procédures mises en place soient clairement définis et respectés.

⁵⁹⁷ Ainsi, La Banque centrale du Qatar a interdit les opérations des banques non islamique : cf. Reuters, 6 february 2011, « *Qatar's central bank ask to conventional lenders to close down their Islamic operations amid worriers of overlap between the two, sources said on Sunday, in a surprise move seen prompting other regions to follow suit. The central bank issued a circular over the weekend, saying it « has been decided to terminate the activities of the Islamic finance services” offered by conventional bank* ».

⁵⁹⁸ IFSB, *Guiding Principles on Shari'ah Governance Systems for Islamic Financial Institutions*, préc.

l'Académie de Fiqh⁵⁹⁹. Si aucun avis n'est disponible, il leur revient de faire un effort d'interprétation.

234. – « Fatawa » cohérentes. S'il revient à un établissement de crédit islamique de bien connaître le cadre juridique dans lequel il opère, il doit s'assurer que son « *Sharia Board* » émet des *fatawas* cohérentes qui doivent comporter un visa et une motivation appropriée. Cette cohérence est difficile à trouver lorsque l'avis doit transcender l'espace et le temps. Elle sera de rigueur lorsque les membres du Comité circulent d'un pays à un autre (pays musulman ou non, pays musulman appartenant à une école juridico-théologique plutôt qu'à une autre)⁶⁰⁰.

Selon le principe 4.1 de l'IFSB, les membres du comité peuvent prendre place dans plusieurs institutions financières (islamique ou non)⁶⁰¹.

235. – Confidentialité. En revanche, la confidentialité est de rigueur parce qu'ils ont accès aux documents tant préparatoires que techniques qui ne sont pas destinés au public. Cette obligation ne prend pas fin lorsqu'ils cessent leur fonction au sein de l'établissement⁶⁰².

236. – Indépendance. De plus, ils doivent être indépendants des organes exécutifs. Cette indépendance est une condition *sine quo none* pour émettre un avis objectif. Leur crédibilité et leur intégrité ne doivent pas être mises en cause au motif qu'un individu, ou un groupe d'individus ont influencé ou ont tenté d'influencer leur décision. Pour s'en assurer, certaines autorités de surveillance sont informées de la composition du Sharia Board.

D'ailleurs, les banques islamiques doivent mettre en place une procédure destinée à assurer à informer les actionnaires et les autorités de surveillance des divergences entre le Sharia Board et les dirigeants. L'indépendance peut être affectée lorsque les membres du Comité ont des relations avec les employés et/ou les dirigeants.

Il existe alors une incompatibilité entre l'appartenance à un « *Sharia Board* » et le statut d'employé ordinaire d'une banque. De plus, aucun membre de la famille du Sharia Board ne peut être employé

⁵⁹⁹ Ibidem, § 60.

⁶⁰⁰ Idem : le Conseil Général des Institutions Financières Islamiques (CIBAFI) a recensé 6000 fatwas 90% étaient émis de manière cohérente et correspondaient les uns aux autres à travers les IFI.

⁶⁰¹ Pour avoir une idée du réseau des *sharia board*, voir Funds@Works AG, *Shariah Scholars in GCC, A Network Analytic Perspective*, Report, September 2009.

⁶⁰² IFSB, *Guiding Principles on Shari'ah Governance Systems for Islamic Financial Institutions*, préc. §60.

par l'établissement de crédit. Ni lui, ni un de ses proches ne peut accepter des aides, des subsides, des financements de cet établissement, ou détenir plus de 5% de ses parts. Il existe une autre restriction lorsque l'actionnariat de la société de « *Sharia Board* » est identique à celui de l'établissement de crédit. En cas de conflit d'intérêts, le membre du comité doit faire une déclaration écrite à l'assemblée des actionnaires et aux autorités de surveillance. Bien qu'il y ait des critiques de leur véritable indépendance⁶⁰³, la durée de leur mission est déterminée par l'assemblée générale des actionnaires.

237. – Transparence. Pour des raisons tenant à la transparence, les membres du comité publient périodiquement leurs *fatawa* qui doivent être diffusées au sein des institutions financières, surtout en direction du personnel chargé de la surveillance quotidienne⁶⁰⁴. La publication des *fatawa* nécessite en fait une concertation entre les membres du Comité et les dirigeants pour éviter la confusion et la mauvaise compréhension sur les conditions de distribution des crédits islamiques.

Selon l'IFSB, cette concertation est une obligation en vertu du deuxième verset de la cinquième Sourate. Si les autorités de surveillance ne participent pas au processus d'émission de *fatwa*, il leur revient toutefois de gérer les cas de défaillance de ces Comités de conformité parce qu'un risque de réputation produirait des effets tant sur les activités de l'établissement, que sur les marchés financiers.

238. – Code éthique. En outre, la publication d'un code éthique et de bonne pratique permettra de déterminer l'intégrité, la crédibilité et le professionnalisme du Sharia Board⁶⁰⁵. Son rôle principal est d'écarter les risques de non-conformité islamique.

⁶⁰³ P. Grangereau et M. Haroun, *Banques islamiques : la problématique de la mise en place de cofinancements*, Banque Magazine, n° 657, avril 2004, note 42, p. 58.

⁶⁰⁴ Par exemple, au Liban, les banques islamiques doivent établir un résumé des opinions émises en vue d'informer les actionnaires. Cette information sera prioritairement publiée en arabe sur divers supports : quotidien, livret spécial, rapport annuel, site Internet de la banque ou tout autre site Internet (G. Abi Rizk, *La « gouvernance » des banques islamiques au Liban*, art. préc., p. 27).

⁶⁰⁵ IFSB, *Guiding Principles on Shari'ah Governance Systems for Islamic Financial Institutions*, préc., p. 5 et Annexe 3.

3) Les risques de non-conformité islamique des opérations de crédit

239. – Liste des principaux cas de non-conformité islamique. Les opérations de crédit islamique présentent des risques de non-conformité islamique. Une liste non exhaustive a été dressée par Mme Cause et M. Hideur pour les principaux contrats sous-jacents⁶⁰⁶ que nous l'avons complétée dans le tableau ci-dessous.

| Contrats | Risques de non-conformité islamique |
|-------------------|--|
| <i>Moucharaka</i> | <ul style="list-style-type: none"> - Clauses garantissant le capital au bailleur de fonds ou prévoyant le partage des pertes sans rapport avec les apports respectifs - Clause prévoyant le rachat de la part de la banque à un prix fixé d'avance - Indication d'une rémunération fixe pour la banque - Conditions de partage des résultats non définies - Bénéfices distribuables illicites |
| <i>Mourabaha</i> | <ul style="list-style-type: none"> - Facture d'achat libellé au nom du client - Conclusions du contrat (de <i>mourabaha</i>) avant à l'achat du bien par la banque - Prix (d'achat) versé directement au client - Contrat conclu entre le client et le fournisseur - Le fournisseur est lui-même acheteur donneur d'ordre - Contrat portant sur l'or, l'argent ou des sommes d'argent - Renouvellement de la <i>mourabaha</i> sur la même marchandise - Émission des <i>sukuk</i> négociables adossés aux créances <i>mourabaha</i> - Assurance de la marchandise à la charge du client, durant la phase de son acquisition par la banque |
| <i>Salam</i> | <ul style="list-style-type: none"> - Contrat portant sur des biens non quantifiés ou non quantifiables - Description insuffisante des marchandises faisant l'objet du contrat : quantité, qualité, non indication des délais de livraison, du lieu de livraison - Règlement différé du prix de vente - Contrat portant sur l'or, l'argent ou des sommes d'argent - Livraison des marchandises non-réalisables dans des circonstances normales - Majoration du prix de vente en cas de retard de livraison |

⁶⁰⁶ G. Cause et N. Hideur, *La gestion des risques dans les banques islamiques*, art. préc., p. 81.

| | |
|-----------------------|--|
| | <ul style="list-style-type: none"> - Transfert d'obligations incombant normalement à la banque (propriétaire) à la charge du mandataire (assurance-dépréciation-détérioration) - Lien de dépendance entre le contrat <i>salam</i> et celui de <i>salam</i> parallèle |
| <i>Istisna</i> | <ul style="list-style-type: none"> - Contrat ayant pour objet la fourniture d'un bien sans transformation - Contrat ayant pour objet le remboursement de dette contractée par le client envers un autre entrepreneur - Versement des fonds au client - Conclusion d'un contrat d'<i>istisna</i> parallèle avec le client ou une entreprise lui appartenant - Majoration du prix en contrepartie de la prorogation du délai de paiement par le client - Non indication du prix, des caractéristiques du bien à réaliser, des délais de réalisation, des modalités de règlement - Stipulation dispensant le <i>Sanii</i> (l'entrepreneur) des obligations lui incombant en tant qu'entrepreneur (vices cachés, garantie décennale, malfaçons,...) |
| <i>Ijara</i> | <ul style="list-style-type: none"> - Objet illicite du contrat - Conclusion de contrat entre le client et le fournisseur - Facture d'achat (établi) au nom du client preneur - Prix d'achat du bien directement versé au preneur - Non indication des termes du contrat (objet, durée, périodicité des paiements des loyers, etc.) - Clause transférant au preneur les obligations incombant normalement au bailleur (maintenance, assurance, dispense de la responsabilité pour vices cachés) - Majoration du loyer en cas de retard de paiement - Indexation des loyers futurs sur un indice indéterminé - Poursuite de la perception de loyers en cas de destruction ou de perte du bien non imputable au preneur |

240. – Précisions sur les crédits participatifs. En ce qui concerne les crédits participatifs (*mouharaba* et *mouharaka*), les fonds doivent obligatoirement être investis dans une activité licite d'un point de vue islamique⁶⁰⁷. Un associé dans le contrat de *mouharaka* ne doit pas garantir le capital d'un autre associé (*mouharik*) ; de même pour le *mouharib* dans le contrat de *mouharaba* pour les fonds investis par les apporteurs de capitaux (*rabb'oul mal*). Lorsque le client promet

⁶⁰⁷ Dont les sociétés procédant à des emprunts ou à des dépôts moyennant des intérêts supérieur au seuil de 30% de la valeur des actions ou générant un revenu impur supérieur à 5% des produits de la société.

unilatéralement d'acheter à une date future les parts du banquier (dans une *moucharaka*), le prix de ces parts sera fixé soit en prenant comme référence les cours du marché car leur vente à un prix nominal ne peut être ni stipulée, ni effectuée ; soit par un commun accord entre les parties au jour de la cession des parts.

241. – Précisions sur les crédits adossés. S'agissant des crédits adossés, l'actif doit exister au moment de la conclusion du contrat de crédit. L'*ijara* est valide si l'actif reste la propriété de l'établissement de crédit islamique jusqu'à échéance. Il ne peut être exigé des pénalités de retard ou d'une augmentation du montant de la transaction en contrepartie d'un délai de grâce. Il en est de même pour le crédit *mourabaha*.

Il est en principe interdit de stipuler que la marge bénéficiaire est variable quand bien même elle est indexée au cours du bien vendu (si l'indice existe), l'indexation n'est valable que dans le crédit *ijara*. De même, il faut tenir compte des fluctuations du cours des devises si l'opération indique des prix, à différentes phases, libellés en monnaie différentes.

Le crédit *mourabaha* n'est pas conforme à la loi islamique si les charges de fonctionnement non liées à l'achat de la marchandise sont incluses dans le prix final de vente car elles peuvent générer un *gharar* quant à la connaissance du prix de revient réel de la marchandise.

Quant au crédit *salam* et *istisna*, il faut s'assurer de l'indépendance des contrats sous-jacents de vente et d'achat (par exemple, le *salam* doit être indépendant du parallèle *salam*), et aucun contrat ne doit conditionner un autre. Il n'est pas permis de stipuler une clause pénale dans le contrat de *salam* en cas de non livraison du bien, alors qu'il en va différemment dans le contrat d'*istisna* et de parallèle *istisna*. Contrairement au *salam*, le bien peut ne pas exister lors de la conclusion du contrat d'*istisna*.

Étant donné qu'il n'existe pas un seul modèle de surveillance conventionnelle, les autorités de surveillance ainsi que les pouvoirs publics français peuvent contrôler les dispensateurs de crédit islamique.

Section II) L'encadrement de la notion des opérations de crédit islamique par le droit français

242. – Sources, classification et surveillance. L'article L. 313-1 du Code monétaire et financier définit de manière extensive l'opération de crédit. C'est tout acte par lequel une personne met ou promet de mettre des fonds, à titre onéreux, à la disposition d'une autre personne. Sont des opérations les prêts civilistes, les découverts, la vente à tempéramment, ainsi que les crédits par signature, les crédits par mobilisation de créance, le crédit-bail et de manière générale les opérations de location assortie d'une option d'achat.

Cet article peut comprendre plusieurs formes d'opération de crédit islamique. En effet, une opération adossée à un bien réalise une succession de transaction dont le fait pour le banquier d'acquérir au comptant un bien puis de le revendre au client en lui accordant un délai de paiement : c'est le principal schéma de financement islamique adossé à la *mourabaha*.

Or, le crédit *salam* est une opération dont l'objet est la livraison d'un bien à terme en contrepartie du paiement au comptant. Mais, cette opération nécessite en matière de crédit la conclusion d'un contrat de *salam* parallèle entre le banquier et le client, alors que le premier contrat de *salam* est conclu entre le banquier et le vendeur initial.

S'agissant du crédit *istisna*, c'est une opération de crédit destinée à financer la fabrication ou la construction d'un bien.

Enfin, dans la catégorie des crédits fondés sur une vente, le *tawarruq* est une avance de fonds adossée temporairement à un bien.

Cet article L. 313-1 peut aussi encadrer les crédits adossés à une location de type islamique en ayant recours à l'*ijara*, l'*ijara muntahia biltamlik* ou l'*ijara wa iktina* selon que la promesse y est assortie ou non.

Si le prêt participatif est également une opération de crédit, pourquoi en sera-t-il différemment des crédits *moucharaka* ou *moudaraba* ?

Bien que les techniques de crédit soient si variées (adossement définitif ou temporaire à un bien, financement participatif), les crédits islamiques sont des mises à disposition de fonds qui doivent se fonder sur des dispositions législatives et réglementaires (§1). Ces textes contribuent alors à définir

une nouvelle catégorie d'opération de crédit (§2) qui doit également être soumise à la surveillance des établissements de crédit en France (§3).

§1) Les fondements juridiques français des opérations de crédit islamique

243. – Diversité de fondements juridiques français. Le droit français contient deux séries de dispositions servant de fondement aux opérations de crédit islamique : d'une part, celles qui ont une nature législative, parmi lesquelles l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier constitue le fondement originel (A). Cette disposition encadre une grande diversité de crédits qui sont similaires, mais pas identiques, aux crédits islamiques (B). C'est pourquoi, d'autre part, des instructions fiscales récemment publiées par la Direction Générale du Trésor et de la Politique Économique sont venues encadrer fiscalement les crédits islamiques. Ces textes les mentionnent explicitement malgré leur absence de normativité (C).

A) Le champ d'application de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier

244. – Fondement juridique « originel ». L'article L. 313-1 du Code monétaire et financier est le fondement juridique immédiat des opérations de crédit islamique. Il dispose que « *constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux, met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie. Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat* ». Cette définition figure à la première place du troisième chapitre du titre premier du Code monétaire et financier consacré aux opérations de banques et aux services de paiement. Cet article est cependant immédiatement suivi par les articles qui régissent le taux

d'intérêt légal, le taux d'intérêt conventionnel et le taux effectif global⁶⁰⁸. Est-ce qu'il ressort de cet agencement que le crédit est forcément grevé d'intérêt ?

La stipulation de l'intérêt est, en fait, une exception au principe de la gratuité du prêt en droit français. Par contre, dès lors qu'elle figure dans un contrat de crédit, le Législateur a pris soin de bien l'encadrer. La caractéristique d'un crédit est la nature onéreuse des mises à dispositions (1). Un courant doctrinal ne voit pas d'objection que cette nature onéreuse repose non pas sur une clause d'intérêt, mais sur une clause de participation (crédit participatif)⁶⁰⁹ ; laquelle peut être supplée ou accompagnée par une marge bénéficiaire résultant d'un contrat de vente ou de location (crédits adossés à un bien). Dès lors que des montages juridico-financier ne présentent pas cette caractéristique, ils sont exclus du champ d'application de cet article (2).

1) Le critère d'inclusion : la mise à disposition à titre onéreux de fonds

245. – Un critère flexible. En droit français, la notion d'opération de crédit englobe une variété de crédit mais dont l'unicité de la notion s'articule autour du critère de *mise à disposition onéreuse de fonds* : « *reposant ainsi sur la rémunération et sur la mise à disposition de fonds, l'opération de crédit apparaît comme une notion générique relativement à diverses espèces de contrats. Ces derniers ont chacun une cause et un objet spécifiques. Ils permettent néanmoins de réaliser une même opération : une opération de crédit. On peut définir l'opération de crédit comme une mise à disposition de fonds rémunérée. Cette notion nous paraît résumer parfaitement l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier dont la portée est générale* »⁶¹⁰. En poursuivant cette logique, l'opération de crédit islamique doit être qualifiée par le droit français de mise à disposition onéreuse de fonds en tenant néanmoins compte des particularités des régimes juridiques des contrats sous-jacents aux crédits islamiques⁶¹¹.

⁶⁰⁸ Articles L. 313-2 à L. 313- 5-1 du Code monétaire et financier.

⁶⁰⁹ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 38.

⁶¹⁰ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., édition 2009, n° 50 et suivants, spécialement n° 54 et 55 ; voir aussi C-J. Serhal, art. préc., p. 41.

⁶¹¹ Pour les régimes juridiques des opérations de crédit islamique, voir la seconde partie.

Plus précisément, la notion d'opération de crédit déborde la notion civiliste de prêt parce que le crédit peut se structurer grâce à différentes techniques juridiques autres que le prêt. Cela signifie que la notion d'opération de crédit est une notion étendue. Elle permet « *d'une part, la mise à disposition de monnaie, qu'elle soit scripturale ou fiduciaire ; d'autre part, la rémunération du prêteur ; et enfin, une obligation de restitution pour l'emprunteur bien que littéralement la loi n'en parle pas* »⁶¹².

246. – Droit commun : gratuité du prêt. En droit français, tout comme en droit musulman, le prêt⁶¹³ est en principe gratuit en vertu des articles 1874⁶¹⁴ et suivants du Code civil. Sont concernées deux catégories de prêt : le prêt à usage⁶¹⁵ et le prêt de consommation⁶¹⁶. S'agissant du prêt à usage⁶¹⁷, l'article 1876 du Code civil dispose qu'il « *est essentiellement gratuit* ».

De même pour le prêt de consommation en vertu de l'article 1892 qui dispose, *in fine* de « *rendre autant de même espèce et qualité* », ce qui signifie la restitution en équivalent.

Quatre règles les différencient : « *Les trois premières sont technique : l'objet des prêts, la date de la restitution, l'existence ou l'absence de transfert de propriété ; elles sont demeurées immuables. La quatrième, la plus importante, touche à l'esprit des deux contrats – la gratuité ou le profit ; elle demeure prononcée, mais évolue* »⁶¹⁸.

⁶¹² L. M. Martin, *Banques et Bourses, Traité de droit commercial*, Michel de Juglart et Benjamin Ippolito, Tome 7, Montchrestien, 1991, n° 218, p. 260.

⁶¹³ « *Étymologie du mot prêt : du verbe latin presto, are = fournir, mettre à la disposition* », in Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5^{ème} édition, 2011, n° 905.

⁶¹⁴ Article 1874 du Code civil : « *Il y a deux sortes de prêt :*

« *Celui des choses dont on peut user sans les détruire ;*

« *Et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait.*

« *La première espèce s'appelle "prêt à usage".*

« *La deuxième s'appelle "prêt de consommation", ou simplement "prêt" .*

⁶¹⁵ Articles 1875 du Code civil : « *Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi* ».

⁶¹⁶ L'article 1892 dispose que « *le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité* ».

⁶¹⁷ MM. Malaurie, Aynès et Gautier (*Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5^{ème} édition, 2011, n° 910) distinguent de manière bien particulière ces types de prêt : « *le prêt à usage peut porter sur toute espèce de biens – meubles ou immeubles – s'ils ne sont pas consommables, c'est-à-dire qu'ils se consomment pas par le premier usage. Au contraire, le prêt de consommation, comme le nom le suggère, porte sur les choses de genre consommables (et même non consommables, si l'emprunteur a le droit de les consommer). La chose la plus consommable est l'argent : le prêt de consommation est alors un prêt d'argent* ».

⁶¹⁸ Ibidem.

Le prêt de droit musulman, appelé « *qard* »⁶¹⁹, est également gratuit. Á certains égards, il a plutôt une nature philanthropique. En effet, le Coran enjoint plus exactement d'effectuer des « *qard hassan* », littéralement des « beaux prêts »⁶²⁰ au lieu de stipuler de l'intérêt. Juridiquement, la cause de ce contrat se trouve dans l'état de nécessité de l'emprunteur auquel répond la générosité du prêteur. Ce contrat dénote une accentuation des prescriptions religieuses islamiques dans la mesure où l'esprit du régime juridique des aumônes s'y greffe⁶²¹.

Cette idée se retrouve aussi en droit français pour le prêt à usage⁶²² parce qu'il est « essentiellement gratuit »⁶²³, et des auteurs le classait comme un « acte de bienfaisance »⁶²⁴. Il faut aussi souligner que l'article 1887 du Code civil est similaire à la Tradition de Mohamed relative aux six produits *ribawi*. Cet article dispose que « *si ce sont des lingots ou des denrées qui ont été prêtés, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix, le débiteur doit toujours rendre la même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela* ». Ici, il y a une convergence sur les modalités de restitution de la chose prêtée. L'égalité, ou l'équivalence, sont donc imposées par les deux droits.

Il en va de même pour le prêt de consommation qui « *ne peut porter que sur des choses consommables qui sont fongibles, c'est-à-dire interchangeables ; par exemple de l'or, du blé, des valeurs mobilières, de l'argent surtout, la chose fongible par excellence. L'emprunteur doit rendre en équivalent, non la même chose, mais une quantité identique de choses de la même qualité que celles qui lui avaient été prêtées, même si elles ont changé de valeur, en baisse ou en hausse* »⁶²⁵.

En fait, l'article 1895 est encore plus précis et rigoureux sur la nature de la restitution : « *l'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement* ».

⁶¹⁹ Voir supra, n° 40.

⁶²⁰ Voir par exemple les versets 12 de la 5^{ème} Sourate, 18 de la 57^{ème} Sourate ou 17 de la 64^{ème} Sourate.

⁶²¹ H. Döndüren, op. cit., p. 403.

⁶²² Voir pour le régime juridique du prêt à usage, Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y ; Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 910 à 918.

⁶²³ Le prêt à usage a un pendant en droit musulman : il s'agit de l'« *ariya* », Voir supra, note 330, et W. Al-Zuhayli, op. cit., p. 368 à 380 et 601 à 624.

⁶²⁴ P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y ; Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2^{ème} et 3^{ème} éditions, 2005 et 2007, n° 847.

⁶²⁵ Ibidem, 5^{ème} édition, n° 930.

Instituant aussi le principe du nominalisme monétaire⁶²⁶, le contrat de prêt peut stipuler des intérêts⁶²⁷.

246. – Prêt à intérêt. Si le droit musulman interdit formellement le prêt à intérêt, le droit français le permet. L'article 1905 du Code civil⁶²⁸ dispose qu'« *il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières* ». Il est à noter que, comme dans la Tradition sur les six produits « *ribawi* », les sommes d'argent ne sont donc pas les seules choses qui concourent à la genèse de l'intérêt.

Cette exception est devenue le principe en matière de crédit bancaire.

247. – Droit spécial : onérosité du crédit bancaire. En France, le rôle de la banque est particulier du fait que, d'une part, elle se situe au carrefour des missions d'intérêt général assignées par les lois et les règlements bien qu'elle effectue des actes de commerce⁶²⁹, et d'autre part, elle a un rôle de collecteur quasi-exclusif de fonds dont le monopole est assuré par lesdits lois et règlements⁶³⁰. Il est aujourd'hui inconcevable d'aller voir le banquier pour obtenir un prêt sans intérêt. C'est normal, devrions-nous penser, car il doit gagner sa vie.

Pour MM. Gavalda et Stoufflet, « *la qualification bancaire est subordonnée par l'article L. 313-1 au caractère onéreux de l'avance de fonds ou de l'engagement* »⁶³¹. Cet article n'exige pas la stipulation d'intérêt parce qu'il dispose que « *constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un*

⁶²⁶ Ibidem, n° 932 : « *Après avoir beaucoup hésité, la Cour de cassation a décidé que le texte n'avait rien de spécifiques au prêt d'argent, qu'il énonçait une règle générale applicable à toutes les obligations monétaires et surtout qu'il n'avait pas un caractère public* (Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1957, Guyot, Bull. civ., I, n° 302 ; D. 1957.649, note G. Ripert) ».

⁶²⁷ Il faut souligner que l'article 1904 du Code civil prévoit la perception d'intérêts en cas de non restitution de la chose prêtée : « *si l'emprunteur ne rend pas les choses prêtées ou leur valeur au terme convenu, il en doit l'intérêt du jour de la sommation ou de la demande en justice* ».

⁶²⁸ Créé par la Loi 1804-03-09 promulguée le 19 mars 1804.

⁶²⁹ L'article L. 110-1, 7°, du Code commerce classe les opérations de banque, dont les opérations de crédit, parmi la catégorie des actes de commerce. Quant aux contrats de crédit, « *ce sont, le plus souvent, des conventions commerciales. Très exactement des actes mixtes si le client de la banque (qui est, lui, généralement, un commerçant) est un civil (particulier, agriculteur, membre d'une profession libérale)* » (C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 520).

⁶³⁰ Articles L. 511-5 : « *il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel* ». Les articles L. 511-6 et L. 511-7 exposent les exceptions. En vertu de l'article L. 571-3 du Code Monétaire et financier, « *le fait, pour toute personne, de méconnaître l'une des interdictions prescrites par les articles L. 511-5 et L. 511-8 est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende* ». Voir aussi Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 4 et 204 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 53.

cautionnement, ou une garantie. Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat ». Bien que le contrat de crédit islamique ne stipule pas d'intérêt, il a un caractère onéreux qui repose sur une clause de profit ainsi que sur des commissions et d'autres formes de rémunération. Le profit résulte soit d'une clause de participation, soit d'une marge bénéficiaire, soit des deux à la fois.

248. – Notion extensive. Deux séries de considérations montrent que la notion est extensive au point d'encadrer des crédits islamiques. D'une part, M. Vasseur résume la notion de la manière suivante : « *si tout prêt est une opération de crédit, toute opération de crédit n'est pas un prêt* »⁶³². Cette position montre que l'opération de crédit peut se fonder sur d'autres contrats que les prêts. Rappelons à cet égard les précisions de M. Bonneau : « *l'opération de crédit apparaît comme une notion générique relativement à diverses espèces de contrats. Ces derniers ont chacun une cause et un objet spécifiques. Ils permettent néanmoins de réaliser une même opération : une opération de crédit. On peut définir l'opération de crédit comme une mise à disposition de fonds rémunérée. Cette notion nous paraît résumer parfaitement l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier dont la portée est générale* »⁶³³.

D'autre part, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI), ancienne dénomination de l'Autorité de contrôle prudentiel⁶³⁴, a souligné l'étendue de la notion : « *en France, la distribution de crédits est traditionnellement réservée aux banques ou à des établissements soumis aux mêmes règles de fonctionnement que celles-ci. Ainsi, la loi bancaire de 1984 ne s'applique-t-elle pas seulement aux entreprises qui collectent des dépôts dans un sens étroit du terme, mais à toutes les institutions qui distribuent d'une façon habituelle des prêts, quelle que soit l'origine des ressources remboursables utilisées à cet effet, l'ensemble de ces organismes étant englobé dans la notion d'établissement de crédit* »⁶³⁵. À l'instar de la notion de crédit, celle d'« établissement de crédit » est aussi étendue. Le CECEI a reconnu que « *la notion de crédit retenue par la loi est très large [en vertu] de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier* ». Dès lors, les différentes sortes de financements islamiques peuvent entrer dans le champ

⁶³¹ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 39.

⁶³² M. Vasseur, *Droit et économie bancaire, Les cours du droit, Institutions bancaires*, Fasc. I-A, 4^{ème} édition, 1985-1986, p. 74.

⁶³³ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., édition 2009, n° 50 et suivants, spécialement n° 54 et 55.

⁶³⁴ Depuis l'Ordonnance n°2010-76 du 21 janvier 2010.

⁶³⁵ Rapport annuel du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, 2007, p. 25 et suivants.

d'application de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, sous réserve de certains crédits obligatoirement gratuit, en droit musulman. Les « transferts de créance » et les garanties bancaires islamiques doivent être gratuits⁶³⁶.

Cette notion d'opération de crédit englobe également des opérations qui ne sont pas traditionnellement des mises à disposition de fonds : « *induites, notamment, par la levée des dernières mesures liées au contrôle des changes par le décret n° 2003-196 du 7 mars 2003 réglementant les relations financières avec l'étranger, les activités des prestataires de change sur Internet se sont développées. Ces prestataires fournissent des services de change scriptural au comptant avec effet de levier, activité qualifiable d'opération de crédit au sens de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier. L'effet de levier est constitué par une avance sur le montant des achats de devises, voire une remise de fonds à la disposition de la clientèle* »⁶³⁷. Bien que ce genre d'opération de change avec effet de levier soit qualifiable d'opération de crédit, ce genre de mise à disposition entre dans le champ de prohibition du *ribâ* parce que les contreparties ne sont que de sommes d'argent.

249. – Variétés de crédit. Que le crédit soit régi par le Code consommation, ou par le Code monétaire et financier, il peut se structurer de diverses manières, en se détachant du contrat de prêt. Sont aussi des opérations de crédit, la vente à tempérament ou à crédit, la location-vente, la location assortie d'une option d'achat (dont le crédit-bail), les ventes et les prestations de service dont le paiement est échelonné, différé ou fractionné⁶³⁸ ; sans oublier la constitution de garantie pour les besoins d'investissement mobilier ou immobilier, d'aval en pension en vue de mobiliser les crédits bancaires, des avances sur marchandises ou des avances sur des créances professionnelles⁶³⁹.

⁶³⁶ À cet effet, le CECEI a cité deux arrêts : « *l'un rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le 20 février 1984, l'autre par le Conseil d'État, le 8 juillet 1987, [sur le fondement desquels] constitue également une opération de crédit l'achat à titre habituel de créances non échues ou non encore exigibles, en ce qu'il permet au vendeur de recevoir immédiatement les sommes dont il n'était créancier qu'à terme* » ; et l'autre selon lequel « *en revanche, l'achat de créances échues, qui ne s'apparente pas à une opération de banque, peut être réalisé par des entreprises qui ne sont pas dotées du statut d'établissement de crédit* ». Alors même que ces deux arrêts autorisent la cession de créances, le droit musulman s'en écarte en raison de la prohibition de la vente (de la cession, de l'échange) des dettes contre d'autres dettes ayant la même nature.

⁶³⁷ Idem : « *Dans les offres relevant d'une logique spéculative, l'effet de levier proposé par chaque opérateur à sa clientèle constitue un élément essentiel de la prestation, la cause déterminante ayant motivé la conclusion du contrat* ».

⁶³⁸ Ibidem, p. 15 à 37.

⁶³⁹ Pour plus de détails sur ces techniques, voir Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., 2009, n° 490 à 743-1 ; C. Gavaldà et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., 2010, n° 519 à 1100.

250. – Crédit aux consommateurs, crédit aux entreprises et crédit islamique. Le droit français distingue les crédits consentis aux particuliers de ceux consentis aux professionnels en insistant notamment sur les droits et les obligations qui pèsent sur la banque⁶⁴⁰. C'est le Livre III du Code de la consommation qui est consacré à la protection des consommateurs. Une telle réglementation doit nécessairement s'appliquer aux crédits islamiques⁶⁴¹. Il faut aussi souligner que les parties peuvent se soumettre volontairement aux dispositions du Code de la consommation⁶⁴².

Le crédit islamique doit alors entrer dans la définition donnée par le 4° du nouvel article L. 311-1 du Code de la consommation : « *sont considéré comme opération ou contrat de crédit, une opération ou un contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire, à l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de bien de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiement échelonnés pendant toute la durée de la fourniture* ». Si ce texte qualifie de crédit le délai de paiement, mais il exclut le financement de la fourniture de service et biens. La différence n'étant pas aisée⁶⁴³, le 5° de l'article L. 311-1 du Code de la consommation définit le « contrat de crédit affecté » (ou contrat de crédit lié) comme étant « *le contrat servant exclusivement à financer un contrat relatif à la fourniture de biens particuliers ou la prestation de services particuliers ; ces deux contrats constituent une opération commerciale unique. Une opération commerciale unique est réputée exister lorsque le vendeur ou de le prestataire de service finance lui-même le crédit ou, en cas de financement par un tiers, lorsque le prêteur recourt aux services du vendeur ou du prestataire pour la conclusion ou la préparation du contrat de crédit ou encore lorsque le contrat de crédit mentionne spécifiquement les biens ou les*

⁶⁴⁰ Pour les régimes juridiques, voir Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 490 à 783-1, spéc. n° 703 à 731 pour les crédits aux consommateurs ; C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, n° 516 à 1100, spéc. n° 706 à 771 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., 5^{ème} édition, n° 952 à 958 pour la protection des consommateurs ; R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, Dalloz action, 3^{ème} édition, 2011-2012, n° 421-11 à 421-85 pour les crédits à la consommation.

⁶⁴¹ Les articles L. 311-1 et suivants régissent le crédit mobilier et les articles L. 312-1 à L. 312-36 le crédit immobilier. Précisons aussi que le Code de la construction et de l'habitation s'applique aux crédits liés à la construction et à l'amélioration des immeubles.

⁶⁴² Cass. 1^{ère} Civ., 6 juillet 1988, D. 1988, Sommaire 405, obs. Aubert.

⁶⁴³ Voir la Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation ; aussi la Directive crédit à la consommation (n° 2008/48/CE du Parlement et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs, JO L 133 du 22 mai 2008, p. 66) qui a une acception large de l'opération de crédit puisque la directive vise les crédits liés au délai de paiement consenti sans frais pour le règlement d'une dette existante.

services concernés ». Ainsi, un crédit adossé à la vente d'un bien (*mourabaha, salam*) doit être régi par cette dernière disposition. Il sera alors soumis à un formalisme particulier, l'octroi de crédit est précédé d'une offre de crédit⁶⁴⁴, notamment pour indiquer le taux de l'intérêt⁶⁴⁵, obligation à laquelle doit aussi se soumettre le dispensateur de crédit islamique, même si sa rémunération sera indiquée par un taux de profit.

En tout état de cause, l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier reste le fondement juridique des crédits islamiques. Prenons, d'abord, le cas du contrat de *mourabaha* grâce auquel la banque achète à un vendeur un bien mobilier ou immobilier sur ordre du client en vue de le lui revendre avec une marge préalablement fixée. Alors même que le droit fiscal préserve son autonomie par rapport au droit civil, et aussi par rapport au droit bancaire, l'Administration fiscale française l'avait qualifié de « vente à tempérament », mais aussi d'opération de crédit⁶⁴⁶. Cette opération repose sur deux contrats de vente : une vente ordinaire entre le banquier et le vendeur, et une vente *mourabaha* entre le banquier et le client. Cette dernière vente transfère immédiatement la propriété du bien au client qui rembourse l'avance de fonds selon un échéancier fixé par les parties. Il s'agit du remboursement du principal augmenté d'une marge bénéficiaire. Ainsi, le crédit *mourabaha* est qualifiable de mise à disposition onéreuse de fonds au sens de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier⁶⁴⁷.

En ce qui concerne le crédit *ijara*, il doit être aussi être assimilé à une opération de crédit à l'instar de la location assortie d'une option d'achat et du crédit-bail au sens du second alinéa de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier⁶⁴⁸. De même, les crédits *moucharaka* et *moudaraba* sont également qualifiables d'opération de crédit, voire de prêt participatif⁶⁴⁹.

En revanche, sont exclus les prêts sur gage consentis par les Caisses de crédit municipal bien qu'ils soient des contrats de droit privé, CA Paris, 7 août 2000, D. 2000, AJ. 425, obs. Avena-Robardet ; voir P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, op.cit., 2007, n° 953 ; voir aussi JCP Entreprise et Affaires, 30 avril 2009, n° 18, Gérard Notté, p. 4 et suivant.

⁶⁴⁴ Article L. 311-11 du Code de la consommation : « *L'offre de contrat de crédit est établie par écrit ou sur un autre support durable. Elle est remise ou adressée en autant d'exemplaire que de parties et, le cas échéant, à chacune des cautions* ».

⁶⁴⁵ Article L. 313-2 du même Code.

⁶⁴⁶ Direction Générale des Finances Publiques, Instruction fiscale, 4 FE / 09, Bulletin Officiel des Impôts, n° 22, 25 février 2009 ; voir aussi I. Z. Cekici, *Développement de la finance islamique en France : les premiers de l'Administration fiscale*, Revue Lamy Droit des Affaires, février 2009, n° 35, p. 77.

⁶⁴⁷ Pour la qualification juridique des financements islamiques, voir infra, n° 595 – 599.

⁶⁴⁸ En vertu de l'alinéa 2 de l'article L. 311-2 du Code de la consommation, « *la location-vente et la location avec option d'achat sont assimilées à des opérations de crédit* ».

⁶⁴⁹ Article L. 313-13 du Code monétaire et financier.

251. – Information sur la rémunération. Selon M. Bonneau, « *la protection de la clientèle est assurée pour les opérations soumises à la loi française par les règles relatives au taux d'intérêt. Ces dernières sont générales alors que les autres règles sont spécifiques soit aux entreprises, soit aux consommateurs* »⁶⁵⁰. Le droit français n'aura-t-il pas alors des difficultés à régir des crédits sans intérêt si la protection des consommateurs se fonde principalement sur les règles relatives au taux d'intérêt ? Bien que le profit et l'intérêt n'aient pas la même nature juridique, il conviendra de tenir compte de leur objectif dans une opération de crédit. Ils servent tous les deux à rémunérer des banquiers. Il faut par contre savoir quelles règles encadrent la rémunération d'un banquier islamique, ainsi que le régime des contrats sous-jacents⁶⁵¹.

L'alinéa 5 de l'article L. 313-3 du Code monétaire financier s'appliquera probablement aux crédits islamiques. Il condamne l'usure dans les crédits destinés aux consommateurs⁶⁵². Le taux d'usure se fonde sur le taux effectif global (TEG) défini par l'article L. 313-4 du même Code⁶⁵³. Un taux supérieur au tiers du TEG est usuraire.

⁶⁵⁰ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 687.

⁶⁵¹ Voir infra, n° 528 et 866.

⁶⁵² « *La définition du taux de l'usure est fixée par l'article L. 313-3 du code de la consommation, ci-après reproduit : " Art. L. 313-3. - Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'autorité administrative après avis du Comité consultatif du secteur financier.*

« Les crédits accordés à l'occasion de ventes à tempérament sont, pour l'application de la présente section, assimilés à des prêts conventionnels et considérés comme usuraires dans les mêmes conditions que les prêts d'argent ayant le même objet.

« Les conditions de calcul et de publicité des taux effectifs moyens visés au premier alinéa sont fixées par la voie réglementaire.

« Les dispositions du présent article et celles des articles L. 313-4 à L. 313-6 ne sont pas applicables aux prêts accordés à une personne physique agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale ».

⁶⁵³ « *Les règles relatives au taux effectif global des crédits sont fixées par les articles L. 313-1 et L. 313-2 du code de la consommation ci-après reproduits : " Art.L. 313-1-Dans tous les cas, pour la détermination du taux effectif global du prêt, comme pour celle du taux effectif pris comme référence, sont ajoutés aux intérêts les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaires intervenus de quelque manière que ce soit dans l'octroi du prêt, même si ces frais, commissions ou rémunérations correspondent à des débours réels.*

« Toutefois, pour l'application des articles L. 312-4 à L. 312-8, les charges liées aux garanties dont les crédits sont éventuellement assortis ainsi que les honoraires d'officiers ministériels ne sont pas compris dans le taux effectif global défini ci-dessus, lorsque leur montant ne peut être indiqué avec précision antérieurement à la conclusion définitive du contrat.

« En outre, pour les prêts qui font l'objet d'un amortissement échelonné, le taux effectif global doit être calculé en tenant compte des modalités de l'amortissement de la créance.

« Un décret en Conseil d'Etat déterminera les conditions d'application du présent article ».

Art.L. 313-2- Le taux effectif global déterminé comme il est dit à l'article L. 313-1 doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt régi par la présente section.

« Toute infraction aux dispositions du présent article sera punie d'une amende de 4 500 euros ».

Les banquiers doivent indiquer le TEG dans tout acte de prêt pour informer sur le coût du crédit⁶⁵⁴, ce qui nous permet d'affirmer que le crédit *mourabaha*, et par voie de conséquence les autres formes de crédits adossés à un bien, pourront aussi être qualifiés d'usuraires si la marge bénéficiaire excède du tiers le TEG applicable à ces crédits. L'alinéa 2 de l'article L. 313-3 du Code de la consommation qui dispose que « *les crédits accordés à l'occasion de ventes à tempérament sont, pour l'application de la présente section, assimilés à des prêts conventionnels et considérés comme usuraires dans les mêmes conditions que les prêts d'argent ayant le même objet* » réconforte notre position⁶⁵⁵.

Il convient aussi de voir que certaines transactions, bien que proches des mécanismes de crédit, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier.

2) Les opérations exclues du champ d'application de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier

Pour illustrer les opérations qui ne peuvent pas être qualifiées de crédit, nous allons prendre le cas de la location financière et du portage.

252. – Location financière. L'ancien CECEI avait indiqué que « *la location financière*⁶⁵⁶, pour sa part, ne constitue pas une opération de crédit »⁶⁵⁷, ce qui doit conduire à limiter la structuration de ce genre d'opération par le biais de l'*ijara*. Ce dernier est un contrat de louage, mais qui ne deviendrait une opération de crédit-bail que lorsqu'il est assorti d'une promesse de vente⁶⁵⁸.

253. – Portage. L'opération de portage peut constituer une opération de crédit. C'est une opération selon laquelle un donneur d'ordre demande l'acquisition de titres à un porteur qui l'accepte mais ce

Voir aussi le Chapitre II de cette partie, consacrée à la rémunération du banquier.

⁶⁵⁴ Article L. 313-2 du Code de la consommation.

⁶⁵⁵ Voir infra, n° 391 – 399.

⁶⁵⁶ Le site Vernimmen.net en donne une définition : « *La location financière ou Operating lease est une location longue durée d'un bien sans que l'entreprise ne dispose de la faculté de l'acquérir après une période d'utilisation donnée. Contrairement au crédit-bail, cette activité n'est pas soumise à la réglementation bancaire. Forme dérivée du crédit-bail (qui est soumis à la réglementation bancaire), la location financière longue durée sans Option d'achat (Operating lease en français) n'est pas soumise à la réglementation bancaire et elle est très utilisée dans certains secteurs (informatique, transports....)* » (http://www.vernimmen.net/html/glossaire/definition_location_financiere.html).

⁶⁵⁷ Idem

⁶⁵⁸ Voir infra, n° 695 et suivants.

dernier s'engage par écrit à céder ces mêmes titres à une date et pour un prix fixé à l'avance à une personne désignée (au donneur d'ordre ou à un tiers)⁶⁵⁹. Il existe un double transfert de propriété parce que le porteur – qui peut être un établissement de crédit – n'acquiert que temporairement les titres⁶⁶⁰ parce qu'il doit rétrocéder les titres au donneur d'ordre. Il sert notamment à faciliter les introductions en bourse, les augmentations de capital, en portant les titres jusqu'à la veille de l'introduction ; à débloquer un conflit entre actionnaires égalitaires en introduisant temporairement, au sein de la société, un tiers à qui des titres sont vendus, à charge d'être rétrocédés lorsque le conflit a pris fin. Ce sont généralement des prises de participation temporaires.

Selon MM. Cozain et Viandier, et Mme Deboissy, « *juridiquement, le portage est un contrat sui generis – ni vente, ni prêt, ni société, ni dépôt – dans lequel l'élément caractéristique est la prestation fournie par la banque aux clients* »⁶⁶¹. Lorsque le donneur d'ordre s'engage irrévocablement à acheter les titres, « *la convention de portage pourra être appréhendée comme un simple contrat de prêt de la part de l'établissement de crédit qui, en garantie du remboursement des sommes avancées, se ferait remettre des titres qu'il ne restituera que lorsqu'il aura été remboursé* »⁶⁶². C'est donc un instrument hybride entre le prêt et la prise de participation, qui peut aussi être qualifié de fiducie-gestion où le contrat peut indiquer le sens de l'exercice du droit de vote, et de la perception des dividendes. Le banquier peut alors percevoir « *une rémunération forfaitairement fixée, majorée d'un intérêt calculé prorata temporis* »⁶⁶³. Cette transaction ne sera pas conforme à la loi islamique pour la raison évidente de la genèse du *ribâ*. Elle l'est aussi en raison de la prohibition des ventes où le prix est payé à terme, et la chose est livrée à terme.

Entre le portage et l'opération de crédit, il existe ainsi deux différences tenant aux modalités d'exécution des engagements des parties. D'abord, l'élément central se trouve être le transfert de propriété des titres. Il doit être effectif malgré un transfert temporaire. Puis, la rémunération intervient dans la qualification d'opération de crédit.

Si la Cour de cassation considère que « *l'opération consistant à acheter et à revendre avec paiement du prix à terme mais sans stipulation retardant le transfert de propriété n'est pas une opération de*

⁶⁵⁹ Cornu, Vocabulaire juridique, PUF.

⁶⁶⁰ Voir Th. Bonneau, op. cit. n° 778 ; J.-M. Moulin, *Droit de l'ingénierie financière*, op. cit., p. 122 et s ; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 24^{ème} édition, Paris, 2011, n° 140.

⁶⁶¹ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1512.

⁶⁶² J.-M. Moulin, op. cit., p. 123.

⁶⁶³ Ibidem, p. 122.

crédit »⁶⁶⁴, le portage peut néanmoins dissimuler une opération de prêt lorsque d'une part, le transfert de propriété est extrêmement « temporaire » ; et, d'autre part, l'opération est affectée d'un terme. En l'espèce, selon M. X. Lucas, « *il n'y a pas de portage mais un simple tour de passe-passe destiné à masquer une mise à disposition de fonds rémunérée par un intérêt, c'est-à-dire une opération de crédit* »⁶⁶⁵. Tant que le portage n'est pas qualifié d'opération de crédit, il n'est soumis ni à la législation sur l'usure, ni sur le monopole des établissements de crédit.

Les opérations de crédit sont donc assez diverses qu'une classification est nécessaire pour trouver la meilleure qualification des crédits islamiques.

B) La prise en compte de la classification des opérations de crédit en droit français

254. – Diversité des crédits en droit français. La diversité des opérations de crédit est une réalité caractérisée en France parce qu'elle comprend, outre les crédits adoptant les caractéristiques du prêt à la consommation régi par le Code civil, la location assortie d'une option d'achat, le crédit-bail, les crédits par signature, les crédits par mobilisation de créances, ainsi que les crédits affectés, les crédits gratuits, les crédits promotionnels, les prêts participatifs, certaines opérations de portage et certaines formes de fiducie. Cette liste n'est pas exhaustive.

Cependant, ces opérations diffèrent par leur durée et/ou par la destination des fonds⁶⁶⁶ dans la mesure où le crédit s'adapte aux demandes des emprunteurs. Il peut prendre la forme par exemple d'une avance de fonds pour les besoins de trésorerie (à court terme) et pour des acquisitions et/ou des investissements (à long terme) desquels découle la pérennité d'une entreprise. Deux critères concourent cependant à classer les opérations de crédit.

⁶⁶⁴ Cass. Com., 23 janvier 2007, Sté Axa France IARD c/ sté Documentation information région Auvergne (DICRA), RTD com., Avril-juin 2007, Chron. D. Legeais ; Rev. Société 2007. 315, obs. Viandier ; Droit des sociétés, mai 2007, note Th. Bonneau, p. 33 ; et D. 2007, p. 514, note X. Delpech.

⁶⁶⁵ F.-X. Lucas, note sous Cass. Com., 23 janvier 2007, SA Axa France c/ DICRA, Bull. Joly Sociétés, mai 2007, p. 613. Tant que le portage n'est pas qualifié d'opération de crédit, il n'est soumis ni à la législation sur l'usure, ni sur le monopole des établissements de crédit.

255. – Premier critère de classification : la durée du crédit. Le premier critère est temporel. Il permet de décliner les crédits à court, à moyen et à long terme⁶⁶⁷. Les crédits islamiques peuvent naturellement être classés selon leur durée. Par exemple, le crédit *salam* qui, lorsqu'il est combiné au contrat de parallèle *salam*, permet à une banque islamique de mettre « immédiatement » des fonds à la disposition du client en contrepartie de la livraison à terme d'un bien.

De manière générale, une mise à disposition de fonds qui procure un avantage immédiat englobe le prêt au sens civiliste qui regroupe également les prêts obéissant à des régimes particuliers tels que le prêt participatif, le crédit-bail ainsi que le crédit par mobilisation des créances. Ce sera le cas aussi des crédits adossés à un actif et les crédits participatifs lorsque les clients ont un avantage, financier ou non, immédiat.

Concernant la mise à disposition future de fonds, elle comprend entre autre l'ouverture de crédit, l'épargne logement et le crédit différé. Concernant les deux derniers, le banquier s'engage irrévocablement à mettre à la disposition des clients, à une date ultérieure, des fonds parce qu'ils ont épargné pendant un laps de temps.

256. – Second critère de classification : la nature de l'engagement du banquier. Ce critère nous renseigne sur la nature « certaine » ou « éventuelle » de la mise à disposition de fonds. Une mise à disposition éventuelle de fonds correspond aux crédits par signature, c'est-à-dire une garantie que la banque offre aux créanciers de son client. Sont compris dans cette catégorie le cautionnement, l'aval, et les différentes formes de garantie.

257. – Quatre catégories de crédit en droit français. Ces critères ne permettent pas toutefois d'avoir un régime commun des opérations de crédit. Par exemple, le contrat de crédit à la consommation diffère dans ses conditions de validité du contrat du crédit immobilier, ou des crédits par mobilisation de créance.

La combinaison des deux critères de classification a conduit le Professeur Bonneau à les classer selon qu'elles procurent un avantage « immédiat » (1), « futur » (2) ou « éventuel » (4) au client⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ Th. Bonneau, op. cit., n° 56 et s ; voir aussi la classification des MM. C. Gavalda et J. Stoufflet, op.cit, qui les classent selon la durée des crédits, et selon qu'ils ont octroyé sur le territoire français ou sur les territoires d'autres États.

⁶⁶⁷ C'est la classification retenue par MM. C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. n° 639 à 904.

⁶⁶⁸ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 52 : « paiement anticipé d'une créance, [à] l'obtention d'un prêt ou d'une promesse de prêt, ou encore une garantie accordée par la banque afin de faciliter la réalisation d'une opération » ; voir aussi p. 500 et suivants pour un exposé détaillé.

Bien que nous adoptions la même classification, il sera aussi question du crédit par mobilisation de créance (3).

1) Les mises à dispositions immédiates de fonds de droit français et les crédits islamiques

258. – Trois catégories de mise à disposition immédiate de fonds. Voyons successivement, dans une logique de rapprochement des techniques de droit français et de droit musulman, le prêt au sens civiliste (a), le prêt participatif régi par le Code monétaire et financier (b), et le crédit-bail (c)⁶⁶⁹.

a) Le prêt régi par le Code civil : le socle des crédits en droit français

259. – Du droit commun au droit spécial. Le prêt pur et simple réglementé par les articles 1874 et suivants constituent le socle à partir duquel le Législateur à instituer les régimes juridiques particuliers du crédit à la consommation et du crédit immobilier. Le prêt est un contrat synallagmatique qui comprend deux engagements : l'engagement du banquier de prêter de l'argent, et l'engagement du client de les restituer⁶⁷⁰. La réciprocité des engagements caractérise un prêt au sens civiliste, ce qui est aisément transposable au crédit islamique. La différence se trouve cependant sur la nature de la rémunération du banquier.

260. – Insuffisance de la technique du prêt pour avancer des fonds. En réalité, le droit commun des opérations de crédit déborde celui du droit commun des prêts prévus par le Code civil. C'est aussi à partir de ce socle juridico-financier que les opérations de crédit islamique trouveront un fondement juridique français. Il s'agit particulièrement de *l'ijara* qui a les mêmes caractéristiques que le crédit-bail, de la *mourabaha* dont la finalité réside non seulement dans l'acquisition des actifs réels et durables, voire non amortissables, mais aussi pour alimenter la trésorerie et les besoins des entreprises par le biais du financement des équipements.

⁶⁶⁹ Pour la qualification juridique des crédits islamiques en droit français, voir infra, n° 591 – 594, 714 – 715, 863 et 867.

⁶⁷⁰ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1100 à 1285, spéc. n° 1110 à 1170 pour le prêt d'argent.

Le prêt simple ne constituant pas l'unique façon de mettre des fonds à la disposition, le Législateur a tenu compte de la stipulation d'une clause de participation dans le prêt participatif.

b) Le prêt participatif et le crédit participatif islamique

261. – Un champ d'application limité. Depuis la loi n° 78-741 du 13 juillet 1978, le droit français a poursuivi sa politique de diversification de la nature des prêts. Les articles L. 313-13 et suivants du Code monétaire et financier régissent le prêt participatif en vue d'accompagner ou d'accélérer la croissance des petites et moyennes entreprises disposant peu de fonds propres malgré des perspectives de développement. Selon MM. Delebecque et Germain, ce sont de véritables prêts d'une durée limitée : les premiers prêts ont été accordés par l'État par l'intermédiaire du Fonds spécial d'adaptation industrielle et du Comité interministériel pour le développement industriel et le soutien de l'emploi⁶⁷¹.

La rémunération du banquier provient d'une part des intérêts, et d'autre part, des bénéfices liés au résultat de l'entreprise. Si l'on écarte la première modalité de rémunération, ou bien si on la remplace par une marge bénéficiaire, les différents types de crédits participatifs disposeraient d'un fondement juridique en droit français. Mais nous verrons que cela présente cependant quelques difficultés pour appliquer entièrement son régime juridique⁶⁷².

Il en va de même pour les opérations fondées sur la location.

c) La location assortie d'une option d'achat et le crédit-bail

262. – Distinction et similarité entre la location assortie d'une option d'achat et le crédit-bail.

Une précision d'ordre terminologique s'impose pour distinguer le crédit-bail de la location avec option d'achat. Le premier est destiné à l'acquisition de biens (meubles ou immeubles) à usage professionnel⁶⁷³ en combinant les règles régissant la location, la vente, les sûretés et le mandat alors

⁶⁷¹ Ph. Delebecque et M. Germain, *Traité de droit commercial*, op. cit., n° 2420-1.

⁶⁷² Voir infra, n° 867 et suivants.

⁶⁷³ Articles L. 313-7 et suivants du Code monétaire et financier.

que le second concerne des biens destinés aux non-professionnels pouvant emprunter les mêmes techniques que le premier.

Par exemple, la Cour de cassation a jugé que la location assortie d'un bon de commande est assimilée à une opération de crédit régie par le Code de la consommation⁶⁷⁴.

Le crédit bancaire est certainement l'archétype de la mise à disposition immédiate d'une somme d'argent à un client alors que le crédit-bail permet au client de jouir d'un bien pendant la période de location. À échéance, la propriété du bien peut lui être transférée s'il lève l'option d'achat. Ce type d'opération, ainsi que de location assortie avec une option d'achat, s'insèrent dans la catégorie des mises à dispositions immédiates de fonds au regard des finalités économiques et financières, alors que les fonds ne sont pas remis au client, mais à un fournisseur. Ce sont des opérations offrant la faculté d'acquérir un bien à la suite de leur location par l'intermédiation généralement d'une société de crédit-bail ayant le statut d'un établissement de crédit.

Selon M. Bonneau, « le *montant du loyer rémunère à la fois l'avance de fonds et la mise à disposition : il doit être versé par le crédit-preneur au crédit-bailleur pendant toute la durée de la location qui correspond à celle de la vie économique du bien loué* »⁶⁷⁵. Le crédit-bail est donc une location assortie d'une promesse de vente, moyennant le paiement de loyers. C'est un moyen de financer des investissements sans apport en fonds propres et de permettre leur amortissement accéléré.

Le crédit *ijara* et ses variantes peuvent être qualifié en crédit-bail ou en location assortie d'une option d'achat. Toutefois, des éléments caractéristiques de la qualification les éloignent tels que la clause d'intérêt, les clauses de non recours ou d'exonération de responsabilité⁶⁷⁶.

263. – Distinction du crédit-bail d'avec les autres techniques. Il convient également de distinguer le crédit-bail de deux autres techniques juridiques : d'une part, il diffère du bail ordinaire, que le Code civil nomme « louage »⁶⁷⁷, parce que le bien est acheté au nom du crédit-bailleur et le crédit-preneur est intéressé par la garantie du vendeur alors que le bail ne contient pas de promesse d'achat⁶⁷⁸. D'autre part, le crédit-bail n'est pas une vente à tempérament parce que cette dernière

⁶⁷⁴ Cas. 1^{ère} Civ., 19 juin 1990, BC I, n° 173.

⁶⁷⁵ Th. Bonneau, op. cit., n° 543.

⁶⁷⁶ Voir infra, n° 698 et suivants.

⁶⁷⁷ Article 1709 du Code civil : « *Le louage des choses est un contrat par lequel l'une partie s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci oblige à lui payer* ».

⁶⁷⁸ Voir A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 502 et suivants.

transfert immédiatement la propriété du bien alors que le transfert de propriété en matière de crédit-bail est subordonnée à la levée de l'option⁶⁷⁹.

Outre le fait de mettre immédiatement des fonds ou des biens à la disposition du client, une banque peut promettre de le faire.

2) Les mises à dispositions futures de fonds : la promesse de crédit

264. – Trois types de promesse de prêt. Il existe trois sortes de promesse de crédit. C'est en fait l'intensité de l'engagement du banquier qui constitue un critère de distinction entre les ouvertures de crédit (a), les comptes et les plans épargne-logement (b) et le crédit différé (c).

a) L'ouverture de crédit

265. – Variété d'ouverture de crédit. En vertu de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier⁶⁸⁰ et en vertu de l'article 311-1, 4° du Code de la consommation, l'ouverture de crédit est une opération de crédit. Souvent « *dissimulée dans le pot-pourri des « concours » et des « avances » bancaires, effeuillée en pétales nommés « autorisation de découvert », « accord de mobilisation », « réserve de crédit », etc., ou piquée dans le bouquet des « crédits de trésorerie »*⁶⁸¹, l'ouverture de

⁶⁷⁹ Ibidem, n° 1253 : « lorsque le vendeur consent un crédit non plus à un professionnel mais à un consommateur, on parle volontiers de vente à tempérament : le consommateur échelonne sur une certaine période le paiement du prix, augmenté des intérêts » (...) « (elle) n'est cependant pas illégale (l'article 3 de la loi du 24 janvier 1984 ne la cite pas parmi les opérations de crédit et l'article 12-1° permet expressément à tout vendeur ou prestataire de service de consentir des délais de paiement) ». S'appliquent cependant le régime de l'usure prévu « par l'article L. 313-3 du Code de la consommation qui assimile expressément les ventes à tempérament à des prêts ».

⁶⁸⁰ Article L. 313-12 du Code monétaire et financier : « Tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. Ce délai ne peut, sous peine de nullité de la rupture du concours, être inférieur à soixante jours. Dans le respect des dispositions légales applicables, l'établissement de crédit fournit, sur demande de l'entreprise concernée, les raisons de cette réduction ou interruption, qui ne peuvent être demandées par un tiers, ni lui être communiquées. L'établissement de crédit ne peut être tenu pour responsable des préjudices financiers éventuellement subis par d'autres créanciers du fait du maintien de son engagement durant ce délai.

« L'établissement de crédit n'est pas tenu de respecter un délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise.

« Le non-respect de ces dispositions peut entraîner la responsabilité pécuniaire de l'établissement de crédit ».

⁶⁸¹ Didier R. Martin, *De l'ouverture de crédit*, Rev. dr. banc. et fin., n° 2, mars-avril 2004, p. 134.

crédit offre au client l'éventualité d'une mise à disposition de fonds⁶⁸². Selon la Cour de cassation, elle « *constitue une promesse de prêt, donn[ant] naissance à un prêt, à concurrence des fonds utilisés par le client* »⁶⁸³. Selon MM. Ph. Delebecque et M. Germain, elle est définie comme étant « *une convention par laquelle un banquier s'engage à mettre à la disposition d'un de ses clients, pour un temps déterminé ou indéterminé, un certain crédit dont le bénéficiaire usera à sa guise soit en touchant les fonds, soit en tirant une traite ou un chèque sur le banquier* »⁶⁸⁴. Les auteurs précisent que le contrat d'ouverture de crédit est un « *contrat innomé qui a un objet spécial : un crédit à consentir. Ce n'est pas un prêt*⁶⁸⁵, ni même un prêt conditionnel, car on ne peut mettre l'objet du contrat sous la forme d'une condition. Ce n'est pas exactement un prêt d'argent consenti par un professionnel du crédit, parce que le crédit n'est pas réalisé nécessairement sous forme de prêt, et notamment lorsqu'il est ouvert en compte courant, le client l'utilise comme il l'entend⁶⁸⁶. La convention porte sur un crédit à réaliser par les moyens les plus divers »⁶⁸⁷.

Lorsque le client exerce son « droit de tirage », cela opère, selon M. Didier R. Martin, « *une mutation juridique de la convention d'ouverture de crédit à un prêt correspondant à un glissement d'amont en aval : de la promesse de prêt ; la levée de l'option formant une ligne de démarcation des phases de grossesse de l'une, et de mise bas de l'autre. Sauf complication de l'accouchement, le prêt naît juridiquement vivant et viable par la seule volonté d'emprunter du bénéficiaire ; laquelle, jointe au consentement symétrique de prêter, que manifeste la promesse, parfait l'accord créateur du prêt. La fleur a donné son fruit* »⁶⁸⁸. Ce processus joliment décrit n'est pas unidirectionnel parce que l'auteur souligne aussi que les parties peuvent y recourir autant qu'elles le souhaitent. C'est donc un processus de création juridique qui, mis bout à bout, conduit à une opération de crédit reconstituable.

⁶⁸² C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 533 : « *L'octroi effectif du crédit est souvent précédé dans la pratique d'un engagement bancaire qui reçoit la dénomination d'ouverture de crédit. Cette formule désigne, en fait, plusieurs combinaisons juridiques différentes. Dans certains cas, les deux parties sont définitivement engagées. Seule la théorie du contrat réel, inapplicable aujourd'hui aux crédits bancaires dans le dernier état de la jurisprudence, pouvait retarder la formation de la convention de crédit jusqu'à la remise de fonds. Dans d'autres cas, il n'existe qu'une promesse unilatérale. Le banquier est engagé, tandis que le client est libre d'utiliser ou non le crédit qui lui a été accordé qui peut être aussi bien un crédit par signature qu'une avance de fonds. La convention de crédit ne se forme qu'à la date d'utilisation du crédit par le bénéficiaire de la promesse. Cette combinaison se rencontre notamment pour les découverts* ».

⁶⁸³ Cass. Com., 21 janvier 2004, Bull. civ., IV, n° 13.

⁶⁸⁴ Ph. Delebecque et M. Germain, op. cit., n° 2377.

⁶⁸⁵ Cass. com., 6 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 116 ; JCP, 1997, éd. E., 996, note Legeais.

⁶⁸⁶ comp. Cass. com., 17 mai 1982, Bull. cas., 4, n° 181 ; D. 1983, IR, obs. Vasseur.

⁶⁸⁷ PH. Delebecque et M. Germain, op. cit., n° 2378.

⁶⁸⁸ Didier R. Martin, *De l'ouverture de crédit*, art. préc., p. 135.

266. – « Promesse ferme de crédit ». L'ouverture de crédit est donc une promesse de contrat, une promesse d'accorder un crédit. Elle est soit un contrat unilatéral qui oblige seulement le banquier à s'exécuter car il est débiteur d'une promesse irrévocable⁶⁸⁹, soit un contrat synallagmatique parce que le client s'engage à rémunérer le banquier en contrepartie de sa promesse, sous forme de commissions d'engagement ou de confirmation. Souvent, la preuve de l'existence d'un tel contrat est difficile à apporter. Les juges prennent en compte comme élément de preuve la perception d'intérêt et/ou de commission en dehors de la commission de découvert qui à elle seule ne suffit pas parce qu'un élément de répétition doit apparaître⁶⁹⁰.

Pour M. Lucien M. Martin, cette catégorie implique un engagement ferme du banquier à consentir un découvert ou une avance en compte courant qui sont utiles pour les financements à court et à moyen terme⁶⁹¹. Elle est destinée indistinctement au particulier et au professionnel, ce dernier devant souvent verser des commissions dites d'engagement ou de confirmation. La pertinence de l'ouverture de crédit s'appréciera au regard du compte de résultat et de la structure de l'exploitation⁶⁹².

L'ouverture de crédit comprend alors le découvert et les facilités de caisse, où l'intérêt est prélevé sur les soldes provisoires des comptes bancaires. Il est rarement au profit du client lorsque le compte est créditeur ; mais il est au profit de l'établissement de crédit lorsque le compte est débiteur⁶⁹³. Pour que les intérêts soient prélevés, sa stipulation expresse est exigée⁶⁹⁴ en vertu de l'article 1907 alinéa 2 du Code civil, ou encore de l'article L. 313-2 du Code de la consommation. À défaut, aucun intérêt ne peut être prélevé et le taux appliqué par la banque peut être substitué par le taux légal. Comme un écrit est nécessaire pour fixer le taux conventionnel, la nullité de la stipulation des intérêts conventionnels est encourue à défaut de cette condition formelle⁶⁹⁵.

⁶⁸⁹ *Idem.*

⁶⁹⁰ Pour plus de détail, voir Th. Bonneau, *op. cit.*, n° 502 à 506-1.

⁶⁹¹ L. M. Martin, *Banques et bourses, Traité de droit commercial*, *op.cit.*, p. 276.

⁶⁹² Il en est de même si le client et la banque ont signé une sorte de convention cadre pour encadrer les opérations comme l'escompte ou les lettres de crédits commerciaux, ce qui est proche des « *multiple options financing facilities* ». Lorsque ces opérations sont prises isolément, nous pouvons les intégrer dans les deux dernières catégories qui sont les crédits par mobilisation de créance et les crédits par signature.

⁶⁹³ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, n° 377 à 380.

⁶⁹⁴ Cass. Com., 4 décembre 1990, Banque n° 514, mars 1991, obs. Rives-Lange.

⁶⁹⁵ Voir sur la mention écrite du taux : T. Bonneau, *op. cit.*, n° 268 à 271 ; D. Schmidt et P. Lutz, *Réflexion sur les articles 1907 alinéa 2 du Code civil et 4 de la loi du 28 décembre 1966*, *Rev. dr. banc. et de la bourse*, sept/oct. 1988, p. 143 à 147. L'aspect le plus délicat est la question de la détermination du taux conventionnel puisque le TEG applicable est basé sur le taux journalier. Pour 10 000 € prêté au taux de 10% pendant trois jours, l'intérêt est de 8,22€. Il découle de la formule suivante : $10\,000 \times 10\% \times 3 = 365$ (Voir T. Bonneau, *op. cit.*, note n° 266, p. 267). Pourtant, ce n'est pas

267. – Non-conformité islamique de principe. De même que le découvert, les ouvertures de crédit ne peuvent pas être accordées selon la loi islamique parce qu'il conduit à la genèse de l'intérêt⁶⁹⁶. Ce sont des opérations qui reflètent la pratique du prêt à intérêt.

En fait, les banques islamiques ne disposent pas d'une technique adéquate pour de telles mécanismes. En effet, l'absence d'actif sous-jacent suscite des suspicions de non conformité islamique, absence d'actif qui consisterait en un simple prêt à intérêt.

Le « *tawarruq* » permet d'arriver aux mêmes résultats que le découvert, mais il est limité à des cas de nécessité⁶⁹⁷. Les banques islamique ont recourt à des opérations appelées « *commodity mourabaha* » qui sont une succession de *mourabaha* où le client doit promettre irrévocablement de rembourser les fonds mis à sa disposition. L'avance de fonds s'adosse temporairement à un actif qui implique plusieurs transactions sous-jacentes : la banque se charge généralement d'effectuer des opérations d'achat et de vente d'un actif pour sécuriser islamiquement la transaction. Cette dernière peut se dérouler notamment sur le marché des métaux précieux comme le London Metal Exchange.

b) Les comptes et plans épargne-logement : des promesses irrévocables de prêt

268. – De l'épargne au crédit. Dans certains cas, les banques promettent irrévocablement de prêter des fonds à un client qui a épargné pendant un laps de temps. Cette forme d'opération de crédit regroupe les plans épargne-logement et les comptes épargne-logement.

269. – Un droit au crédit ? Il faut entendre par « épargne-logement » une épargne destinée aux dépenses de construction, d'acquisition, de réparation et d'extension d'une habitation principale. Les comptes et les plans épargne-logement permettent le financement de logements destinés à

si évident que cela eu égard à l'exigence de l'article 1129 du Code civil qui dispose que l'objet d'un contrat doit être déterminé, ou à tout le moins déterminable.

⁶⁹⁶ Voir pour les modalités de rémunérations, Ph. Delebecque et M. Germain, *Traité de droit commercial*, op. cit., n° 2388-1.

⁶⁹⁷ Voir le régime juridique, infra n° 600 et suivants.

l'habitation principale⁶⁹⁸ et constituent parfois un préalable à l'octroi d'un crédit. Selon M. Bonneau, « l'octroi du prêt est un droit pour l'épargnant »⁶⁹⁹, ce qui signifie que la banque est tenue d'accorder le prêt dès lors que les conditions législatives et réglementaires sont remplies. Ce sont des promesses de crédit irrévocables de la part du banquier⁷⁰⁰. La nature synallagmatique des engagements est également présente parce qu'elle découle de l'effort d'épargner du titulaire du compte ou du plan⁷⁰¹.

270. – Épargne sans intérêt ? Une caractéristique de ces opérations attire notre attention. C'est celle de la rémunération de l'épargne avec des intérêts prévue par les articles R. 315-2 et suivants du Code de la construction et de l'habitation. Étant un obstacle pour un financement de type islamique, elle mérite d'être revue par le Législateur en insérant une disposition indiquant les modalités de rémunération de type islamique⁷⁰². Quant à la prime versée par l'État prévue par l'article L. 315-4, elle permet de favoriser l'accession à la propriété. Cette prime peut-elle être analysée en une rémunération des épargnants, susceptible de générer un intérêt au sens du droit musulman ? Nous ne le pensons pas parce qu'elle est une aide, et non un surplus injustifié.

c) Le crédit différé

271. – Mutualiser les efforts. Le crédit différé nécessite la constitution d'un fonds commun alimenté par les versements des clients qui seront redistribués par l'entreprise de crédit différé après un délai d'attente⁷⁰³. Le but étant d'accéder à la propriété immobilière, à la réparation, à l'agrandissement ou encore à la modernisation des immeubles appartements aux emprunteurs.

Ce type de crédit oblige le banquier à s'engager irrévocablement pour consentir un prêt. Cette pratique contient des éléments de rapprochement avec les crédits islamiques, notamment le crédit

⁶⁹⁸ Article L. 315-1, al. 1^{er} *in fine*, du Code de la construction et de l'habitation. Les alinéas 2 et 3 autorisent les titulaires des comptes et des plans à affecter leur épargne à d'autres catégories de destinations : les résidences personnel et familial pour le repos et les loisirs, les locaux à usage commercial et professionnel comportant l'habitation principale.

⁶⁹⁹ Th. Bonneau, op. cit., n° 508.

⁷⁰⁰ Cass. 1^{ère} Civ., 3 juillet 1997, BC I, n° 181.

⁷⁰¹ Idem.

⁷⁰² Voir la réglementation au Royaume-Uni : Financial Services Authority, *Home reversion and Islamic Mortgages get new consumer protection*, 27 avril 2006, www.fsa.gov.uk (visité le 25 mai 2007).

⁷⁰³ Loi n° 52-332 du 24 mars 1952 ; voir aussi Th. Bonneau, op. cit., n° 510 et suivants.

adossé à la *moucharaka*. Les clients/associés constituent une société gérée par le banquier qui collectent les fonds en vue de les redistribuer selon un ordre préétabli.

Outre la promesse de prêt, la mobilisation des créances permet de mettre des fonds à la disposition d'un client.

3) Les crédits par mobilisation des créances

272. – Deux catégories. Les crédits par mobilisation des créances peuvent être classés en deux sous-catégories : d'une part, si la mobilisation est économique, on parle de crédit de mobilisation de créances commerciales (CMCC), et d'autre part, si elle est juridique, elle comprend l'escompte, la cession de créance Dailly et l'affacturage⁷⁰⁴.

S'agissant de l'escompte, le client remet un effet de commerce au banquier qui paie directement le remettant, et crédite son compte en contrepartie d'un prélèvement comprenant intérêts et commissions⁷⁰⁵. Les intérêts sont généralement calculés sur le montant nominal de l'effet, et non sur le montant des sommes versées⁷⁰⁶. Ainsi, peut se créer un différentiel de paiement entre celui versé par la banque au client, et celui versé au créancier du client par le banquier. Ce différentiel est analysé comme du *ribâ* par le droit musulman car il ne s'adosse pas à un bien, et il ne reflète pas une prise de risque justifiant un partage de profit et de perte.

273. – Technique de la cession de créance. Lorsque le banquier permet à son client de bénéficier immédiatement de la contrepartie d'une créance payable à terme, on dit qu'il « mobilise » cette créance⁷⁰⁷. Plus précisément, les crédits par mobilisation de créance se substituent à un actif de l'entreprise qui est, en contrepartie, transféré au banquier⁷⁰⁸. L'avantage, comme le souligne M. Lucien M. Martin, est non seulement d'assurer au banquier mobilisateur le bien-fondé économique de son crédit, mais également de fournir une garantie de remboursement⁷⁰⁹.

⁷⁰⁴ Voir Th. Bonneau, op. cit., n° 556 à 608-1. Par ailleurs, les banques utilisent soit des effets de mobilisation, soit le réescompte, soit la pension en vue de se refinancer auprès d'une autre banque ou après de la banque centrale.

⁷⁰⁵ Il s'agit principalement de la commission d'endos proportionnel au montant de l'effet, et pas forcément à sa durée.

⁷⁰⁶ Ph. Delebecque et M. Germain, op. cit., n° 2393.

⁷⁰⁷ L. M. Martin, *Banques et bourses, Traité de droit commercial*, op. cit., p. 329.

⁷⁰⁸ Ibidem, p. 330.

⁷⁰⁹ Idem.

Cette catégorie constitue un terrain miné pour les juristes musulmans dans la mesure où des techniques seront purement et simplement écartées, et d'autres seront validées sous réserve du respect de la prohibition de l'intérêt. En effet, l'escompte des effets de commerce est une technique prohibée puisqu'il oblige la banque qui escompte de stipuler un intérêt sur le montant des créances mobilisées.

Sont concernés, par la technique de la mobilisation, les biens incorporels et les créances monétaires qui font l'objet d'une cession de créances Dailly, d'une mobilisation des créances à moyen terme, d'un portage d'actions ou encore d'une cession de loyers en garantie d'un prêt immobilier.

La cession des loyers, des créances et des actions se heurte non seulement à la prohibition du *ribâ*, mais également à celle de la vente de créance contre des créances de même nature (*bay al dayn al dayn*). Ainsi, cette forme de mise à disposition n'est envisageable pour le banquier islamique que si l'opération se focalise sur la valeur faciale des effets ou des titres.

274. – Crédit « hawala », cession de créance et effets de commerce. Les crédits par mobilisation de créance peuvent être structurés grâce au contrat de « hawala » en droit musulman⁷¹⁰. La *hawala* est définie comme le transport d'une dette ou d'une créance, et non comme leur cession. Ainsi, la rémunération de la mise à disposition de fonds via la hawala ne doit tenir compte uniquement de la valeur faciale des effets qui représentent les créances. En d'autres termes, ces opérations doivent être gratuites, sauf le cas où le banquier ne perçoit que des frais ou des commissions pour exécuter ses engagements⁷¹¹.

En droit français, les effets de commerce sont, selon MM. Stoufflet et Gavalda, des moyens de réaliser un crédit. Ce sont des titres négociables dont l'objet est monétaire : la remise d'une somme d'argent au bénéficiaire. Ils représentent un droit de propriété ou la possession d'un meuble corporel (connaissance, récépissé négociable) mais dont l'objet monétaire ne peut se contenter d'une simple évaluation d'un objet non monétaire (récépissé de marchandise négociable comprenant une estimation). Ce sont des engagements de payer et non de simple cession de créance en conférant un pouvoir libératoire au souscripteur⁷¹². Or, concernant les opérations islamiques, les exigences de l'adossément à un bien tangible accentuent les divergences entre les effets de commerce d'une part

⁷¹⁰ Voir infra, n° 312.

⁷¹¹ W. Al-Zuhayli, *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence*, Tome 2, op. cit., p. 47 à 73 ;

⁷¹² C. Gavalda et J. Stoufflet, *Instrument de paiement et de crédit*, op. cit., n° 11.

et le transport des dettes d'autre part. C'est la technique de l'escompte qui intervient pour mobiliser les effets de commerce, cette technique étant interdite en droit musulman.

275. – Escompte. C'est « *une opération de crédit à court terme par laquelle des effets de commerce sont transférés au banquier qui, en contrepartie, procède à leur paiement immédiat, sous déduction des intérêts et commissions* »⁷¹³. L'escompte des effets de commerce comporte (au moins) trois éléments : les frais de gestion, la rémunération du service rendu et l'escompte proprement dit qui s'assimile en un intérêt perçu sur le capital pour la période au cours de laquelle il a été avancé. Elle est tantôt qualifiée de prêt garanti par la remise des effets de commerce en raison de la volonté de le soumettre à la législation sur l'usure, tantôt de contrat *sui generis* entre le prêt et la vente.

Elle appartient à la catégorie de mise à disposition de fonds par le mécanisme de la cession de créance qui a « *cependant à statut particulier* », selon M. Bonneau, parce que « *le bénéficiaire du crédit est, même en l'absence d'engagement exprès de sa part, garant des personnes tenues en vertu des titres émis transmis au banquier* »⁷¹⁴. L'auteur précise aussi que ce n'est pas une opération spéculative parce que le banquier avance une somme égale à la valeur des créances cédées déduction faite de sa rémunération.

276. – Perception d'agio dans l'escompte. Mais, le risque de voir l'escompte écartée par la pratique bancaire islamique est justifié par la combinaison de la prohibition du *ribâ* et du *gharar*. Alors même que la jurisprudence a condamné la pratique des dates de valeurs qui consistent pour les banques à tenir compte des délais nécessaires au recouvrement des chèques et des effets qu'elles s'échangent par voie de compensation, les dates de valeurs servent de « point de départ » pour le calcul des intérêts. Mais cette pratique a été transposée aux clients des banques alors que ce ne sont que les banques qui y sont contraintes par la Banque de France qui tient leur compte. En fait, par ce procédé, le taux conventionnel s'applique sur les comptes en valeurs, ce qui conduit à renchérir le coût du crédit⁷¹⁵. Une série d'arrêt de la Cour de cassation a condamné cette pratique pour toutes les opérations autres que la remise et les paiements de chèques, et notamment pour les versements et

⁷¹³ T. Bonneau, op. cit., n° 567.

⁷¹⁴ Pour la détermination de la nature juridique de l'escompte, voir Th. Bonneau, op. cit., (édition 2007), n° 570 : « *Que l'escompte soit une opération de crédit relève de l'évidence : le banquier escompteur anticipe le paiement d'une créance à terme en accordant une avance. Cette qualification n'exclut toutefois pas que l'on puisse considérer l'escompte comme une cession de créance* ».

retraits d'espèces⁷¹⁶. Pour MM. J. Dubos et P. Coudert, ladite jurisprudence peut être étendue aux effets de commerce « *car l'escompte, opération de crédit sui generis peut revêtir deux formes : l'escompte en intérêt, avec calcul et perception immédiate des agios ou l'escompte en valeur, avec crédit au compte du montant de la remise sous une date de valeur calculée d'après la date d'échéance des effets mais sans décompte d'agios* »⁷¹⁷. On pourrait songer à rendre *halal* l'escompte s'il s'effectue seulement à la valeur faciale des effets. Mais ce qui est plus normale, c'est que le banquier puisse se rémunérer par cette activité. Le droit musulman prohibe donc l'escompte tel qu'il est pratiqué par les banques en France parce que le « *ribâ al fadl* » est généré par une stipulation d'intérêt, appelé « agios » ; et, le « *ribâ an-nassia* » par l'octroi de délais facilitant les paiements des clients. Empruntant au *ribâ* les deux formules de la prohibition, l'escompte est certes utile en pratique, mais il contient dans sa mise en œuvre un déséquilibre contractuel, voire une distorsion structurelle qui ne peut se résoudre que par une distinction nette et claire de la part de l'intérêt des frais de gestion qu'il engendre, voire une formule de rémunération compatible avec la loi islamique.

277. – Non-conformité islamique de la rémunération du banquier-escompteur. Dans le schéma classique, le client paie les intérêts que lorsque son compte est en « position débitrice en valeurs ». Afin de palier l'interdiction islamique du « *ribâ an-nassia* », la réduction, voire la suppression du délai d'une part ; et la non stipulation d'une rémunération fixe et prédéterminée d'autre part, constitueraient un mécanisme islamiquement valide pour l'escompte. Toutefois, l'analyse juridique de M. Bonneau⁷¹⁸ qui consiste à rapprocher l'escompte d'une garantie du crédit par des titres n'est pas suffisant pour rejeter la genèse d'un avantage de nature usuraire quand bien même l'ordre des personnes tenues au paiement contredise ce « crédit-garantie »⁷¹⁹. De plus, même après avoir écarté l'intérêt, les commissions de découvert et d'escompte commercial ne sont pas non plus conformes à la loi islamique. Il en est de même de la commissions d'endos (égale généralement à 0,40% des fonds avancés) qui tient lieu, actuellement et ce depuis la dématérialisation complète des échanges interbancaires, d'intérêt car calculée *prorata temporis* à côté des agios qui ont fini par les

⁷¹⁵ J. Dubos, actualisé par P. Coudert, *Intérêt et commissions : Fixations des taux d'intérêt*, J-cl, Banque-Crédit-Bourses, Fasc. 510, n° 53.

⁷¹⁶ Cass. Com., 6 avril 1993, D. 1993, jurispr. p. 310, obs. C. Gavalda ; Cass. Com., 29 mars 1994, D. 1994, jurispr. p. 611, note C. Gavalda ; Cass. com., 15 octobre 1996, RJDA 1997, n° 80.

⁷¹⁷ J. Dubos, actualisé par P. Coudert, préc., n° 54.

⁷¹⁸ Voir notamment T. Bonneau, op. cit., n° 570.

⁷¹⁹ L'enjeu étant de savoir si un recours est possible contre le tireur de l'effet de commerce, aspect quelque peu éloigné de notre étude.

absorber⁷²⁰. De même, pour les commissions de découvert auxquelles s'identifient les commissions d'immobilisation, de permanence et de dépassement. Ce sont des formes de rémunération fixe et prédéterminée prohibées tant par le droit musulman que par la législation française régissant le taux effectif global et l'usure.

4) Les crédits par signature

278. – Assimilation aux opérations de crédit. La loi assimile les garanties bancaires et les engagements par signature⁷²¹ comme l'aval ou le cautionnement à une opération de crédit. Selon M. Bonneau, ce sont des mises à disposition éventuelles de fonds⁷²². MM. Gavalda et Stoufflet définissent le crédit par signature comme étant un crédit se réalisant par la signature d'un effet de commerce⁷²³. Ils citent le cas des effets financiers qui sont des effets servant d'instrument de crédit et non des effets sur des opérations concrètes portant sur des transactions commerciales ou sur des services.

Il peut s'agir d'effet pour l'ouverture de crédit, une sorte de promesse de prêt où le donneur d'ordre appose sa signature sur une lettre de change ou un billet à ordre. Comme garantie, la signature d'un effet par le débiteur apporte au créancier un « surcroît » de garantie en raison de la rigueur des obligations qui en découle. La relation entre le débiteur et le créancier est une relation cambiaire⁷²⁴. La banque qui avance les fonds pour le compte du client constitue une partie importante des crédits commerciaux à court terme où l'escompte achève les obligations issues de la lettre de change, du billet à ordre ou encore du warrant.

De plus, les effets de commerce servent de support aux refinancements des crédits auprès de la Banque de France et aux opérations sur le marché monétaire.

⁷²⁰ J. Dubos, actualisé par P. Coudert, art. préc., n° 48.

⁷²¹ Il peut s'agir du cautionnement, d'une garantie autonome, le contrat de du croire, le forfait d'escompte, du crédit d'acceptation où le banquier joue le rôle de tiré et ouvre une ligne de crédit qui sert de provision à la traite (Ph. Delebecque et M. Germain, op. cit., n° 2402 et s.).

⁷²² Th. Bonneau, op. cit., n° 609 et suivants.

⁷²³ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Instrument de paiement et de crédit*, op. cit., n° 4 à 7.

⁷²⁴ *Ibidem*, n° 4.

279. – Crédit documentaire. Le crédit documentaire⁷²⁵ n'est pas réglementé en France. Il est codifié dans les « règles et usances uniformes (RUU) de la Chambre Commerciale Internationale »⁷²⁶. La banque s'engage à payer le vendeur contre la remise de document écrit de la part de l'acheteur/client de la banque. La rémunération s'effectue par la perception de commission (d'ouverture, de notification, d'acceptation, de négociation, etc.) et des intérêts dus sur des sommes non couvertes et avancées pour le paiement des marchandises.

Il se fonde sur deux contrats : un conclu entre l'acheteur et le vendeur, et un autre conclu entre le l'acheteur et la banque. Ce dernier contrat est appelé « lettre de crédit ». Il ressort des arrêts de la chambre commerciale que cette dernière ne soit pas un instrument de crédit mais un mode de paiement⁷²⁷. En fait, cette qualification dépend de la révocabilité ou non de l'engagement du banquier : s'il est irrévocable, il constitue une opération de crédit, plus spécifiquement un crédit par signature⁷²⁸.

L'ouverture d'un crédit documentaire repose sur une stipulation incluse le contrat de vente en indiquant si le crédit est irrévocable ou non, confirmé ou non. Il spécifie les documents à présenter pour en obtenir l'exécution. La banque s'engage à payer le vendeur contre la remise de document écrit fourni par l'acheteur/client de la banque.

Cette dernière se rémunère de deux manières : d'une part, grâce aux commissions (d'ouverture de crédit⁷²⁹, de notification, de confirmation, de négociation, etc.), et d'autre part, grâce à l'intérêt. La créance du banquier est assurée par un gage sur la marchandise lorsque celle-ci est à la disposition de la banque par l'intermédiaire d'un document de transport négociable, appelé connaissance⁷³⁰.

280. – Opérations interdites par le droit musulman. Le droit musulman interdit de tirer des profits en cas de constitution de sûreté ou de garantie⁷³¹. Est aussi concerné la perception d'une

⁷²⁵ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 615 : « opération par laquelle un banquier intervenant sur l'ordre d'un acheteur pour le règlement financier d'une opération commerciale, le plus souvent internationale, promet de payer le vendeur contre remise de documents », voir aussi Th. Bonneau, op. cit., n° 637 à 658.

⁷²⁶ Chambre Commerciale Internationale, *Uniforms customs and Practice for Documentary Credits 2007 revision*.

⁷²⁷ Cass. Com., 5 novembre 1991, Bull. civ. IV, n° 328 – 24 juin 1997, CNCA c/ Sté Interamerica, JCP E 1998, n° 18, chron. de droit bancaire, obs. C. Gavalda et J. Stoufflet.

⁷²⁸ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 727.

⁷²⁹ Souvent, la commission d'ouverture de crédit est calculée en fonction du montant et de la durée du crédit.

⁷³⁰ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 615 et n° 642 : « *Ordinairement, ces documents lui assure un gage sur la marchandise constituant l'objet de la transaction* ».

⁷³¹ Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institution, *Sharia Standard*, n° 5, *Guarantees*, article 3/1/5 : « *It is not permissible to take any remuneration whatsoever for providing a personal guarantee per se, or to pay commission for obtaining such a guarantee. The guarantor is, however, entitled to claim any expenses actually incurred* ».

commission alors que des frais réellement engagés peuvent être remboursés au garant. Toutefois, il faut, dans le cas des opérations islamiques, fusionner la fonction d'instrument de crédit avec l'adossement à une transaction commerciale. C'est le cas du crédit documentaire et de la lettre de crédit qui sont aussi pratiqués par les banques islamiques.

281. – Lettre de crédit islamique. Lorsqu'un client demande un financement pour importer certains biens, la banque islamique peut fournir une lettre de crédit⁷³². Les juristes musulmans admettent, sous certaines conditions, la conformité islamique de la lettre de crédit. Selon M. Taqi Usmani, la *moudaraba* peut prendre la forme d'une lettre de crédit sans adossement et la *mousharaka* d'une lettre de crédit avec adossement. Il existe aussi la lettre de crédit *mourabaha* où la marchandise est achetée dans un premier temps afin d'être revendue à l'importateur, moyennant un bénéfice fixé au préalable entre les deux agents.

282. – « Lettre de crédit *moudaraba* » et « lettre de crédit *mousharaka* ». Les banques islamiques ont mis en place des lettres de crédit fondées sur des contrats de société. L'importateur et la banque demeurent des associés jusqu'à ce que le premier achète les parts du deuxième. Les parts sont toutefois évaluées au jour de leur rachat : soit elles représentent la valeur des biens importés à ce jour, soit les parties s'accordent à déterminer le prix au moment de la cession des parts. En tout état de cause, leur valeur ne doit jamais être fixée au moment de la conclusion du contrat. Quand bien même elle fut fixée, le bailleur de fonds ne peut pas contraindre l'importateur à racheter ses parts⁷³³. Une fois la livraison des marchandises effectuée, les bénéfices de la transaction seront partagés selon un ratio préétabli et agréé par les parties.

Ce raisonnement s'applique à l'exportation, cependant avec deux différences : d'abord, il est plus commode pour la banque de déterminer son profit, puis il pourra clairement spécifier les causes de

during the period of a personal guarantee, and the institution is not obliged to inquire as to how the guarantee produced has been obtained by the customer".

Article 7/1/1, même standard : "It is not permissible to take remuneration for issuing a letter of guarantee, whether is with cover or without cover, if the remuneration is intended as consideration for the guarantee per se, since the amount guaranteed and the duration of the guarantee are usually taken into consideration in computing remuneration".

Article 7/1/2, même standard : "Asking an applicant for a letter of guarantee to bear administrative expenses incurred in issuing a letter of guarantee of either type (i.e. preliminary or final) is permissible in Shari'a, provided the remuneration for such expenses do not exceed the commission that others would charge for such services. Where full or partial cover is provided, it is permissible, in estimating the expenses for issuing a letter of guarantee, to take into account anything that will reflect the actual service to be rendered in providing a cover for the transaction".

⁷³² Abdulkader Thomas, Stella Cox et Bryan Kraty, op. cit., p. 73.

⁷³³ Taqi Usmani, op. cit., p. 34.

responsabilité de l'exportateur en dehors des cas de négligence telles que la non-conformité des marchandises aux spécifications indiquées dans les documents. Cependant, la banque est tenue de vérifier la régularité peu important la forme du contrôle. Si les documents sont réguliers, « *le banquier doit payer* »⁷³⁴.

283. – « **Lettre de crédit *mourabaha*** ». Les banques islamiques peuvent aussi utiliser la *mourabaha* comme une lettre de crédit⁷³⁵. Le client demande à la banque d'émettre une telle lettre en vue d'importer des marchandises dont les détails lui sont fournis. Au regard des éléments fournis, la banque envoie la lettre à la banque de l'exportateur, celle qui doit être sa correspondante. Le demandeur promet d'acheter les marchandises aux conditions négociées avec l'exportateur qui envoie à sa banque les documents prouvant la transaction. Cette dernière informe la banque de l'importateur que la transaction est réelle et lui envoie lesdits documents. Enfin, un contrat de *mourabaha* est conclu entre l'importateur et sa banque. Toutefois, ce contrat ne peut pas être utilisé comme un contrat sous-jacent à un effet de commerce tel que la lettre de change puisque le droit musulman impose que les effets de commerce soient négociés à leur valeur faciale, ce qui implique l'interdiction de stipuler une marge bénéficiaire. De plus, elle ne peut faire l'objet d'une titrisation parce que l'opération de crédit de type *mourabaha* comprend une créance monétaire, ce qui conduit à échanger la monnaie contre la monnaie⁷³⁶.

En principe, les instruments qui remplissent le même rôle que la lettre de crédit sont le *soufajta* et la *hawala*⁷³⁷.

En définitive, l'opération de crédit islamique doit être consacrée comme étant une nouvelle notion juridique de droit français. Elle a aussi pour objet la mise à disposition « *immédiate* », « *future* » ou « *éventuelle* » de fonds, mais exempte d'intérêt, tout en demeurant en corrélation avec la réalité économique des opérations. Ainsi, le droit français doit régir les différentes catégories de crédit islamique en tenant compte non seulement de la nature de la rémunération du banquier, mais aussi de la nature des contrats sous-jacents. Une première étape en ce sens a été déjà réalisée par l'Administration fiscale.

⁷³⁴ Th. Bonneau, op. cit. n° 648 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, op. cit., n° 635.

⁷³⁵ Brian Kettel, op. cit., p. 67 : C'est le cas par exemple de la Dubai Islamic Bank.

⁷³⁶ Idem.

⁷³⁷ Voir supra, n° 272 – 277.

C) Les instructions fiscales du 23 juillet 2010 : les fondements les plus explicites mais les moins sécurisants !

284. – Réglementation *a minima* du droit français. Depuis l'été 2007, la France tente d'attirer les fonds provenant de l'industrie bancaire et financière islamique. C'est l'Autorité des marchés financiers qui a publié en premier une position indiquant la possibilité d'agréer un fonds islamique⁷³⁸. Elle poursuit sa politique d'ouverture l'été d'après avec une autre note autorisant la négociation de *sukuk* – instrument financier hybride dont la performance est liée aux actifs tangibles sous-jacents⁷³⁹, alors que le Conseil constitutionnel a annulé, le 14 octobre 2009, l'article 16 inséré dans le texte de la proposition de loi adoptée en première lecture par le Sénat le 9 juin 2009 parce qu'il est contraire à la Constitution au motif qu'il est considéré comme n'ayant aucun lien, même indirect, avec les dispositions qui figuraient dans la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises⁷⁴⁰. Le motif de cette annulation repose sur la qualification de « cavalier législatif » du texte qui tenta de l'introduire dans le Code civil⁷⁴¹. Il semblerait que ce ne soit qu'un problème de forme !

La seule réglementation explicite, à ce jour, pour la finance islamique se trouve dans les instructions fiscales publiées par la Direction Générale du Trésor et de la Politique Économique qui avait déjà publié des instructions fiscales relatives à la *mourabaha* et au *sukuk* le 25 février 2009, lesquelles ont été remplacées par celles du 23 juillet 2010⁷⁴².

⁷³⁸ Autorité des marchés financiers, *Critères extra financiers de sélections de titres : cas des OPCVM se déclarant conforme à la loi islamique*, note du 17 juillet 2007 ; M. Storck, *Conditions d'agrément d'un OPCVM islamique et conditions d'admission à la négociation des obligations islamique (sukuk) sur un marché réglementé français*, R.T.D. com., Chronique « Droit des marchés financiers », Octobre/décembre 2008, p. 808 - 810.

⁷³⁹ Autorité des marchés financiers, *Admission aux négociations d'obligations islamiques (sukuk) sur un marché réglementé français*, note du 2 juillet 2008 ; suivi d'un guide sur l'élaboration des prospectus *sukuk* et les modalités pratiques d'obtention d'un visa en vue de l'admission sur un marché réglementé, octobre 2010 ; voir aussi M. Storck et I. Z. Cekici, *Questions-réponses de l'AMF sur l'élaboration des prospectus sukuk et les modalités pratiques d'obtention d'un visa en vue de l'admission sur un marché réglementé*, Bulletin Joly Bourse, janvier 2011, n° 1, p. 43 à 46.

⁷⁴⁰ Conseil constitutionnel, 14 octobre 2009, Décision n° 2009-589 DC, www.

⁷⁴¹ Commentaire de la décision du 14 octobre 2009, Décision n° 2009-589 DC, in Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 28, p. 3 : « Cette jurisprudence est appliquée de manière constante. Le Conseil a encore récemment censuré trois articles de la loi de mobilisation pour le logement, dont deux ont été soulevés d'office ».

⁷⁴² Instruction fiscales, 23 juillet 2010, Direction Générale des Finances Publiques, Bulletin Officiel des Impôts, n° 78 du 24 août 2010, 4/FE/S1/10 relative aux opérations de *mourabaha* ; Instruction fiscales, 4/FE/S4/10 relative aux opérations d'*istisna* ; Instruction fiscales, 4/FE/S3/10 relative aux opérations d'*ijara* ; Instruction fiscale, 4/FE/S2/10 relative aux opérations de *sukuk* ; voir aussi I. Z. Cekici et A. Ladlami, *Sukuk : le régime de droit musulman et les régimes fiscaux européens*, in dossier « La Finance Islamique » préc., p. 39 ; A. de Brosses et F. Burnat, *Fiscalité des opérations de*

Avant d'aborder les conditions d'application de ces instructions en matière de crédit islamique (2), il convient d'exposer celle dédiée aux *sukuk* car elle enjoint aux contrôleurs des impôts de les considérer comme étant un nouvel instrument financier de droit français, dont le contenu du texte peut s'appliquer au crédit participatif (1).

1) Les « *sukuk* », instruments financiers hybrides de droit musulman et de droit français

285. – Définition(s) des « *sukuk* ». Un *sak* (pl. « *sukuk* ») est un certificat d'investissement qui représente la propriété d'un bien acquis. Ce terme signifie, en arabe, selon les cas, acte, document juridique, chèque ou certificat. Sur les marchés financiers, il désigne des titres financiers de nature particulière⁷⁴³. L'AAOIFI définit les *sukuk* comme étant « *des certificats de valeur égale représentant des parts indivises de propriété d'actifs tangibles, d'usufruits et de services, ou la propriété d'actifs d'un projet particulier ou d'une activité d'investissement spécifique* »⁷⁴⁴. Chaque *sak* représente une part indivise sur un actif sous-jacent non monétaire ou un pool d'actif (biens mobilier corporel ou incorporel, bien immeuble, usufruit d'un actif, activité d'un prestataire de service) dont la performance lui est intimement liée.

Ils rémunèrent leurs titulaires grâce aux rendements futurs générés par l'exploitation ou la gestion des actifs sous-jacents⁷⁴⁵. Ils sont bon gré mal gré assimilés à des obligations conventionnelles alors même que la principale caractéristique des *sukuk* réside dans l'absence de stipulation d'intérêt.

En France, l'instruction fiscale propose la définition suivante : « *les sukuk d'investissement sont ici des titres financiers hybrides négociables dont la rémunération et, le cas échéant, le principal sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs sous-jacents détenus directement ou indirectement par l'émetteur. Leur porteur bénéficie d'un droit assimilé à un droit de copropriété direct ou indirect sur ce ou ces actifs. Le ou les actifs concernés sont des services, biens ou droits ou*

finance islamique en France : deuxième round, art. préc., p. 862 ; I. Z. Cekici, *Le cadre fiscal des produits bancaires et financières islamique en France*, art. préc., p. 22 ; pour l'ancien régime voir I. Z. Cekici, *Les premiers pas de l'Administration fiscale*, art. préc.

⁷⁴³ M. Ayub, *Understanding Islamic Finance*, op. cit., p. 389 et s. ; M. I. Usmani, *Fixed income securities: a Shari'ah perspective*, art. préc., p. 2.

⁷⁴⁴ Article 2, Standard Sharia de l'AAOIFI, n° 17, *Investment Sukuk*.

⁷⁴⁵ M. Ayub, op. cit., p. 389 et s. ; I. M. Usmani, art. préc., p. 2.

l'usufruit de ces biens ou droits »⁷⁴⁶. L'Administration fiscale détermine les droits et obligations des titulaires de *sukuk* d'investissement par assimilation à d'autres catégories de titres financiers. Le dispositif n'a pas pour but de proposer une qualification juridique, mais de fixer un régime juridique par assimilation à des titres de créances. Toutefois, l'application de ce dispositif fiscal est subordonnée au respect de certaines conditions, qui sont un renvoi direct au mécanisme de la titrisation d'actifs.

Une confrontation des principes imposés pour la mise en place d'un *sak* validé par la loi islamique, aux règles fiscales permet de vérifier la pertinence de cette approche⁷⁴⁷ : *« au regard de leurs caractéristiques et jusqu'à leur éventuelle conversion en titres de capital, les sukuk d'investissement ou les titres de créance et prêts indexés peuvent être considérés fiscalement, pour l'application des dispositions du code général des impôts (CGI), comme des titres de créance, le cas échéant négociables, ou des prêts indexés, et s'agissant des sukuk, comme des obligations ou des titres de créance négociables selon leur forme juridique et leur maturité. Dès lors, les rémunérations servies aux porteurs des sukuk d'investissement ou des titres de créance et prêts indexés sont traitées sur le plan fiscal comme des intérêts dans les conditions de droit commun, avec notamment application de la règle du couru (article 38-2 bis) au titre du "taux de profit espéré" en matière d'imposition des bénéficiaires industriels et commerciaux* »⁷⁴⁸.

286. – Conditions d'application de l'instruction fiscale. Pour bénéficier du régime fiscal décrit dans cette instruction, les *sukuk* d'investissement doivent remplir les conditions relatives aux droits et obligations de leurs titulaires, et aux modalités de rémunération et de remboursement. Concernant les premières, les porteurs de *sukuk* doivent être désintéressés avant les associés de l'émetteur ou de l'emprunteur, quelle que soit la nature des titres de capital émis par ce dernier.

Par ailleurs, ils ne bénéficient pas des droits reconnus aux associés, notamment ni du droit de vote dans la structure émettrice ou emprunteuse ni du droit au boni de liquidation lors de la liquidation de celle-ci, sauf le cas échéant, après conversion de leurs titres ou de leurs prêts en titres de capital. Ces deux conditions sont réputées remplies dans le cas de titres de créance émis par un organisme de titrisation ou de parts de fonds commun de titrisation bénéficiant du régime fiscal antérieurement applicable aux parts de fonds communs de créances dans le cadre défini par l'instruction

⁷⁴⁶ Instruction fiscale, 23 juillet 2010 relative aux opérations de *sukuk*, préc., § 4.

⁷⁴⁷ M. Storck et I. Z. Cekici, art. préc., p. 44.

⁷⁴⁸ Instruction fiscale relative aux opérations de *sukuk*, préc., § 14.

administrative du 25 juillet 2008. Le traitement fiscal des parts de *sukuk* est ainsi facilité lorsque la structure retenue est celle d'un fonds commun de titrisation. De même, les conditions relatives à la rémunération et au remboursement des porteurs de *sukuk* sont en parfaite cohérence par rapport aux mécanismes applicables dans les fonds communs de titrisation.

287. – Rémunération. La rémunération est fonction de la performance des actifs : « *elle est variable et fonction des bénéfices dégagés sur ces actifs ou sur les résultats de l'émetteur ou de l'emprunteur. À cet égard, elle peut être nulle en cas de perte* ». S'applique donc aux *sukuk* le « principe de l'indexation » qui implique une rémunération fluctuante, voire une absence de rémunération selon que l'actif génère ou non des revenus lors de son exploitation, de son utilisation, ou selon que l'actif est vendu lors du bouclage de l'opération, ce qui induit des plus-values ou des moins-values, taxables ou non.

La rémunération se fonde sur un « taux de profit espéré » qui est plafonné à un taux de marché reconnu (EURIBOR ou LIBOR) augmenté d'une marge conforme aux pratiques observées sur le marché des titres de créance.

288. – Rémunération et « taux de profit espéré ». Pour servir ce « taux de profit espéré », la technique du lissage dans le temps de la rémunération des porteurs peut intervenir par activation d'un « compte de réserve » : ce compte est abondé si la performance des actifs est supérieure au « taux de profit espéré », alors que ce compte est utilisé si la performance des actifs est inférieure à ce taux.

Seule la rémunération correspondant au « taux de profit espéré » est exigible aux échéances de paiement prévues par le contrat (mensuellement, trimestriellement, semestriellement, etc.). Quand le compte de réserve est clôturé à l'échéance du titre, l'éventuel excédant est alloué selon les modalités propres du contrat aux porteurs de titres au titre de l'indexation retenue dans le contrat, voire à un tiers ; et cet excédant peut également être utilisé pour compenser les porteurs de titres tout ou partie d'une éventuelle perte en capital lors de la revente des actifs⁷⁴⁹.

Le détenteur de *sukuk*, personne physique ou personne morale, peut enregistrer à chaque échéance de paiement la rémunération correspondant au « taux de profit espéré », diminué le cas échéant, d'une provision déductible sur le plan fiscal dans des conditions de droit commun, notamment si le

⁷⁴⁹ Ibidem, §13.

porteur démontre la probable incapacité de l'émetteur à verser le montant exigible d'ici à l'échéance du titre.

289. – Remboursement des fonds investis. S'agissant du remboursement, il peut être partiel du fait de l'indexation, ou bien progressif, ou bien réalisé au terme prédéfini dans le contrat. Il est aussi fonction de la valeur de cession des actifs à l'échéance des titres ou du prêt, ainsi que des remboursements inclus dans les loyers dans l'hypothèse du financement de l'actif via le crédit-bail. Si la valeur des actifs financés ne permet pas de rembourser les titres à leur valeur nominale ou le montant des prêts, le droit à remboursement du principal du fait de l'indexation est réduit à due concurrence de l'insuffisance constatée. Si elle excède la valeur nominale ou le montant du prêt, le remboursement peut excéder le montant du principal conformément à la règle d'indexation retenue dans le contrat.

290. – Aménagement fiscal. Les *sukuk*, étant assimilés fiscalement à des obligations ou à des titres de créance selon leur forme et leur maturité, les rémunérations servies aux porteurs de titres sont traitées en droit français comme des intérêts dans les conditions du droit commun, avec notamment l'application de la règle du couru⁷⁵⁰ au titre du « taux de profit espéré » en matière de bénéfice industriel et commercial. Ils seront alors soumis à l'impôt sur les sociétés et à l'impôt sur les revenus (notamment régime du prélèvement forfaitaire obligatoire sur les produits financiers à revenu fixe de source française), ainsi qu'à la contribution économique territoriale, à la TVA, aux droits d'enregistrement.

La charge déductible correspondra à la rémunération calculée sur la base de ce « taux de profit espéré ». Il en résulte que la réserve peut faire l'objet d'une provision non déductible sur le plan fiscal ; symétriquement, le prélèvement sur la réserve générera une reprise de provision non imposable. Si le profit n'est pas servi intégralement après utilisation de la réserve, l'émetteur, dans la mesure où il sera délié de toute obligation de servir la rémunération correspondant au taux de profit espéré, devra constater un produit imposable dans les conditions du droit commun (abandon

⁷⁵⁰ Article 38-2 du Code général des impôts.

de créance) égal à la différence entre le « taux de profit espéré » et la rémunération effectivement servie.

291. – Partage des pertes et second « compte de réserve ». Pour limiter le risque de perte en capital à l'échéance du titre, un second « compte de réserve », appelé « compte de réserve sur risque d'investissement », peut être créé. Il est abondé au cours de la vie du produit par prélèvement sur les bénéfices dégagés par les actifs ou les résultats de l'émetteur ou de l'emprunteur. Ce compte est clôturé à échéance ; et le solde, éventuellement ajouté à celui du compte de réserve primaire, est alloué aux porteurs de titre au titre de l'indexation retenue dans le contrat ou à un tiers⁷⁵¹. Les montants affectés à ce compte sont sans incidence sur le résultat imposable de l'émetteur. L'abondement de ce compte ne remet pas en cause la constitution et la déductibilité dans les conditions de droit commun des provisions enregistrées pour prendre en compte la dépréciation éventuelle de l'actif⁷⁵². L'Administration fiscale aurait également pu y ajouter la prise en compte des pertes constatées dans les résultats de l'émetteur.

292. – Extension de ce régime fiscal aux crédits participatifs ? Á ce stade, il faut saluer les travaux et les efforts des autorités publiques ainsi que les acteurs de ce marché naissant en France. Est-ce que cette instruction fiscale peut-elle encadrer les crédits participatifs ? Nous le pensons parce que l'instruction fiscale relative aux *sukuk* peut s'appliquer à ces crédits parce qu'elle régit aussi les « prêts indexés »⁷⁵³. Bien qu'aucun texte ne les définisse, ce sont des prêts assortis d'une clause d'indexation sur le résultat d'un emprunteur. Cette clause est en fait une clause de participation. On peut y voir un régime fiscal qui leur sera donc dédié bien que ces règles fiscales ne soient pas retenues pour les qualifier juridiquement, à moins qu'elles ne servent que d'une méthodologie pour fixer la nature et la qualification juridiques des contrats⁷⁵⁴.

D'autres instructions fiscales régissent les crédits adossés à la *mourabaha*, au *tawarouq*, à l'*istisna* et à l'*ijara*.

⁷⁵¹ Instruction fiscale relative au régime fiscal des *sukuk*, § 13.

⁷⁵² Ibidem, § 17.

⁷⁵³ Ibidem, § 8.

⁷⁵⁴ Pour l'application de ce régime fiscal aux crédits participatifs, voir infra, n° 899 – 903.

2) Les conditions d'application des instructions fiscales aux crédits adossés à un bien

293. – Choix du crédit « *mourabaha* ». Les conditions d'application des instructions fiscales seront uniquement exposées à partir du cas de la *mourabaha* puisque nous consacrerons des développements plus approfondis dans la seconde partie de notre thèse aux autres formes de crédit islamique⁷⁵⁵.

294. – Définition de la « *mourabaha* » en droit français. L'Administration fiscale analyse le contrat de *mourabaha* comme un produit de dette pour fixer son régime fiscal. Elle le définit comme étant « *un contrat de financement aux termes duquel un client demande à un financier de financer l'achat d'un actif déterminé ou d'un portefeuille d'actifs déterminés, en réalisation en particulier deux transferts successifs de propriété* »⁷⁵⁶. Il ressort de cette définition que l'objet de la *mourabaha* est l'acquisition d'un actif ou un ensemble d'actifs – cet actif pouvant être un bien meuble (corporel ou incorporel) ou un immeuble. L'objet du contrat doit respecter les exigences de la loi islamique, à savoir l'impossibilité que l'actif serve à exploiter des activités illicites (industrie porcine, pornographique, de l'alcool, de l'armement, etc.), et manifestement nuisibles à l'être humain. Outre les biens immobiliers et mobiliers pouvant faire l'objet d'une *mourabaha*, les instructions citent également les titres financiers (valeurs mobilières et droits sociaux), les matières premières et les machines⁷⁵⁷.

295. – Phases de l'opération de crédit « *mourabaha* ». Cette opération doit se dérouler de la manière suivante : « *un vendeur vend l'actif à un financier qui le revend à un client moyennant un prix payable à tempérament, supérieur au prix d'acquisition à hauteur d'un profit* »⁷⁵⁸. Consentie avec un différé de paiement dans des conditions clairement explicitées dans le contrat liant le financier et le client, la revente du bien au client doit se réaliser dans un délai de six mois à compter

⁷⁵⁵ Les régimes fiscaux des crédits *mourabaha*, *tawarruq*, *istisna* et *ijara* sont exposé respectivement aux n° 648 – 651, n° 652 – 653, n° 654 – 655, n° 752 – 757.

⁷⁵⁶ Instruction fiscale relative aux opérations de *mourabaha*, préc., § 4.

⁷⁵⁷ Ibidem, § 5 : cette liste n'est pas exhaustive parce que des unités de comptes télécom ou encore des logiciels peuvent être acquis puis revendu grâce à une opération tant bancaire que financière islamique fondée sur la *mourabaha*.

⁷⁵⁸ Instruction fiscale relative aux opérations de *mourabaha*, § 6.

de son acquisition par le financier⁷⁵⁹. Le « revenu » ou le profit dont il est question dans l'instruction fiscale est la marge bénéficiaire qui n'est pas d'un point de vue islamique de l'intérêt parce que l'opération s'adosse à un bien réel et non sur un actif monétaire conformément aux règles qui régissent le fait générateur du *ribâ*.

296. – Conditions d'application de l'instruction fiscale. Pour bénéficier du régime fiscal, l'opération doit préalablement répondre aux conditions tenant au contenu du contrat de *mourabaha*, puis à celles relatives à la nature juridique de l'opération, et enfin, celles tenant au statut du financier.

297. – Mentions obligatoires. S'agissant des premières, les documents contractuels doivent clairement faire ressortir que le financier acquiert l'actif, un instant de raison ou dans un délai qui ne peut excéder six mois, pour le revendre à son client, lequel est son donneur d'ordre. Pour pouvoir bénéficier du régime fiscal, le contrat de *mourabaha* doit mentionner expressément que « *l'opération s'inscrit dans le cadre juridique et fiscal défini par la présente instruction* ».

Ces mêmes documents doivent stipuler le prix total d'acquisition de l'actif par le client. Ils doivent également, comptablement et fiscalement, permettre de faire ressortir distinctement dans la facturation le prix d'acquisition par le financier, la commission du financier et le revenu du financier constituant la seule contrepartie du différé de paiement accordé au client. Ce revenu doit être connu et accepté par les deux parties au contrat au moyen d'un échéancier annexé au contrat, distinguant le remboursement du prix d'acquisition, le paiement du revenu et le paiement de la commission. Il doit être expressément désigné comme étant la contrepartie du service rendu continuellement par le financier au client jusqu'au terme de l'opération et qui résulte du différé de paiement consenti par celui-ci.

298. – Nature juridique de l'opération. L'opération de *mourabaha* doit être soit une opération de banque au sens de l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier (dépôt ou crédit), soit un instrument financier au sens de l'article L. 211-1 du même code⁷⁶⁰.

⁷⁵⁹ Instruction fiscale relative aux opérations de *mourabaha*, préc., § 7 : « *en cas de réduction du prix d'acquisition négociée par le financier auprès du fournisseur, les conditions de partage de cette réduction entre le financier et le client sont déterminées dans l'opération et la part qui échoit au financier, s'il y en a une, est intégrée dans sa commission* ».

⁷⁶⁰ Instruction fiscale relative aux opérations de *mourabaha*, préc., § 12 : La logique des instructions fiscales se trouve dans le passage suivant : « *pour que les opérations considérées bénéficient des dispositions de la présente instruction :*

En ce qui concerne le financier, c'est-à-dire celui qui achète le bien et le revend au client, il peut être, outre un établissement de crédit ou un prestataire de service d'investissement⁷⁶¹, une personne morale de droit privé ou public prévue par les articles L. 511-6 et L. 511-7 du même Code. Il en découle que le régime fiscal de la *mourabaha* est non seulement suffisamment large pour encadrer des opérations entre deux ou plusieurs entreprises (délais ou avances de fonds), au sein des groupes de sociétés (opérations de trésoreries), mais également clair pour encadrer le crédit islamique *mourabaha*.

299. – Précisions terminologiques. Le revenu imposable est, selon l'instruction, « *le coût du différé de paiement (...) égal à la différence entre le montant des flux financiers prévus au contrat relatifs au paiement de l'actif, à l'exception de ceux afférents à la commission éventuelle du financier, et le prix d'acquisition de cet actif par le client* »⁷⁶². Il s'agit là de la « marge bénéficiaire » qui va être imposée dès lors que les parties stipulent une clause selon laquelle « *la contrepartie du différé de paiement accordé à l'acquéreur par le vendeur, l'acquéreur s'obligeant à payer au vendeur le revenu du financier jusqu'à la date de paiement effectif de l'intégralité du prix* »⁷⁶³. L'Administration fiscale précise également que « *le profit comprend comptablement et fiscalement un revenu couvrant notamment les frais de financement ainsi qu'une éventuelle commission couvrant notamment les coûts de gestion et de mise en place du financier : prix, commission et revenu sont déterminés ou déterminables et connus des deux contractants le jour de la conclusion du contrat* »⁷⁶⁴.

300. – Imposition du « revenu ». Concernant le régime applicable, le revenu est assimilé aux intérêts : « *les règles fiscales doivent être appliquées, pour le financier, en regardant le revenu comme un flux d'intérêts que produirait un financement conventionnel équivalent, et pour le client,*

le Financier doit disposer du statut d'établissement de crédit aux termes notamment des articles L. 511-5 et L. 511-10 du code monétaire et financier et/ou d'entreprise d'investissement (lorsque l'opération de murabaha avec ordre d'achat est réalisée dans le cadre de l'article L. 321-2 2° du code monétaire et financier) aux termes notamment des articles L. 531-1 et L. 531-10 du même code, régulièrement habilité à exercer en France ; ou 2) les opérations considérées sont en dehors du champ d'application de l'article L. 511-5 du code monétaire et financier ; ou 3) le Financier doit entrer dans les exceptions prévues à l'article L. 511-6 du code monétaire et financier pour les établissements de crédit ; ou 4) les opérations concernées doivent entrer dans le champ de l'article L. 511-7 du code monétaire et financier ».

⁷⁶¹ En ce qui concerne le service d'investissement, c'est l'article L. 321-1 2° qui est visé car elle correspond à l'exécution d'ordre pour le compte d'un tiers.

⁷⁶² Instruction fiscale relative aux opérations de *mourabaha*, préc., § 9.

⁷⁶³ Ibidem, § 11.

⁷⁶⁴ Ibidem, § 4.

*comme un flux d'intérêts qu'il acquitterait dans le cadre d'un financement conventionnel équivalent. Les autres éléments du prix (commission, plus-value, etc.) demeurent quant à eux taxables selon les règles de droit commun applicables au financier et au client considérés »*⁷⁶⁵. S'appliquent ainsi les dispositions du 2 bis de l'article 38 du Code générale des impôts relativement au bénéfice imposable qui doit être le bénéfice net pour les prestations continues rémunérées notamment par des intérêts ou des loyers et pour les prestations discontinues mais à échéances successives échelonnées sur plusieurs exercices, au fur et à mesure de l'exécution.

Fiscalement, ce revenu doit être déduit du résultat imposable par le client sur la durée du différé de paiement, quels que soient les paiements effectués, selon un rythme strictement identique à celui retenu pour l'enregistrement comptable de l'opération et conforme à l'échéancier annexé au contrat. Le revenu du financier et la commission sont également exclus de l'assiette des droits de mutation à titre onéreux perçus dans les conditions de droit commun à l'occasion de la revente de l'actif immobilier au client.

Il faut noter que du côté du client, le revenu du financier et la commission sont exclus de la base d'amortissement de l'actif acquis.

301. – Imposition de la plus-value. Quant à la plus-value, son assiette doit être retranchée du revenu du financier en vue d'être imposée, c'est-à-dire en déduction du prix de cession de l'actif au client⁷⁶⁶. Néanmoins, si le client réalise une plus-value lorsqu'il cédera, à son tour, l'actif, elle est *« calculée à partir du prix d'acquisition payé par le client augmenté de la commission considérée comme des frais d'acquisition sauf pour les entreprises qui ont compris la commission dans les charges immédiatement déductibles de leurs résultats imposables »*.

⁷⁶⁵ Instruction fiscale relative aux opérations de *mourabaha*, préc., § 13 : Si ledit revenu est versé à un financier établi à l'étranger, s'applique en principe le même régime, à savoir l'assimilation du revenu aux intérêts et exonération du prélèvement prévus au III de l'article 125 A, sauf si le financier n'est pas établi dans un État non coopératif au sens de l'article 238-0 A.

⁷⁶⁶ Ibidem, § 15 : *« Pour l'application du régime des plus-values immobilières et des prélèvements prévus à l'article 244 bis A, le revenu du financier et la commission viennent en diminution du prix de cession de l'immeuble au client (égal au prix total d'acquisition) »*. En outre, *« en matière de cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises, le chiffre d'affaires de référence ainsi que la valeur ajoutée sont calculées suivant le régime dont relève le financier ; et pour la détermination de la cotisation foncière des entreprises, les immeubles, étant acquis par le financier en vue de la revente, ne constituent pas, en principe, des biens dont il dispose au sens du 1° de l'article 1467 et, par conséquent, ne sont pas pris en compte dans sa base d'imposition »*.

302. – Exonération de TVA. L'opération peut être exonérée de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 27 octobre 1993, *Muy's en De Winter's Bouw*⁷⁶⁷. Cette exonération peut également concerner la commission.

303. – Transposition du régime aux « dépôts *mourabaha* ». Voyons, brièvement, le cadre juridique et fiscal d'une opération de dépôt rémunéré adossé à un contrat de *mourabaha*. Ce dépôt fait appel à une technique appelée « *mourabaha inversée* » qui permet de rémunérer à court terme les liquidités disponibles du moment que « *le client achète au comptant directement ou indirectement (par l'intermédiaire de ce financier ou d'un autre intervenant), au moyen des liquidités dont il dispose, placées préalablement sur un compte ouvert à son nom auprès dudit financier, un actif (matières premières, titres ou tout autre actif liquide, à l'exclusion des immeubles et sociétés à prépondérance immobilière non cotées au sens du 2° du I de l'article 726 CGI), qu'il revend à brève échéance à ce dernier avec un différé de paiement moyennant rémunération, qui consiste à l'identique du revenu du financier défini au paragraphe n° 11, le revenu du client* »⁷⁶⁸. En vue de bénéficier du régime de la *mourabaha* classique, la *mourabaha* inversée doit remplir les conditions tenant tant à la nature des opérations (bancaires ou financières) qu'au statut du financier (établissement de crédit, prestataire de service d'investissement ou personne morale privée ou publique définies plus haut). Si « *sur le plan économique, le revenu du financier constitue la rémunération d'un différé de paiement, assimilable sur le plan fiscal aux intérêts dus durant cette période dans le cadre d'une opération de dépôt conventionnel* »⁷⁶⁹, on peut regretter que l'actif sous-jacent ne puisse pas être un actif immobilier, ce qui est une sorte d'obstacle à la finalité des opérations de financement islamique qui, d'ailleurs, dans le cas des dépôts rémunérés se fonde sur le contrat de société appelée « *moudaraba* » qui permettent de structurer des comptes d'investissement participatif (« *Profit Sharing Investment Account* »). Ces comptes représentent environ les deux tiers

⁷⁶⁷ Commenté par l'instruction administrative du 29 mai 1998, BOI 3 B-1-98 : nous pouvons lire dans les instructions précédentes du 25 février 2009 que « *lorsque le prestataire de services et le fournisseur de biens autorisent leur client à surseoir au paiement du prix, moyennant le paiement d'intérêts, il octroie en principe un crédit exonéré de TVA. Toutefois, si le sursis de paiement concerne une période antérieure au fait générateur, les intérêts sont un élément de la base d'imposition de la livraison du bien ou de la prestation. Au cas particulier, si les parties ne se sont pas expressément accordées dans l'acte de vente sur l'existence d'une opération de crédit, elles ont néanmoins prévu la facturation distincte du profit ainsi que son paiement étalé dans le temps selon un échéancier. Dès lors, les conditions de la jurisprudence communautaire sont remplies, et l'opération est exonérée de la TVA* ».

⁷⁶⁸ Instruction fiscale relative aux opérations de *mourabaha*, préc., § 24.

⁷⁶⁹ Ibidem, § 26.

des fonds collectés par les banquiers islamiques. Cela reflète, contrairement aux crédits adossés, l'absence de régime juridique et fiscal des crédits participatifs en France.

304. – Transposition du régime du crédit « *mourabaha* » aux autres crédits islamiques. Les régimes juridique et fiscal de la *mourabaha* posés par l'instruction fiscale est transposable, avec quelques variantes, aux opérations fondées sur le *tawarouq*, l'*istisna* et l'*ijara*⁷⁷⁰, lesquelles seront analysées plus bas. Ainsi, la Direction du Trésor a clarifié et interprété certaines dispositions du Code général des impôts, ce qui montre que les textes de nature législative doivent être confrontés à la pratique pour que des modifications puissent être effectuées.

Au regard des différents fondements juridiques, la notion d'opération de crédit islamique doit être consacrée par le droit français. Cette notion regroupe diverses formes de mise à disposition de fonds.

⁷⁷⁰ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, Direction Générale des Finances Publiques, Bulletin Officiel des Impôts, n° 78 du 24 août 2010, 4/FE/S4/10 relative aux opérations d'*istisna* ; Instruction fiscale, 23 juillet 2010, Direction Générale des Finances Publiques, Bulletin Officiel des Impôts, n° 78 du 24 août 2010, 4/FE/S3/10 relative aux opérations d'*ijara*.

§2) La consécration d'une nouvelle catégorie d'opération de crédit : les crédits islamiques

305. – Complémentarité du droit musulman et du droit français. Étant donné la diversité des techniques de mise à disposition de fonds dans les deux droits, et l'impossibilité de cantonner tous les types de crédit islamique dans une seule catégorie de crédit en droit français, ne convient-il pas d'en consacrer une nouvelle catégorie parce qu'elle fait appel à de nouvelles techniques de crédit⁷⁷¹. En droit français, la nature du contrat de crédit consenti par un professionnel est discutée. Aujourd'hui, il n'est plus qualifié de contrat réel depuis que la Cour de cassation a jugé que le contrat crédit est un contrat consensuel⁷⁷², même si la remise de fonds est le premier acte de l'exécution du crédit. Est-ce que la diversité des conventions de crédit en est la raison ? La réponse peut être affirmative au regard des mises à disposition futures ou éventuelles de fonds. C'est le cas de la promesse unilatérale de prêt dont l'exécution est différée ou encore des crédits par signature du fait de la mise à disposition éventuelle des fonds au client⁷⁷³. Le crédit islamique adossé à un bien peut remettre en question cette jurisprudence parce que si la qualification de contrat réel concerne le prêt du droit commun dont la validité dépend de la remise de la chose en vertu des articles 1875 et 1892 du Code civil, le crédit adossé transfère réellement un bien. Ce serait alors un retour à l'ancienne qualification juridique de contrat réel. Or, cette qualification est retenue en raison d'une remise de fonds, ce qui ne signifie pas forcément que c'est le cas par la mise à disposition de bien.

⁷⁷¹ En vue d'accentuer les interactions entre le droit musulman et le droit français, nous avons choisi de nous inscrire sur la position de M. Georges Affaki (*L'accueil de la finance islamique par le droit français : essai sur le transfert d'un système normatif*, art. préc., p. 146, spéc. p. 159) qui s'oppose à l'acculturation des normes islamiques en droit français : « la réception de la finance islamique en droit n'a pas besoin d'une acculturation qui prendrait la forme de la soumission ou de l'assimilation de la Charia au droit français ». Il note aussi que « le débat semble être engagé en France en termes de bivalence fermée. Il a pris comme postulat que, pour être accueillie en droit français, la finance islamique doit emprunter l'un ou l'autre des contrats nommés. À défaut, elle constituerait un univers de non-droit et devrait être rejetée ». Mais « en imposant à la finance islamique l'acculturation juridique au droit français, on risque d'aller à l'encontre de la nature, y compris téléologique (maqassed al-charia), de la finance islamique » alors que « le libéralisme du droit français (...) se distingue par sa tradition d'accueil des lois étrangères et des règles de droit non-étatique dans les contrats internationaux ». Toutefois, l'auteur a axé ses réflexions sur les contrats internationaux, alors que les crédits islamiques que nous analysons ne présenteront pas d'élément d'extranéité.

⁷⁷² Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000, n° 97-21.422, Bull. civ. 2000, I, n° 105 ; *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence civile*, Capitant, F. Terré, Y. Lequette, T. 2, 11^{ème} édition, p. 570 et s. Pour d'autres développements, voir P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 906.

⁷⁷³ D'ailleurs, selon M. Georges Affaki, (*L'accueil de la finance islamique par le droit français, Essai sur le transfert d'un système normatif*, art. préc., p. 146, spéc. p. 160), « une mourabaha n'est pas réductible à deux ventes successives

Par contre, lorsque le crédit est participatif, le banquier met des fonds immédiatement à la disposition du client, ce qui a pour conséquence de retenir la qualification de contrat réel conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation.

Le contrat de crédit est donc sujet aux évolutions touchant le régime commun des contrats⁷⁷⁴. Ainsi, il dépend d'une série de règles dont le degré de juxtaposition, de superposition et de complémentarité varie en fonction de la nature des mises à disposition de fonds.

306. – Quatre sous-catégories d'opération de crédit islamique. La notion d'opération de crédit islamique de droit français doit être considérée comme une notion hybride de droit français et de droit musulman, à l'instar des *sukuk*. Cela signifie l'application des règles de droit français pour encadrer tant les conditions de formation d'un contrat de crédit que ses effets en tenant compte des règles islamique de structuration des crédits.

Toutes les opérations effectuées par les distributeurs de crédit islamique ont pour objet la mise à disposition immédiate, future ou éventuelle de fonds. La législation française doit donc reconnaître quatre catégories d'opérations de crédit islamique quand bien même les contours de la notion de crédit semblent se fonder uniquement sur le contrat de prêt⁷⁷⁵. Cette approche doit être réformée parce que les opérations de crédit islamiques comprennent les crédits participatifs (A), les crédits adossés à un actif (B), les crédits combinant les deux premiers (C) et les crédits « *hawala* » qui servent de support au crédit par mobilisation des créances et au crédit par signature (D). Si notre seconde partie est exclusivement réservée aux trois premières catégories de crédit, le crédit *hawala* sera ici exposé de manière plus approfondie.

avec une marge bénéficiaire. Son émergence est liée à l'interdiction du riba, sans laquelle on aurait pu, bien plus facilement, financer une vente par une mobilisation banale de créance ».

⁷⁷⁴ Dominique Legeais, R.T.D.com., Chronique « *Crédit et titres de crédit* », octobre / décembre 2008, p. 828.

⁷⁷⁵ Ph. Delebecque et M. Germain, op. cit., n° 2376 : « *Au regard du droit spécial des contrats, on peut se demander si les règles du prêt (art. 1905 et s.) n'ont pas vocation à se généraliser : la jurisprudence y est favorable. Le prêt est sans doute le « contrat-souche » des opérations de crédit, contrat qu'il faut distinguer du contrat de société, qu'il faut donc qualifier et naturellement établir ; la preuve de la remise de fonds ne suffit pas à justifier l'obligation pour celle-ci de restituer la somme qu'elle a reçu (...) Le crédit est souvent affecté à telle ou telle opération (achat, construction...), si bien que l'on peut se demander si cette situation ne crée pas un lien entre les deux conventions. En principe non : l'emprunteur doit rembourser le prêt bien que le contrat de vente eût été résolu aux torts du vendeur, quand bien même le prêt litigieux eût été affecté à l'achat d'un bien déterminé, dès lors qu'il n'est pas prétendu que le vendeur et le prêteur ont agi de concert ; en effet, la cause de l'obligation de l'emprunteur réside dans la remise des fonds prêtés ; sauf à considérer que les conventions possèdent une cause unique ».*

A) L'encadrement des opérations de crédit participatif par le droit français

320. – Légalité en droit français. L'opération de crédit participatif permettra au banquier de mettre des fonds à la disposition d'un client en vue de tirer profit de son activité économique. Le contrat de crédit contiendra une clause de participation qui applique le principe du partage des profits et des pertes. Adossés donc à des contrats de société comme la « *moudaraba* » ou la « *mousharaka* », ces contrats doivent-ils respecter l'article 1833 du Code civil qui dispose que « *toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés* » ? Cette disposition pourra conduire une banque et son client à constituer une société du fait qu'ils aient accepté de s'engager dans une opération de crédit participatif de laquelle découleront un ensemble de droits et d'obligations nouveaux par rapport au financement bancaire classique. Pourtant, l'article L. 313-13, alinéa 3, du Code monétaire et financier dispose que le prêt participatif n'emporte pas la constitution d'une société lorsqu'il est attribué à une entreprise individuelle. Cet article devra être étendu aux crédits participatifs malgré la précision relative à l'attribution à une entreprise individuelle. Ainsi, il sera aventureux d'étendre cette disposition aux crédits participatifs destinés aux autres formes d'entreprise.

Ainsi, dans une logique de société, les associés devront mettre en commun leurs apports (en numéraire, en nature ou en industrie) en vue de partager les pertes et les profits. La rémunération du banquier sera déterminée en fonction d'une clé de répartition des profits et des pertes qui est applicable en droit français, notamment au regard de la position de MM. Gavalda et Stoufflet qui affirment qu'« *une avance rémunérée par une participation aux profits de l'activité du bénéficiaire serait une opération de banque* »⁷⁷⁶ est pertinente.

Conforme par rapport au *ratio legis* de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, la formule participative a un caractère onéreux. Ainsi, la rémunération peut être liée aux résultats d'une activité qu'elle soit civile ou commerciale. Elle dépendra essentiellement de la volonté du banquier islamique de consentir un crédit participatif.

307. – Limites à la participation bancaire ? L'article L. 511-2 du Code monétaire et financier permet aussi aux établissements de crédit de prendre ou de détenir des participations dans des

entreprises existantes ou en création. Selon l'article 2 du Règlement Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF) du 20 juin 1990 relatif aux participations dans le capital d'une entreprise⁷⁷⁷, la participation d'une banque dans les sociétés est limitée par deux ratios : d'une part, chaque participation ne doit pas excéder 15% du montant des fonds propres ; et d'autre part, l'ensemble des participations doit être inférieur à 60% des fonds propres. « Cette double limite s'explique par la volonté que les établissements de crédit ne prennent des risques excessifs dans des sociétés commerciales et n'orientent exagérément leur l'activité vers les autres activités autres que les opérations de banque »⁷⁷⁸. Les crédits participatifs sont-ils concernés par les limites de cette réglementation ? Sont assimilés à des prises de participations, les engagements d'achat de participations souscrits par l'établissement pour une durée supérieure à trois mois. Les participations prises en compte sont, selon l'article 1 aliéna 2 de ce Règlement, celles qui confèrent au moins 10% du capital ou des droits de vote ou celles qui permettent d'exercer une influence notable sur l'activité de l'entreprise⁷⁷⁹. Á ce stade, si le crédit participatif est qualifié de prise de participatif, ces ratios devront s'appliquer.

Toutefois, les ratios sont calculés en fonction des fonds propres. Si les dispensateurs de crédit islamique prêtent les fonds déposés par les clients, la question du respect des ratios liés aux fonds propres ne devraient pas se poser. En outre, si le banquier est autorisé par les titulaires des comptes

⁷⁷⁶ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 39.

⁷⁷⁷ Règlement CRBF n° 90-06 du 20 juin 1990 relatif aux participations des établissements de crédit dans le capital d'entreprise, modifié par les règlements n° 94-03 du 8 décembre 1994, n° 98-03 du 7 décembre 1998 et n° 2000-03 du 6 septembre 2000 et par l'arrêté du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 19 septembre 2005.

⁷⁷⁸ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 80.

⁷⁷⁹ En vertu de l'article 3 du même Règlement, ne sont pas soumises aux limites prévues à l'article 2 ci-dessus : a) les participations détenues dans les entreprises à caractère financier telles que définies à l'article 1er du règlement n° 2000-03 du 6 septembre 2000 ; les entreprises d'assurances « ou les sociétés de réassurance » agréées dans un État membre de l'Union européenne ou un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ; les entreprises d'assurance « ou les sociétés de réassurance » soumises au contrôle d'une autorité publique d'un État qui n'est pas partie à l'accord sur l'Espace économique européen, sous réserve d'un accord de la Commission bancaire qui, dans ce cas, définit les modalités de prise en compte de cette participation pour le calcul des fonds propres, conformément au règlement n° 90-02 susvisé, et le cas échéant pour l'exercice de la surveillance prudentielle sur base consolidée, conformément au règlement n° 2000-03 du 6 septembre 2000 ; b) les participations répondant aux caractéristiques suivantes : les titres acquis depuis trois ans au plus en raison d'une opération d'assistance financière ou en vue de l'assainissement ou du sauvetage d'une entreprise ; les titres détenus par l'établissement, en vertu d'un accord préalablement conclu avec un tiers, pour le compte de ce dernier ; les titres classés dans les titres de transaction tels que définis à l'article 2 du règlement n° 90-01 susvisé ; pour une durée d'un an au maximum, les titres qui ont fait l'objet d'un engagement irrévocable d'achat reçu d'un tiers ; les titres détenus dans le cadre d'une prise ferme d'émission de titres, pendant une durée de trois mois à compter de la clôture de l'émission, ou dans des sociétés d'investissement à capital variable, pendant une durée de six mois à compter de leur constitution.

d'investissement participatif à octroyer des crédits participatifs, il existe alors une marge de manœuvre certaine⁷⁸⁰.

À côté des crédits participatifs, les crédits islamiques se fondent sur des contrats adossés à un bien. La majorité des produits bancaires islamiques se fondent sur des contrats de vente et de location lesquels stipulent un profit préalablement calculé en fonction d'un taux d'intérêt ou non.

B) L'encadrement des opérations de crédit adossées à un bien par le droit français

308. – Diversité des crédits adossés. La deuxième catégorie de crédit islamique est une catégorie de mise à disposition de fonds qui consiste à vendre à crédit ou à donner en location un bien, en contrepartie de la perception d'une marge bénéficiaire à la place de l'intérêt, par le banquier. Les crédits *mourabaha*, *salam*, *istisna*, *tawarouq* ou *ijara* (ainsi que ses variantes) sont compris dans cette catégorie.

309. – Crédit adossé et intermédiation bancaire. Le montage d'une opération de crédit adossé nécessite l'intervention d'un tiers qui est très souvent le vendeur initial du bien. Ce crédit adossé est islamiquement légale toutes les fois que la rémunération du banquier prend en compte la valeur réelle des biens ou des actifs financés. À l'appui de l'évocation du concept de crédit adossé par M. Sélim Jahel⁷⁸¹, nous considérons que ce crédit adossé peut se substituer à de nombreux crédits à intérêt.

310. – Interdépendance du contrat de vente et du contrat de prêt. En France, le droit commun prévoit l'indépendance des contrats dans une opération de crédit⁷⁸². C'est le cas entre le contrat de crédit et le contrat principal d'achat, alors que le droit de la consommation opte pour leur interdépendance. Si le vendeur d'un bien ne le livre pas, les obligations de l'emprunteur à l'égard du

⁷⁸⁰ Voir infra, n° 827 – 832, 871 – 873.

⁷⁸¹ S. Jahel, *L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie*, RTDcom 1985, p. 483 : l'auteur voyait une meilleure sécurité des opérations parce que le bien joue aussi le rôle d'une garantie en cas d'insolvabilité du client.

⁷⁸² Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 707.

prêteur ne peuvent pas prendre effet⁷⁸³. Si le vendeur livre le bien avant l'obtention du prêt, il devra le récupérer si l'acquéreur n'a pas pu obtenir le crédit⁷⁸⁴. Si le contrat principal est annulé, le contrat de crédit en sera affecté. Par exemple, la Cour de Justice des Communautés Européenne - aujourd'hui Cour de Justice de l'Union Européenne - a limité le lien de dépendance entre le contrat de vente et le contrat de crédit : *« l'article 11, §2 de la directive 87/102/CEE du Conseil, du 22 décembre 1986, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaire et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, doit être interprété en ce sens que, [...], l'existence d'un accord entre le prêteur et le fournisseur, sur la base duquel un prêt est exclusivement octroyé par ce prêteur aux clients de ce fournisseur, n'est pas une condition nécessaire du droit pour ces clients d'agir à l'encontre dudit prêteur en cas d'inexécution des obligations incombant audit fournisseur afin d'obtenir la résolution du contrat de prêt et la restitution subséquente des sommes versées à l'organisme de financement »*⁷⁸⁵. Les clients ont donc le droit saisir directement le fournisseur. En l'espèce, il s'agissait de l'achat d'une voiture. Toutefois, le droit musulman partage la conception du droit commun français, à savoir l'indépendance des contrats en vue d'éviter des montages frauduleux. Les deux précédentes catégories peuvent se combiner pour structurer une troisième forme d'opération de crédit islamique.

C) L'encadrement juridique français des opérations de crédit combinant le crédit participatif et le crédit adossé

311. – Montage innovant. Face à des critiques de plus en plus vives, les banquiers islamiques ont imaginé une catégorie d'opérations de crédit qui est le fruit de la combinaison des deux premières catégories. Les textes et les auteurs en France restent muets à leur sujet, alors qu'il est particulièrement important de comprendre son mécanisme et les règles qui gouvernent sa conformité islamique. Il s'agit de la combinaison du contrat de *moucharaka* dans sa variante dégressive et l'*ijara*. Elle permet essentiellement de financer l'acquisition d'un bien immobilier. Par exemple, la

⁷⁸³ Cass. civ. 1^{ère}, 7 février 1995, Bull. civ. n° 70 ; 1^{er} mars 2005, Bull. civ., n° 108, D. 2005, AJ 888.

⁷⁸⁴ Voir par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 22 juillet 1987, Bull. civ., n° 259.

⁷⁸⁵ JCP Entreprise et Affaires, 30 avril 2009, n° 18, P. 10.

banque et le client forment une sorte de société dans laquelle la banque apporte 90% et le client 10% des fonds pour l'acquisition du bien immeuble. L'objet de la société est d'acquérir un bien destiné à devenir la propriété du client. Au fur et à mesure du remboursement des échéances, le client acquiert les parts de la banque qui doit à échéance se retirer en transférant la nue-propriété du bien au client. Il semblerait que ce montage remplacerait dans un avenir proche la *mourabaha*⁷⁸⁶.

Certains montages de crédit-bail immobilier peuvent structurer ce crédit, notamment lorsque les parties forment une société civile immobilière. C'est pourquoi nous avons proposé un régime juridique relatif au « crédit-bail participatif »⁷⁸⁷.

Si les modalités de rémunération des trois premières catégories ne présentent pas de grande difficulté, il en va différemment de la dernière catégorie.

D) L'encadrement juridique français des opérations de crédit « *hawala* »

312. – Définition du contrat de « *hawala* ». Le droit musulman classe le contrat de « *hawala* » dans la catégorie des actes de courtoisie, de bienfaisance sans être une libéralité, et encore moins une vente. Il facilite le recouvrement des créances⁷⁸⁸, ce qui permet de distinguer ce qui peut être facturé en termes de service réellement rendu, de ce qui rémunère une créance, une dette pouvant entrer de ce fait dans le champ d'application de la prohibition du *ribâ*.

La doctrine islamique s'accorde à définir la *hawala* comme le transfert des droits attachés à un *dayn*, c'est-à-dire un transfert non seulement la dette mais aussi toute forme d'obligations, de droits (réels ou personnels) attachés à la dette d'un débiteur. Elle met en place un mécanisme juridique triangulaire pour substituer soit le débiteur initial par un autre, soit le créancier initial par un autre⁷⁸⁹.

Dans le « *Majalla* » (Code civil ottoman), la *hawala* est définie comme étant un acte par lequel une dette est mise à la charge d'une autre personne⁷⁹⁰. Le consentement de toutes les parties est requis, et chacune des parties doit être capable, et pouvant agir en toute indépendance. L'article 2 du Sharia

⁷⁸⁶ Islamic Financial Services Board & Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank Group, *Islamic Finance and Global Financial Stability*, April 2010, p. 21 – 23.

⁷⁸⁷ Voir infra, n° 891 – 899.

⁷⁸⁸ Article 3/1, Sharia Standard de l'AAOIFI, *Hawala*.

⁷⁸⁹ Article 1/2, Sharia Standard de l'AAOIFI, *Hawala*.

Standard de l'AAOIFI relatif à la *hawala* montre qu'elle est un transfert de dette et non une cession de dette ou de créance⁷⁹¹.

Selon une Tradition de Mohamed, le débiteur solvable ne doit pas proroger le paiement de sa dette, et le créancier riche doit accepter le transfert de dette. Á cet égard, le consensus *doctorum* admit la conformité islamique de la *hawala*⁷⁹². Cette conformité s'étend aux droits autres qu'un droit de nature pécuniaire⁷⁹³. Quand bien même, aucune formalité n'est exigée pour conclure une telle transaction, une partie de la doctrine islamique exige assez logiquement un écrit constatant la dette et son transfert, conformément au verset 282 de la deuxième sourate du Coran.

313. – Précisions terminologiques. Nous retiendrons néanmoins la terminologie de la cession de créance pour indiquer les personnes impliquées dans l'opération dans un souci de faciliter son exposé. En tout état de cause, la *hawala* ne doit pas être identifiée à une cession⁷⁹⁴, mais à un transfert, ou un transport, de dette ou de droits, du cédant, c'est-à-dire le débiteur (« *muhil* »), à un cessionnaire (« *muhil aleyhi* »). Le cédé (« *muhaal* ») peut accepter ou non le transfert. En principe, la *hawala* doit être acceptée par le cédé si le cessionnaire est clairement identifié et solvable. Mais, elle est permise même si la situation financière et la solvabilité du cessionnaire sont inconnues⁷⁹⁵. Étant donné que la *hawala* est un « *transfert de dayn* », il convient aussi de définir le terme « *dayn* ». En droit musulman, il regroupe non seulement les sommes d'argent mais aussi les droits et les obligations d'une partie à un contrat. Il est l'équivalent à la fois de la « dette », de « droits réels »

⁷⁹⁰ *Majallat al-Ahkam al-'Adliyyah*, article 686.

⁷⁹¹ « *Hawala of debt is the transfer of debt from the transferor (Muheel) to the payer (Muhil Alaihi). The transfer of right, on the other hand, is a replacement of a creditor with another creditor. The transfer of debt differs from transfer of right in that in transfer of debt a debtor is replaced by another debtor, whereas in a transfer of right a creditor is replaced by another creditor* ».

⁷⁹² W. Zuhayli, op. cit., Tome 2, p. 51 « *Al-Bukhari and Muslim reported through Abu Huraira that the Prophet (pbuh) said, Default on payment by a solvent debtor is unjust, and if anyone of you is transferred to a solvent person, he must accept the transfer* ».

⁷⁹³ *Idem* : « *The transfer of right, on the other hand, is a replacement of a creditor with another creditor. the permissibility of hawala haqq (transfer of a right) as advocated by the Hanafis is that its essence is similar to suretyship which is permitted by all four schools of Islamic law, regardless of the name of the contract in this regard* »

⁷⁹⁴ Dans le Lexique juridique de Dalloz, la cession de créance est définie comme étant « *une convention par laquelle le créancier, appelé le cédant, transmet sa créance contre son débiteur (débiteur cédé) à un tiers, appelé cessionnaire* »; et la cession de dettes, une « *convention par laquelle un débiteur transmet sa dette à un tiers qui sera désormais tenu à sa place envers le créancier. La cession de dettes n'est possible que dans des cas exceptionnels* ». Le code civil ne définit pas la cession de créance, mais explicite son régime aux articles 1689 à 1701.

Par contre, c'est l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier qui la définit, mais uniquement dans un cadre professionnel, voir supra, n° 272 et suivants.

⁷⁹⁵ Article 3/2, Sharia Standard de l'AAOIFI, *Hawala*.

et de « droits personnels ». Il peut ainsi être traduit par « créance » ouvrant le droit d'exiger la remise d'une somme d'argent⁷⁹⁶.

314. – Nature juridique. La nature juridique de la *hawala* demeura incertaine dans certains cas. Elle n'est pas une vente selon les hanafites alors que les autres écoles l'y ont assimilée. Elle est similaire mais pas identique juridiquement à la « vente » ou la « cession » de dette ou de créance parce qu'elle a pour objet d'éteindre la dette ou la créance d'une partie au contrat. Elle fait aussi supporter au cessionnaire la créance accompagnée des droits et des obligations qui y sont attachés⁷⁹⁷. L'assimilation à la vente permet aux malékites de la faire entrer dans le champ d'interdiction de « *bay al dayn bil dayn* » toutes les fois qu'il existe un différentiel de valeur monétaire entre la créance cédée et les sommes réellement versées au créancier. Si les hanafites prohibent le « *bay al dayn* », ils jugent qu'elle ne s'applique pas entre un créancier et un débiteur qui organisent un transfert de dette. Les chaféites permettent le transfert d'une dette contre une autre ou celui d'une créance contre une autre comme le versement d'un salaire avant l'achèvement d'un travail. Enfin, selon les quatre écoles, elle permet la cession de droits qui accompagne souvent un transfert de créance, pour notamment économiser une transaction en n'exigeant pas le paiement de sa créance auprès de son débiteur.

315. – Technique de compensation. Le cessionnaire peut demander la compensation des créances si l'une des trois conditions suivantes est remplie : d'une part, lorsque la *hawala* est initiée par le débiteur principal en vue de compenser la créance du cessionnaire sur lui. Toutefois, si c'est le créancier qui en est à l'origine, aucune compensation n'est possible. D'autre part, la compensation est possible si le cessionnaire a payé le créancier de son débiteur. Enfin, si le cédant et le cessionnaire ont chacun une créance de même nature, de même qualité et de même quantité, la compensation est légale en prenant le nom de « *mouqassah* »⁷⁹⁸. Le montant de la compensation se limite au montant de la créance et non au montant réel payé par le cessionnaire.

Dans d'autres opérations, il convient de distinguer le débiteur principal qui est l'obligé originel du créancier qui accepte que sa dette soit réglée par un nouveau débiteur. Les hanafites admettent que la

⁷⁹⁶ Lexique des termes juridiques, Dalloz.

⁷⁹⁷ W. Zuhayli, op. cit., Tome 2, p. 61 à 64.

⁷⁹⁸ Ibidem., p. 72 et p. 291 à 309.

réalisation de la *hawala* ne nécessite pas le consentement du débiteur principal alors que les autres écoles l'exigent : celui du créancier est en tout état de cause obligatoire.

316. – Qualification juridique. Il faut donc qualifier la *hawala* de transport de dette ou de créance⁷⁹⁹ et non de cession de créance⁸⁰⁰ parce que la cession implique un prix de cession, comparable à un prix de vente majoré d'une marge pour le banquier. Or, contrairement au crédit *mourabaha*, *salam*, *istisna* et *ijara*, le contrat de crédit *hawala* ne peut stipuler licitement ladite marge parce qu'il ne s'adosse pas à un bien réel.

La *hawala* joue ainsi le rôle d'indicateur pour jauger la conformité islamique de certains crédits adossés à des contrats de vente et de location lorsque l'objet de l'opération s'avère être une cession de dette ou de créance. Pourtant, la mobilisation de ces dernières peut être nécessaire pour obtenir une mise à disposition de fonds. Cette problématique du droit musulman est source de nombreuses difficultés non seulement pour les personnes à la recherche de capitaux, mais également pour assoir un système cohérent de refinancement des institutions financières islamiques. Si elle sous-entend une rémunération, l'attention doit se porter sur les choses ayant fait l'objet du contrat notamment si elles sont consommables et fongibles (comme de la monnaie fiduciaire). Dans ce cas, l'opération peut générer du *ribâ*. C'est pourquoi la qualification de vente ou de cession présente l'inconvénient de projeter les parties à la limite de la conformité islamique.

317. – « *Hawala* restreinte » et « *hawala* non restreinte ». De plus, il existe de deux sortes de *hawala* : la restreinte (« *hawala mouqqayda* ») et la non restreinte (« *hawala mutlak* »). La première est restreinte en ce sens que le cédé est non seulement le débiteur du cédant, mais également le créancier du cessionnaire. Dans le cas contraire, il s'agit de la « *hawala mutlak* », non restreinte, où le cédé n'est pas le créancier du cessionnaire, mais l'agent du transfert de fonds.

La *hawala* est aussi non restreinte lorsque le débiteur principal transfère sa dette ou sa créance à un tiers malgré l'absence de lien contractuel entre eux. Dans ce cas, le cessionnaire s'engage seulement à payer le montant de la créance ou de la dette. Les malékites, les chaféites et les hanbalites jugent très justement qu'elle est une forme de garantie⁸⁰¹.

⁷⁹⁹ Cf. Article 2, Sharia Standard de l'AAOIFI, *Hawala*.

⁸⁰⁰ S. Jahel, *L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie*, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1985, p. 483.

⁸⁰¹ W. Al Zuhayli, op. cit., Tome 2, p. 58.

La « *hawala* restreinte », contrairement à la « *hawala* non restreinte », est un transport de dette conditionné par l'existence de deux séries de dettes : celle dues par le cédé au cédant, et celle dues par le cessionnaire au cédé. L'AAOIFI retient cette même distinction⁸⁰².

318. – Encadrement par le droit français. La *hawala* peut être régie par l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier selon lequel constituent des opérations de crédit les engagements par signature tels qu'un aval, un cautionnement ou une garantie. Si la principale fonction de la *hawala* consiste à transférer une dette, c'est en fait une institution vraiment originale qui est « *assez souple pour remplir le rôle à la fois de la délégation, de la cession de créance, du mandat de recevoir, de payer, de l'ouverture de crédit* »⁸⁰³. Elle dérive de la « *souftaja* », un type primitif de lettre de change.

À l'origine, cet instrument était considéré comme un prêt qui avait pour but d'éviter les risques de pillage sur la Route de la Soie en transférant des « droits pécuniaires » du cédant, resté dans sa localité, à un cessionnaire, chargé d'acheter ou de vendre des marchandises, le cédant étant substitué par le cédé qui vivait dans la ville où la transaction allait se dérouler. En cas de préjudice né à la suite d'un manquement, le cédé devait être en droit de demander réparation puisqu'il existe des cas limitatifs où le cédant supporte les conséquences du manquement du cédé, ce qui ne permet pas de transposer toutes les règles en encadrant la lettre de change.

319. – Encadrement par le droit commun de la cession de créance. En droit français, selon l'article 1689 du Code civil, « *dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre* ». Cet article utilise le terme de « transport », ce qui montre un lien entre le droit français et le droit musulman. Cette disposition admet que tous les droits incorporels puissent faire l'objet d'un « transport », pourvu qu'ils ne soient pas hors du commerce ou que l'aliénation n'en ait pas été prohibée par une loi particulière⁸⁰⁴. Par exemple, est également une cession de créance, la clause d'un contrat de crédit-bail par laquelle le bailleur délègue au preneur tous ses droits et actions contre le fournisseur

⁸⁰² Articles 5/1/1 et 5/1/2, Sharia Standard de l'AAOIFI, *Hawala*.

⁸⁰³ Huvelin, *Annales de droit commercial*, 1901, p. 1 et s.

⁸⁰⁴ Paris, 12 décembre 1934, DH 1935. 89.

concernant la garantie des vices cachés, l'assignation du fournisseur par le preneur en résolution de la vente opérant signification de cette cession de créance de garantie⁸⁰⁵.

La signification dans le transport de dette pourrait être une forme de garantie pour les opérations de crédit islamique par mobilisation de créance, à moins que les professionnels soient déchargés de cette contrainte depuis que le droit français a inséré la cession de créance dite Dailly⁸⁰⁶.

En cas de défaillance du cessionnaire, le créancier dispose en droit français d'un recours à l'encontre du cédant. Selon les hanafites, le décès ou la faillite du cessionnaire, de la même manière que l'annulation du contrat de *hawala*, conduisent au rétablissement des droits du créancier sur le débiteur principal, eu égard à l'opinion du deuxième Calife Omar. Or, les autres écoles ne partagent cette position tant qu'il est possible au créancier de recouvrer sa créance auprès du cessionnaire. Toutefois, elles préconisent que le créancier doit accepter le transfert de dette, ce qui conduit à penser à une « *hawala* acceptée » par analogie avec la « lettre de change acceptée ». Cette position se fonde sur une opinion du quatrième Calife Ali. Quand bien même cela dénote la nature juridique diversifiée du contrat de *hawala*, il s'avère que le droit cambiaire a une portée limitée⁸⁰⁷.

Dans le cas d'un montage pour garantir une créance, la *hawala* peut aussi être régie par l'article L. 313-24 du Code monétaire et financier : « *même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée* ». Cette disposition suggère que la cession peut être gratuite. En revanche, la garantie suppose que « *sauf convention contraire, le signataire de l'acte de cession ou de nantissement est garant solidaire du paiement des créances cédées ou données en nantissement* ».

320. – « *Hawala* » et aval. Il est à noter qu'il existe un lien de « parenté » entre le mot « aval » et « *hawala* ». L'article L. 511-21 du Code de commerce dispose que « *le paiement d'une lettre de change peut être garanti pour tout ou partie de son montant par un aval* ». L'aval est « *un cautionnement solidaire d'un signataire de la lettre de change, par lequel le donneur d'aval (ou*

⁸⁰⁵ Cass. Com., 4 juin 1996, D. 1996. 630, note Billiau.

⁸⁰⁶ Article L. 313-23 du Code monétaire et financier : « *Tout crédit qu'un établissement de crédit consent à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale de droit public ou de droit privé ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle.* »
« *Peuvent être cédées ou données en nantissement les créances liquides et exigibles, même à terme. Peuvent également être cédées ou données en nantissement les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés* ».

⁸⁰⁷ W. Al Zuhayli, op. cit., Tome 2, p. 68.

« avaliste » ou « avaliseur ») s'engage cambiairement à payer la lettre à la place de ce signataire »⁸⁰⁸. Le cessionnaire peut se prévaloir de l'inopposabilité des exceptions⁸⁰⁹. En pratique, l'« aval par acte séparé » est plus répandu bien qu'il soit peu connue, parce qu'il a l'avantage de préserver la discrétion⁸¹⁰.

L'aval est plus une garantie qu'une cession de créance ou qu'un lettre de change.

321. – « Hawala » et lettre de change. L'AAOIFI présente la *hawala* comme étant une forme de lettre de change lorsque le cessionnaire est le créancier du cédant⁸¹¹. Si ce n'est pas le cas, la « *hawala* » est requalifiée de mandat de payer⁸¹². En revanche, s'il n'existe pas de créance entre le cédant et le cessionnaire, la *hawala* est non restreinte⁸¹³.

La *hawala* peut être un instrument de crédit qui peut être endossé, notamment lorsque le cessionnaire est le créancier de celui qui endosse le document. Dans le cas où le cessionnaire n'est pas le créancier du cédant, c'est un mandat de paiement⁸¹⁴. C'est le cas aussi lorsque le banquier endosse au nom du client peu important si le banquier perçoit une rémunération ou non⁸¹⁵.

⁸⁰⁸ D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, op. cit., n° 612.

⁸⁰⁹ Ibidem, n° 614 : « *Le donneur d'aval, comme tout signataire de la lettre de change, est tenu cambiairement de payer la lettre de change : son engagement est commercial, unilatéral, solidaire, abstrait, exclusif de tout délai de grâce et soumis à une courte prescription. Notamment, le donneur d'aval ne peut pas opposer au porteur de bonne foi, les exceptions provenant de ses rapports avec celui pour le compte de qui il a donné son aval* ».

⁸¹⁰ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Instrument de paiement et de crédit*, op. cit., n° 98.

⁸¹¹ D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, op. cit., n° 575 : « *La lettre de change (ou traite) est un écrit par lequel une personne – le tireur – donne l'ordre à l'un de ses débiteur – le tiré – de payer une certaine somme à une certaine date, une troisième personne, le bénéficiaire ou porteur* ». Elle est régie par les articles L. 511-1 et suivants du Code de commerce.

⁸¹² Article 12/4/1, Sharia Standard, *Hawala* : « *A bill of exchange is a form of hawala if the beneficiary is a creditor to the drawer. The drawer is, in this case, the transferor who gives orders for the paying bank to pay a certain sum of money at a specified date to the defined beneficiary. The party executing payment of such amount of money is the payer whereas the beneficiary, i.e. the holder of the bill, is the transferee. If the beneficiary is not a creditor of the drawer, then the issuance of the bill of exchange becomes an agency contract to recover or collect the amount of the bill of exchange on behalf of the drawer* ».

⁸¹³ Article 12/4/2, Sharia Standard, *Hawala* : « *In the absence of a debt obligation between the drawer and the paying bank, the issuance of a bill of exchange becomes an unrestricted hawala* ».

⁸¹⁴ Article 12/5/1, Sharia Standard, *Hawala* : « *An endorsement of a negotiable instrument in a manner that transfers title to its value to the beneficiary is a form of hawala if the beneficiary is a creditor to the endorser. If the beneficiary is not a creditor to the endorser, the endorsement becomes one of agency contract for collection of the amount of the debt* ».

⁸¹⁵ Article 12/5/2, Sharia Standard, *Hawala* : « *An endorsement of a bill of exchange on behalf of a client who requires the institution to transfer, after collection, the amount of the instrument into his account is not a hawala. This is a contract of agency that is permissible with or without consideration* ».

Toutefois, lorsque l'opération est une *hawala*, il n'est pas permis au banquier de réduire le montant de la créance transférée pour percevoir une rémunération parce qu'elle devient *ribawi*⁸¹⁶. Or, l'article L. 511-3 du Code de commerce dispose que « *dans une lettre de change payable à vue ou à un certain délai de vue, il peut être stipulé par le tireur que la somme sera productive d'intérêts* ». Cela signifie que la provision doit rester inchangée en droit musulman⁸¹⁷.

322. – « Hawala » et billet à ordre. Un billet à ordre se distingue de la lettre de change sur plusieurs points qu'il faut mettre en exergue brièvement : d'une part, le premier est une opération entre deux personnes alors que la seconde implique trois personnes⁸¹⁸, d'autre part, il n'existe pas de provision⁸¹⁹ pour le premier ; et enfin, le premier n'est pas un acte de commerce par nature.

Le billet à ordre est une technique pouvant servir à transmettre un fonds de commerce, ou à mobiliser des créances. Le contrat est qualifié de billet à ordre lorsque la mention d'une clause à ordre du type « Je paierai à l'ordre de X » est prévue.

Cette promesse doit s'interpréter comme étant une promesse pure et simple de payer une somme d'argent déterminée. Elle est à rapprocher du mandat requis dans la lettre de change, en vertu de l'article L. 511-1, 2° du Code de commerce⁸²⁰. Le billet à ordre est un document créé à l'initiative du débiteur (le souscripteur) qui s'engage à verser à une certaine date, une somme déterminée au créancier (le bénéficiaire). C'est cet aspect qui permettra de qualifier la *hawala* en un billet à ordre lorsque l'opération est triangulaire : la banque intervient pour le recouvrement des billets dont le montant est inscrit en compte du client⁸²¹. Elle perçoit des commissions pour services rendus. Si le bénéficiaire s'adresse à la banque du souscripteur et en exige le paiement via sa banque, cette

⁸¹⁶ Article 12/5/4, Sharia Standard, *Hawala* : « *It is bills of exchange by transferring not permissible to discount the ownership of their value, before their due date, to an institution or others for a discounted immediate payment. This is because the transaction in this manner is a form of riba* ».

⁸¹⁷ Article L. 511-7 du Code de commerce : « *Il y a provision si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur, ou à celui pour compte de qui elle est tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change* ».

⁸¹⁸ Voir les articles L. 512-1 du Code de commerce pour le billet à ordre et L. 511-1 et suivants pour la lettre de change.

⁸¹⁹ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Instrument de paiement et de crédit*, op. cit., n° 92 : La provision d'une lettre de change est définie par l'article L. 511-7 alinéa 2 du Code de commerce comme étant la créance du tireur sur le tiré dont la transmission à un tiers implique la détermination de la valeur fournie : « *à l'échéance de la lettre de change, il existe une provision si celui sur qui elle est fournie est redevable d'une somme d'argent au moins égale au montant de la lettre* ». Si son existence n'est pas cependant une condition de validité, elle s'apparente à une sûreté réelle. Puis, l'article L. 511-7 alinéa 3 dispose que « *la propriété de la provision est transmissible de droit aux porteurs successifs de la lettre de change* ».

⁸²⁰ *Idem*.

dernière est alors débitrice de la valeur de la créance auprès de lui puisque le souscripteur en est débiteur auprès d'elle. Le billet à ordre permettra au banquier d'avancer immédiatement le montant de la créance.

Pour un billet à ordre de type islamique, la rémunération du banquier ne peut être fonction du montant de la créance. Pour éviter la genèse du *ribâ*, la banque doit reverser le montant indiqué sur le billet, alors qu'elle peut exiger des commissions et des frais. Les sommes perçues seraient nécessairement, selon M. J.-F. Rycx, grevées d'intérêt, déguisés en commissions et frais⁸²². Certes, le risque existe ! En revanche, rien n'empêche la rémunération d'un intermédiaire, surtout s'il a été sollicité par les parties, la recherche de fluidité financière écarte les difficultés liées à la gestion et à la mise en œuvre pour la clientèle de service adéquat à leur engagement. Le simple fait que la banque et le souscripteur soient les débiteurs du bénéficiaire, la relation entre les deux premiers (de créancier à débiteur), ne justifie pas l'illicéité islamique de la perception de commission. D'autant moins qu'elles ne peuvent être assimilées à un intérêt. La longueur de la chaîne des débiteurs importe peu, car il revient aux contractants de déterminer le coût des échanges⁸²³.

323. – De la classification au contrôle des crédits islamiques en France. Bien que cette classification donne une idée plus précise de l'encadrement des opérations de crédit islamique par le droit français, le juge français doit préserver la liberté contractuelle des prêteurs et emprunteurs islamiques : *« des parties qui s'astreignent à bannir la spéculation du cadre contractuel, à restreindre leurs transactions aux seules choses déterminables et non aléatoires, et à renoncer à tout revenu garanti, font usage de leur liberté contractuelle et entendent bien être liées juridiquement par leur accord. C'est là le critère classique de la règle de droit »*⁸²⁴. Avant qu'un juge ne se prononce, il importe de connaître la manière dont les dispensateurs de crédit islamique devraient être contrôlés en France.

⁸²¹ Est une opération de crédit régie par le Code de la consommation le paiement d'un bien mobilier par un billet à ordre à neuf mois et par le versement d'une somme à la livraison prévue à dix-huit mois après la souscription du contrat (CA Paris, 13 septembre 1994, D. 1994, IR 233).

⁸²² J.-F. Rycx, *Systèmes juridiques et économie islamique*, in *Les capitaux de l'Islam*, sous. la dir. G. Beaugé, op. cit., p. 45.

⁸²³ Par ailleurs, le billet à ordre peut être garanti par un aval qui sera matérialisé par la signature du donneur d'ordre sur le billet. Un aval est une garantie donnée sur un effet de commerce par l'avaliste (ou donneur d'aval) qui s'engage à en payer le montant à échéance si le ou les signataires ne le font pas.

§3) La surveillance des établissements de crédit islamique en France

325. – Agrément et contrôle. En France, le distributeur du crédit islamique doit se doter d'une compétence spécifique tout en devant exercer son métier conformément aux lois et règlements. Une attention particulière doit être portée sur la protection des clients, la sécurité juridique des transactions, la non discrimination, la stabilité des différents marchés, ainsi que le respect de la laïcité, de l'ordre public et les bonnes mœurs. Dès lors, avant de distribuer un crédit islamique, tout établissement de crédit – qu'elle soit une banque entièrement islamique ou non – doit obtenir l'agrément de l'Autorité de contrôle prudentiel (A). En revanche, une succursale d'une banque islamique établie dans un État membre de l'Union européenne ne nécessite pas un tel agrément, contrairement à l'établissement d'une filiale (B).

A) L'agrément de l'Autorité de contrôle prudentiel

326. – Délivrance de l'agrément par l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP). Une opération de crédit islamique a été réalisée en 2010 sans la délivrance d'un agrément spécifique⁸²⁵. Cela signifie qu'un agrément n'est donc pas nécessaire pour octroyer un crédit islamique par un établissement de crédit déjà agréé.

Toutefois, pour éviter tout risque de sanction, un établissement de crédit devra demander un agrément pour distribuer des crédits islamiques. Il doit respecter une série de conditions. MM. Gavalda et Stoufflet qui se sont interrogés sur la possibilité de délivrer un tel agrément : « *de telles institutions (banques islamiques) peuvent-elles être agréées en France en qualité d'établissement de crédit ?* »⁸²⁶. Ils répondent par l'affirmative, « *sous réserve qu'elles répondent à l'ensemble des conditions posées par la législation françaises, un tel agrément semble possible* ». L'article L. 511-10 du Code monétaire et financier prévoit que l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) délivre

⁸²⁴ G. Affaki, *La finance islamique en France : entre accueil et réforme*, Revue Banque, juin 2010, n° 725, p. 56.

⁸²⁵ Premier financement islamique pour un particulier en France, <http://.aidimm.com/articles/premier-financement-islamique-pour-un-particulier-en-france/>.

⁸²⁶ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. , n° 49.

l'agrément des banques⁸²⁷. Elle est une autorité administrative indépendante qui regroupe à présent les missions du CECEI et de la Commission bancaire⁸²⁸.

327. – Conditions de l'agrément. En France, toutes les activités bancaires sont soumises à l'obtention d'un agrément. Qu'il s'agisse des établissements de crédit ou des entreprises d'investissement, parce qu'ils ont en charge un pan entier de l'économie, ils sont en situation de monopole en France⁸²⁹. Toute entreprise qui ne dispose pas des compétences requises ne pourra pas se prévaloir d'un quelconque droit pour exercer des opérations bancaires. Ce monopole qui est soumis au respect des normes prudentielles signifie que les banques doivent évaluer leur risque en tenant compte du risque de crédit, du risque de marché et du risque opérationnel⁸³⁰. Ce ratio est posé comme une formule intégrant surtout le risque de défaillance⁸³¹.

L'ACP cherchera à connaître si l'établissement de crédit islamique dispose de la surface financière et d'une expérience suffisante pour exercer ses activités sur le territoire français. Les conditions d'obtention mentionnée à l'article L. 511-10 sont destinées à veiller au bon déroulement de l'activité bancaire. Sa forme sociétale, la qualité de son actionnariat, sa direction, et ses moyens techniques et financiers doivent être à cet égard adéquats pour agréer une banque islamique.

Seules les personnes morales peuvent être agréés⁸³² dont la forme juridique de l'entreprise doit être en adéquation avec l'activité d'établissement de crédit⁸³³.

Il existe d'autres conditions telles que la condition de disposer un minimum de fonds propres⁸³⁴, et que les dirigeants satisfassent à tout moment les conditions exposées à l'article L. 511-10 du Code

⁸²⁷ Article L. 612-1-I du Code monétaire et financier : l'ACP « veille à la préservation de la stabilité du secteur financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle ». Le II de cet article définit pour les missions spécifiquement liées au secteur bancaire. Pour l'accomplissement de ses missions, elle dispose des pouvoirs de contrôle, de prendre des mesures administratives et de sanction. Le contrôle prudentiel constitue la mission la plus importante qui a pour objet la protection des intérêts des clients, ce qui nécessite de veiller au maintien par les établissements de crédit un ratio de solvabilité et de liquidité satisfaisant ; voir, C. Gavalda et J. Stoufflet, op. cit., 8^{ème} édition, n° 167 à 180.

⁸²⁸ L'ACP remplace depuis l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 le Comité des établissements de crédit et d'entreprise d'investissement (CECEI) ; V. Ruol, *Création de l'ACP : L'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010, révolution ou évolution ?* Banque et Droit, n° 131, mai-juin 2010, p. 3.

⁸²⁹ Article L. 511-5 du Code monétaire et financier ; voir Th. Bonneau, op. cit., n° 205 et suivants.

⁸³⁰ Pour la gestion islamique des risques, voir supra, n° 208 à 223.

⁸³¹ L'évaluation des risques des banques s'effectue grâce à la méthode VaR (Value at Risk) qui utilise l'évaluation des risques internes. Elle permet de calculer les probabilités des défaillances des clients en donnant une idée du risque de crédit qui pèse sur les banques. Si le risque de crédit est évalué par le VaR de chaque institution financière, il n'empêche que ce sont des organismes de notation qui sont chargés d'en déterminer le degré d'exposition ; et d'en informer les marchés.

⁸³² Article L. 511-1 du Code monétaire et financier.

⁸³³ Article L. 511-10 du même Code.

monétaire et financier⁸³⁵. Peu important la nationalité des dirigeants, deux personnes au moins doivent effectivement déterminer l'orientation de la banque⁸³⁶. Á ce stade, il n'existe pas d'obstacles majeurs pour les dirigeants d'une banque islamique. Toutefois, ces derniers doivent présenter une certaine moralité parce que « *l'Autorité (ACP) peut refuser l'agrément si les personnes mentionnées à l'article L. 511-13 ne possèdent pas l'honorabilité et la compétence nécessaires ainsi que l'expérience adéquate à leur fonction* »⁸³⁷. L'ACP dispose d'un pouvoir d'appréciation sur le respect de ces conditions.

328. – Pouvoir d'appréciation de l'ACP. Ce pouvoir d'appréciation est relatif au respect des « *conditions objectives prévues aux articles L. 511-11 (capital minimum), L. 511-13 (banques étrangères et L. 511-40 (commissaires aux comptes)* »⁸³⁸. Plus précisément, l'ACP doit également « *prendre en compte le programme d'activité⁸³⁹ de la banque, les moyens techniques et financiers qu'elle prévoit de mettre en œuvre ainsi que la qualité des apporteurs de capitaux⁸⁴⁰, et le cas échéant, de leurs garants. Elle doit ainsi apprécier l'aptitude de l'entreprise requérante à réaliser ses objectifs de développements dans des conditions compatibles avec le bon fonctionnement du système bancaire et qui assure à la clientèle une sécurité suffisante⁸⁴¹ »⁸⁴². C'est pourquoi l'établissement doit être, en pratique, parrainé par une banque locale de dimension importante.*

⁸³⁴ Article L. 511-11 du même Code : le capital minimum est de 6 millions d'euros et la forme sociale peut être celle d'une société anonyme, d'une société par actions simplifiée, d'une société en commandite ou d'une société en nom collectif.

⁸³⁵ Quant aux dirigeants, il ne devrait avoir aucune restriction sur la nationalité. Cependant, leur moralité est prise en compte, de sorte que ni une condamnation pénale, ni une faillite personnelle, ni une interdiction professionnelle ne soient prononcées à leur égard.

⁸³⁶ Article L. 511-13 du même Code.

⁸³⁷ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. , n° 67. L'article L. 500-1 du même Code apporte des précisions sur les conditions d'honorabilité.

⁸³⁸ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. , n° 71.

⁸³⁹ Article L. 511-13, alinéa 2 du Code monétaire et financier.

⁸⁴⁰ Article L. 511-10 du même Code.

⁸⁴¹ Articles L. 313-14 et L. 313-15 du même Code : L'ACP dispose de douze mois pour statuer à partir de la réception de la demande d'agrément, et le refus devant être notifié. Sa décision doit être motivée et précisée la catégorie dans laquelle sera classé l'établissement. Il a une compétence liée de sorte que son contrôle et sa décision dépendent des dispositions législatives et réglementaires. En cas de refus, un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif est ouvert, notamment en contestant tant la légalité interne que la légalité externe de la décision.

⁸⁴² C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. , n° 71.

Dans le rapport d'information du Sénat sur la finance islamique⁸⁴³, l'ancien Secrétaire général du CECEI avait précisé l'application de ces conditions d'agrément sur les établissements de crédit islamique :

- Premièrement, l'autorité de surveillance veillera sur « *l'aptitude de l'entreprise à réaliser ses objectifs de développement à des conditions compatibles avec la sécurité de la clientèle et le bon fonctionnement des systèmes bancaires* ». À notre connaissance, aucune étude ne montre que les banques islamiques menacent la sécurité tant des déposants que du système bancaires.
- Deuxièmement, étant donné que le « *CECEI est très vigilant au respect des mesures obligatoires de contrôle interne et souhaite savoir quelles sont les prescriptions envisagées dans ce domaine* », il faut se référer aux standards de l'IFSB⁸⁴⁴.
- Troisièmement, « *la maîtrise des risques doit être assurée par un système de contrôle mis en place. Dans ce cadre, le dispositif de prévention du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme doit faire l'objet d'une attention particulière* », de sorte que « *le contrôle interne couvre notamment la conformité* » et que « *les organes de l'établissement doivent s'assurer que les produits offerts à la clientèle respectent toutes les dispositions inscrites dans le droit français et le Code monétaire et financier* ». Ces exigences peuvent être remplies par les banques islamiques. Il faut qu'elles aient la « *capacité de respecter de manière continue les règles prudentielles. Sur ce plan-là, le CECEI travaillera en étroite collaboration avec la Commission bancaire pour assurer que les montages juridico-financiers des opérations de finance islamique sont correctement traduits en comptabilité et mesurés en termes de risques et que les fonds propres requis pour les couvrir sont suffisants. A cet égard, la pondération prudentielle de certains des financements accordés, notamment dans le domaine immobilier, méritera d'être précisée* »⁸⁴⁵. Ici encore, l'ACP peut utilement se référer aux standards de l'IFSB ainsi que ceux de l'AAOIFI.

⁸⁴³ Sénat de la République Française, Rapport d'information fait au nom de la commission des finances, du contrôles budgétaires et des comptes économiques de la Nation sur la finance islamiques par Jean Arthuis, 2 octobre 2008, n° 329, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 mai 2008.

⁸⁴⁴ Voir supra, n° 208 à 223.

⁸⁴⁵ Sénat de la République Française, Rapport d'information fait au nom de la commission des finances, du contrôles budgétaires et des comptes économiques de la Nation sur la finance islamiques par Jean Arthuis, Rapport préc., p. 34. La position de l'ancien Secrétaire général du CECEI signifiait, et signifie toujours, que le CECEI ne connaît pas parfaitement les produits bancaires islamiques. Il est probable qu'il sollicite un personnel spécifique (juristes, financiers, etc.) pour traiter un dossier d'implantation d'une succursale grâce au passeport européen. D'ailleurs, Michel Cardona,

En vertu des articles L. 511-40 à L. 511-45 du Code monétaire et financier⁸⁴⁶, la surveillance prudentielle est du ressort de l'Autorité de contrôle prudentiel qui peut néanmoins assortir l'agrément d'une banque voulant distribuer des crédits islamiques de « *conditions particulières visant à préserver l'équilibre de la structure financière de l'établissement et le bon fonctionnement du système bancaire en tenant compte, le cas échéant, des objectifs de la surveillance complémentaire* »⁸⁴⁷. En ce qui concerne la manière d'appliquer les normes prudentielles⁸⁴⁸, l'ACP peut coopérer avec les autorités britanniques puisqu'elles ont déjà défini les risques particuliers dans leur procédure interne d'évaluation de l'adéquation de leur capital (ICAAP). Avec Bâle I, les financements immobiliers de type *mourabaha* étaient considérés comme des crédits conventionnels dont le risque s'élevait à 50% des fonds propres ; alors que pour ceux qui sont de type *ijara*, il s'élevait à 100%, ce qui avait pour conséquence un coût un peu plus élevé pour les bailleurs de fonds islamiques.

En vertu de l'article L. 511-41 du Code monétaire et financier, les établissements de crédit sont soumis aux règles de gestion de liquidité et de solvabilité à l'égard des déposants et des tiers, mais aussi pour maintenir une structure financière équilibrée⁸⁴⁹. L'objet de ce contrôle est de veiller à l'adéquation des engagements de la banque par rapports à ses fonds propres, tout en tenant compte de la qualité des débiteurs et des garanties. Il s'agit plus spécialement de la couverture du montant minimum des fonds propres. Ces derniers font néanmoins l'objet d'un traitement comptable différent d'un pays à un autre.

L'alinéa 3 de l'article L. 511-41 dispose que « *pour le respect des normes relatives à la solvabilité, (les établissements de crédit) peuvent être autorisés à utiliser leurs approches internes d'évaluation des risques* »⁸⁵⁰, ce qui donne une certaine marge de manœuvre à l'ACP et à un distributeur de crédit

Secrétaire général du CECEI, avait exprimé le souhait que les personnes compétentes lui prête main forte lors du Troisième Forum Français de la Finance Islamique.

⁸⁴⁶ L'article L. 511-41 du Code monétaire et financier dispose que « *les établissements de crédit sont tenus de respecter les normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité à l'égard des déposants, et plus généralement, des tiers, ainsi que l'équilibre de leur structure financière. Ils doivent en particulier respecter des ratios de couverture et de division des risques* ».

⁸⁴⁷ Article L. 511-10, alinéa 7, du Code monétaire et financier.

⁸⁴⁸ La gestion des risques par une banque est encadrée par des « *normes prudentielles (qui) désignent l'ensemble des normes de gestion globalement destinées à assurer la stabilité financière des établissements de crédit* » (Th. Bonneau, *Droit bancaire*, n° 208).

⁸⁴⁹ Voir Gavaldà et Stoufflet, *Droit bancaire*, op.cit., n° 176 à 190.

⁸⁵⁰ Voir le Règlement n° 97-02 du 21 janvier 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

islamique qui devrait également s'inscrire dans le cadre des normes prudentielles de l'IFSB précédemment exposé⁸⁵¹.

Le coefficient de solvabilité qui est « *le rapport entre les fonds propres de l'établissement et les risques pondérés qu'il supporte du fait de ses opérations de crédit, ne doit pas être inférieur à 8%. Il est calculé deux fois par an sur une base consolidée* »⁸⁵². Le nom du ratio de solvabilité a changé de nom entretemps : ce ne sera plus le ratio « Cooke », mais « Macdonough »⁸⁵³. Toutes ces exigences et toutes ces règles doivent donc s'appliquer aux banques islamiques.

329. – Agrément d'une nouvelle catégorie de banque. Il existe cinq catégories d'établissement de crédit en droit français⁸⁵⁴. Il s'agit 1) de la banque (universelle), 2) de la banque mutualiste ou coopérative, 3) de la caisse de crédit municipal, 4) de la société financière ou 5) de l'institution financière spécialisée. Le CECEI regroupait les trois premières catégories sous la rubrique des « *établissements de crédit agréés en France et habilités à traiter toutes les opérations de banque* » ; et les deux dernières sous la rubrique des « *établissements de crédit à agrément restreints* » qui ne peuvent pas recevoir des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme du public⁸⁵⁵. En revanche, ces deux dernières peuvent effectuer des prises de participations dans des diverses sociétés (commerciales, industrielles, financières, etc.).

Dès lors, Les banques mutualistes ou coopératives apparaissent être plus qualifiées à réaliser des opérations de crédit de type participatif. Toutefois, les crédits islamiques reposent substantiellement sur des crédits adossés à un bien. Si l'établissement souhaite opérer comme une banque universelle, l'ACP doit délivrer l'agrément en avalisant *de facto* l'existence d'une nouvelle catégorie de banque, celle de la banque islamique qui être appelée aussi « établissement de crédit islamique ». Si le terme

⁸⁵¹ En vertu de l'article L. 512-23 du même code, le secrétaire général de l'ACP « *peut demander tous renseignements, documents, quel qu'en soit le support et en obtenir la copie, ainsi que tous éclaircissements et justifications nécessaires à l'exercice de sa mission. Il peut aussi demander la communication des rapports des commissaires aux comptes et, de manière générale, de tous documents comptables* ». Des contrôles sur place sont également envisageables. L'ACP peut mettre en garde, ou en demeure, un établissement de crédit islamique en cas de manquement aux règles de bonne pratique comme une mesure administrative (voir C. Gavalda et J. Stoufflet, op. cit., 8^{ème} édition, n° 207 et suivants).

⁸⁵² Ibidem, n° 179.

⁸⁵³ Directive du 21 novembre 1992, modifiée par les directives 2000/12/CE et 2006/48/CE.

⁸⁵⁴ Articles L. 511-9 à L. 511-20 du Code monétaire et financier. Un établissement de crédit agréé dans une catégorie peut demander ultérieurement à changer de catégorie. Pour plus de détail, voir aussi Th. Bonneau, op. cit., n° 119 à 142.

⁸⁵⁵ CECEI, Rapport, 2003, p. 73 et 74.

« islamique » ne peut pas être inséré dans un texte législatif, on peut songer à l'appeler « banque participative »⁸⁵⁶.

Cette dernière serait une banque effectuant des activités très variées et spécialisées comme le financement participatif ou le financement adossé à un bien, sous forme de crédits acquéreurs, de crédits promoteurs, de crédit-bail mobilier ou immobilier (participatif), de location avec option d'achat, de crédit à long ou moyen terme pour les entreprises, d'affacturage, de caution de crédits aux particuliers ou aux entreprises, tout en pouvant donner des garanties diverses, gérer les moyens de paiement (notamment de cartes ou de chèques de voyage, voire de système de monnaie électronique) ainsi qu'en octroyant des crédits ou des garanties complémentaires à la prestation de services d'investissement, notamment la gestion et le placement de valeur mobilière.

Par ailleurs, MM. Gavalda et Stoufflet attirent notre attention sur la distinction entre un établissement de crédit et un établissement financier, ce dernier étant le seul susceptible de prendre des participations⁸⁵⁷. En effet, la Directive du 14 juin 2006, reprenant la Directive du 15 décembre 1989⁸⁵⁸, le définit comme étant « *une entreprise autre qu'un établissement de crédit dont l'activité principale consiste à prendre des participations ou à exercer une ou plusieurs activités visées aux points 2 à 12 d'une liste annexée à la Directive. Figurent dans cette liste : les prêts, crédits-baux, opérations de paiement, l'émission et la gestion des moyens de paiement (...) et l'octroi de garanties* »⁸⁵⁹. Ils sont définis à l'article L. 511-21, 4°, du Code monétaire et financier comme étant « *une entreprise qui ne relève pas de l'agrément en qualité d'établissement de crédit dans un État où il a son siège social et qui, à titre d'activité principale, cumulativement ou non, a) exerce une ou plusieurs activités mentionnées aux 1°, 3°, 4°, 5° et 7° de l'article L. 311-2 (...); b) prend des participations dans des entreprises qui, à titre de profession habituelle, effectuent des opérations de banque ou exercent l'une ou l'autre des activités susmentionnées* »⁸⁶⁰. Est-ce que cela signifie qu'un établissement de crédit ne peut pas exercer des opérations de banque de type participatif en France ? Pas nécessairement, « *parce que l'on n'a pas voulu pénaliser les établissements de crédit qui, pour*

⁸⁵⁶ Cette catégorie existe en Turquie depuis la Loi, n° 5411, du 19 octobre 2005, JO 1^{er}, octobre 2005, p. 25983 (voir son article 2, alors que l'article 75 insiste sur le fait que toutes les banques doivent respecter les principes éthiques commandant leurs activités. Par ailleurs, l'article 79 les obligent à mettre en place une association de professionnelle, appelée « Fédération des Banques Participatives de Turquie » (« *Türkiye Katılım Bankalari Birliği* », voir www.tkbb.org.tr). Auparavant, ces établissements étaient appelés « *Özel Finans Kurumu* » qu'on peut traduire par « institution financière spéciale ». Aujourd'hui, il existe quatre banques participatives.

⁸⁵⁷ C. Gavalda et J. Stoufflet, op. cit., n° 48.

⁸⁵⁸ N° 2000/12, articles 1^{er} à 5.

⁸⁵⁹ C. Gavalda et J. Stoufflet, op. cit., n° 48.

⁸⁶⁰ Voir aussi Th. Bonneau, Droit bancaire, op. cit., 7^{ème} édition, 2007, n° 305 et suivants.

des raisons juridiques et économiques, ont filialisé certaines de leurs activités financières. Aussi les établissements financiers ne bénéficient-ils de la directive du 14 juin 2006 que s'ils sont la filiale d'un établissement de crédit ou la filiale commune de plusieurs établissements de crédit »⁸⁶¹. Si cet argument explique la participation de type opérationnel, la question est toujours de savoir si une banque islamique doit avoir un agrément spécial lorsqu'elle effectue des opérations de crédit participatif ou adossé à un actif ? Deux réponses sont envisageables : d'un côté, celle qui assimilera la banque islamique en un établissement financier, ou en une société financière du fait de la logique participative des opérations de crédit ; de l'autre côté, celle qui confèrera le statut d'établissement de crédit. La deuxième réponse est plus souhaitable car la première est restrictive pour englober toutes les opérations de banque islamique. Ainsi, un dispensateur de crédit *mousharaka* ou de crédit *ijara*, ne nécessitera pas l'obtention d'un agrément spécial⁸⁶² quand bien même, les établissements de crédit mettent place des sociétés de crédit-bail pour effectuer des opérations de location assortie d'une option d'achat, et de manière connexe une location simple. Une telle société devrait probablement être constituée pour les prises de participation.

À l'heure actuelle, il n'existe pas d'établissement de crédit islamique en France. Est-ce qu'une banque établie dans l'Union européenne peut se prévaloir du passeport européen pour effectuer des opérations de crédit islamique en France ?

B) Le passeport européen et l'établissement d'une banque islamique en France

330. – Établissement d'une succursale d'une banque islamique. Une filiale d'une banque islamique ayant son siège dans un autre État membre de l'Union européenne doit obtenir un

⁸⁶¹ Ibidem, n° 306.

⁸⁶² Parmi les propositions du rapport « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris* », remis à Europlace Paris, nous rejoignons celle relative à reconnaître une exception pour l'agrément d'une entité ad hoc : « *les financements islamiques interposent fréquemment un SPV, appelé communément le « Financier ». Ces entités ne bénéficient pas, en principe, d'un agrément bancaire, ce qui ne leur permet pas de consentir un crédit-bail par exemple. C'est pourquoi il faudrait prévoir que toute filiale à 90 % d'un établissement de crédit peut bénéficier du statut bancaire de sa société mère (concept de « prêt de licence bancaire »). Il suffit, pour cela, de modifier l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier en prévoyant une exception supplémentaire au monopole bancaire. Cette modification ne devrait pas soulever de difficultés particulières puisqu'il ne s'agirait là que de transposer une Directive 2006/48 CE* ».

agrément pour effectuer ses activités en France⁸⁶³. Par contre, ce n'est pas le cas de l'établissement d'une succursale en vertu de l'article L. 511-24 du Code monétaire et financier⁸⁶⁴. Son installation requiert une déclaration préalable sans passer par la procédure d'agrément. La distribution du crédit islamique jouira de la liberté d'établissement, plutôt que de la liberté de prestation de service⁸⁶⁵ parce que l'établissement est durable alors que la prestation de service est temporaire⁸⁶⁶. Cependant, le caractère temporaire de la prestation n'exclut pas la possibilité pour le prestataire de service de se doter dans l'État membre d'accueil d'une certaine infrastructure dans la mesure où elle est nécessaire aux fins de l'accomplissement de la prestation. D'ailleurs, la Cour de cassation a lié la libre prestation de service à une obligation de disposer un établissement stable sur le territoire. C'est une condition supplémentaire que de nombreuses Cours d'appel ont rejeté notamment celle de Paris⁸⁶⁷.

Quant au critère de l'établissement, l'activité professionnelle doit s'exercer de façon stable et continue. Un État membre peut cependant imposer à un établissement de crédit déjà agréé dans un autre État membre un nouvel agrément pour des raisons d'intérêt général, sous réserve de respecter les principes de non-discrimination et de proportionnalité⁸⁶⁸.

331. – Effets de la reconnaissance mutuelle. Ces libertés ont une effectivité grâce au respect du principe de reconnaissance mutuelle qui permettrait à un établissement de crédit islamique déjà agréé dans un État membre d'octroyer des crédits sur le territoire d'un autre État en agissant par le biais d'une filiale ou d'une succursale⁸⁶⁹. En revanche, un nouvel agrément est nécessaire pour

⁸⁶³ D. Carreau, *Banques : Harmonisation des conditions d'exercice de l'activité bancaire et mise en œuvre des libertés communautaires*, J-Cl Europe, fasc. 1021, n° 31 et 32 : de plus, la filiale doit réunir, à nouveau, des fonds propres.

⁸⁶⁴ « Les établissements mentionnés aux articles L. 511-22 et L. 511-23 et leurs succursales établies en France ne sont pas soumis aux dispositions des articles L. 511-10, L. 511-11, L. 511-14, L. 511-35, L. 511-38, L. 511-39 et L. 511-40 ».

⁸⁶⁵ Art. 43 et s. (libre établissement) et 49 et s. (Libre prestation de service) du Traité instituant la communauté européenne ; Voir également L. Dubouis et C. Bluman, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, Domat droit public, 3^{ème} édition, Paris, 2004, n° 646 à 681 ; C. Gavalda et G. Parleani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 4^{ème} édition, Litec, Paris, 2002, n° 169 à 377.

⁸⁶⁶ L. Idot, sous CJCE, 30 novembre 1995, *R. Gebhard*, Édition Juris-classeur, Europe, Janv. 1996, p. 17 : la Cour précise ce critère « non seulement en fonction de la durée de la prestation, mais également en fonction de sa fréquence, périodicité ou continuité » (points 26 et 27).

⁸⁶⁷ Paris, 14 juin 2000, *SCI Parodi c/ Banque de Bary*, (non publié) voir Europe, Novembre 2000, p. 19, obs. D. Simon. ; voir également la fronde des autres Cours d'appel : Montpellier, 22 mars 1999, *Thomas c/ Caisse hypothécaire anversoise* (non publié) ; Aix-en-Provence, 30 juin 1999, *SA anversoise de dépôts et d'hypothèque* (non publié).

⁸⁶⁸ CJCE, 9 juillet 1997, *Société immobilière Parodi*, aff. C-222/95, Europe, août-septembre 1997, p. 15.

⁸⁶⁹ Les articles 43 et 48 du Traité CE prévoient la création d'une succursale dans les mêmes les conditions que les sociétés locales. Est interdit pour l'État de défavoriser de façon générale les succursales d'entreprises étrangères et de discriminer en considération de la nationalité des sociétés. En vertu des articles 52 et 58 du Traité CEE, les succursales

l'établissement d'une filiale puisqu'elle a la personnalité morale. Par contre, ce n'est pas le cas pour une succursale.

L'agrément unique est délivré par l'autorité compétente de l'État membre où une banque est agréée dans les conditions définies par le droit national. Il produit ses effets sur tout le territoire communautaire. L'article L. 511-22 dispose que « *dans la limite des services qu'il est habilité à fournir sur le territoire d'un Etat membre autre que la France où il a son siège social et en fonction de l'agrément qu'il y a reçu, tout établissement de crédit peut, sur le territoire de la France métropolitaine et des départements d'outre-mer de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin, établir des succursales pour fournir des services bancaires et intervenir en libre prestation de services dans les conditions définies à l'article L. 511-24, sous réserve que l'Autorité de contrôle prudentiel ait préalablement été informée par l'autorité compétente de l'Etat membre, dans des conditions fixées par le ministre chargé de l'économie* ». Le texte distingue la liberté d'établissement de la libre prestation de service bancaire.

Si une banque veut intervenir en libre prestation de services, l'ACP doit avoir au préalable reçu de l'autorité compétente de l'État membre concerné communication de la déclaration précisant son identité et les services bancaires qu'il envisage d'exercer sur le territoire français. Il délivre immédiatement à l'autorité compétente ainsi qu'à l'établissement concerné un accusé de réception cette communication. L'établissement concerné peut alors commencer ses activités⁸⁷⁰.

332. – Procédure. L'article L. 511-24 du Code monétaire et financier dispose que les succursales établies en France ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 511-10 (agrément), L. 511-11 (libération d'un capital minimum), L. 511-14 (délai de 12 mois pour traiter le dossier), L. 511-35 (comptes sociaux et documents comptables), L. 511-38 (nécessité de deux commissaires aux comptes), L. 511-39 et L. 511-40 (contrôle prudentiel).

jouissent de la libre prestation de service et de la liberté d'établissement. Ces dispositions ont un effet direct, surtout un effet vertical qui impose aux États membres de les respecter.

⁸⁷⁰ Article 2 du Règlement n° 92-13 du 23 décembre 1992 relatif à la fourniture de services bancaires en France par des établissements ayant leur siège social dans les autres États membres des Communautés Européennes modifié par les règlements n° 93-03 du 19 mars 1993, n° 94-02 du 27 juillet 1994, n° 94-04 du 8 décembre 1994, n° 95-01 du 21 juillet 1995, n° 98-08 du 7 décembre 1998, n°99-07 du 9 juillet 1999, n° 2001-04 du 29 octobre 2001, n° 2002-01 du 18 avril 2002, n° 2002-03 du 15 juillet 2002, n° 2004-02 du 15 janvier 2004 et l'arrêté du 16 février 2005. Trois banques islamiques (Bank of London and Middle East, European Investment Bank et European Finance House) ont déjà fait leur demande. Elles pourraient donc exercer leur activité en France.

La notion de succursale bancaire ne s'applique qu'aux établissements dépourvus de personnalité morale dépendant de l'établissement de crédit⁸⁷¹, laquelle peut opérer sur le territoire d'un autre État membre sans solliciter d'agrément local ni présenter un capital de dotation⁸⁷². Le pays d'origine transmet les demandes de création de succursales ou d'agences au pays d'accueil. L'article L. 511-27, alinéa 1 prévoit que le pays d'origine notifie le projet à l'ACP, dont la nature des informations est déterminée par le Ministre de l'économie. Sans préjudice des dispositions législatives et réglementaires applicables à l'activité exercée, les établissements de crédit et les établissements financiers qui interviennent sous forme de succursale sont tenus de respecter les autres dispositions à caractère d'intérêt général⁸⁷³.

Une succursale se distingue de l'agence quand bien même il est plus courant de parler d'agence bancaire. Elle est « *un siège d'exploitation qui constitue une partie dépourvue de personnalité juridique d'un établissement de crédit et qui effectue directement, tout ou partie, les opérations inhérentes à l'activité de l'établissement de crédit* »⁸⁷⁴. Elle est donc un simple centre d'exploitation, sans personnalité juridique distincte de la « société mère ». À ce titre, elle fait partie intégrante du patrimoine de la société-mère. Elle a aussi la même nationalité que la société-mère.

La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) avait apporté des éléments de comparaison pour délimiter la notion de succursale : cette notion « *implique un centre d'opération qui se manifeste de façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison-mère,*

⁸⁷¹ C. Gavalda et G. Parléani, *Droit des affaires de l'Union Européenne*, Litec, 2002, note 30, n° 324, p. 220.

⁸⁷² M.-E. Ancel, *Les opérations bancaires intra-communautaires*, J.-Cl, Banque - Crédit - Bourse, fasc. 1010, n° 41.

⁸⁷³ Article 5 du Règlement n° 92-13 du 23 décembre 1992 relatif à la fourniture de services bancaires en France par des établissements ayant leur siège social dans les autres États membres des Communautés Européennes modifié par les règlements n° 93-03 du 19 mars 1993, n° 94-02 du 27 juillet 1994, n° 94-04 du 8 décembre 1994, n° 95-01 du 21 juillet 1995, n° 98-08 du 7 décembre 1998, n° 99-07 du 9 juillet 1999, n° 2001-04 du 29 octobre 2001, n° 2002-01 du 18 avril 2002, n° 2002-03 du 15 juillet 2002, n° 2004-02 du 15 janvier 2004 et l'arrêt du 16 février 2005. Sont soumises au règlement n° 88-01 modifié relatif à la liquidité et aux articles 31-1, 43, alinéa 3 et 44 du Règlement n° 97-02 modifié du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement aux Règlements n° 85-17 modifié relatif au marché interbancaire, n° 86-08 modifié relatif à la centralisation des incidents de paiement, n° 86-09 modifié relatif à la centralisation des risques, n° 86-14 modifié relatif aux réserves obligatoires, n° 86-20 relatif aux conditions d'ouverture des comptes sur livrets, n° 86-21 relatif aux activités à caractère non bancaire, n° 86-22 modifié relatif aux implantations des guichets, n° 87-11 modifiant le modèle type d'offre préalable de location avec promesse de vente, n° 89-06 modifié relatif à la rémunération des dépôts de garantie obligatoires sur les marchés réglementés, n° 91-07 relatif à la vigilance à l'égard des opérations de blanchiment des capitaux, n° 99-07 du 9 juillet 1999 relatif à la garantie des dépôts ou autres fonds remboursables reçus par les succursales d'établissements de crédit, n° 86-13 modifié relatif à la rémunération des fonds reçus par les établissements de crédit ; ainsi qu'aux décisions du Conseil national du crédit n° 69-02, 69-03, 69-04 et 69-05 modifiées relatives aux conditions de réception des fonds par les banques et les établissements financiers en France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer et du même Conseil n° 74-07 relative aux modalités de calcul des taux de placement offerts au public, maintenues en vigueur par le règlement n° 84-01 du 2 août 1984.

⁸⁷⁴ Article 1^{er}, § 3 Directive 20 mars 2000.

pourvu d'une direction et matériellement équipé à pouvoir négocier des affaires avec des tiers, de telle façon que ceux-ci, tout en sachant qu'un lieu de droit éventuel s'établira avec la maison-mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci, et peuvent conclure des affaires au centre d'opération qui en constitue le prolongement »⁸⁷⁵. Ainsi, le « guichet » constitue donc une succursale, c'est-à-dire un lieu d'exploitation dépourvue de personnalité morale. Est-il alors possible d'installer un ou plusieurs guichets (local accessible au public dans lequel une banque effectue avec sa clientèle les opérations pour lesquelles l'agrément lui a été délivré) ? Ce serait possible dès lors qu'il entre dans l'une ou l'autre catégorie suivante : d'une part, les guichets de plein exercice, ouverts au moins cinq jours par semaine toute l'année, quelle qu'en soit la durée d'ouverture quotidienne ; d'autre part, les guichets périodiques, ouverts moins de cinq jours par semaine, soit cinq jours par semaine pendant une partie de l'année ; et enfin, les guichets à compétence ou à autonomie limitée fonctionnant avec ou sans personnel⁸⁷⁶.

En vertu de l'article 1^{er} du Règlement n° 92-13⁸⁷⁷, pour qu'un établissement de crédit, ayant son siège social dans un autre État membre des Communautés européennes, puisse créer une succursale en vue de fournir des services bancaires sur le territoire de la République française, l'ACP doit avoir au préalable reçu de l'autorité compétente de l'État membre concerné les informations suivantes : 1) un programme d'activité dans lequel sont notamment indiqués le type d'opérations envisagé et la structure de l'organisation de la succursale ; 2) l'adresse à laquelle les documents peuvent lui être réclamés en France ; 3) le nom des dirigeants en charge de la succursale ; 4) le montant des fonds propres et du ratio de solvabilité de l'établissement de crédit ; et 5) des précisions sur tout système de garantie des dépôts qui vise à assurer la protection des déposants.

333. – Établissement d'une succursale d'une banque islamique. Une succursale d'un établissement de crédit islamique peut s'implanter si quatre séries de conditions sont réunies : 1) le siège de l'entreprise doit être durablement établi sur le territoire français ; 2) ce siège doit avoir une direction et une infrastructure opérationnelle : son activité et son personnel doivent cependant être

⁸⁷⁵ CJCE, 22 nov. 1978, Somafer, aff. 33/78, p. 2183.

⁸⁷⁶ Article 1^{er} du Règlement n° 86-22 du 24 novembre 1986 relatif aux conditions d'implantation des réseaux, modifié par le règlement n° 91-08 du 1er juillet 1991.

⁸⁷⁷ Règlement n° 92-13 du 23 décembre 1992 relatif à la fourniture de services bancaires en France par des établissements ayant leur siège social dans les autres États membres des Communautés Européennes modifié par les règlements n° 93-03 du 19 mars 1993, n° 94-02 du 27 juillet 1994, n° 94-04 du 8 décembre 1994, n° 95-01 du 21 juillet 1995, n° 98-08 du 7 décembre 1998, n°99-07 du 9 juillet 1999, n° 2001-04 du 29 octobre 2001, n° 2002-01 du 18 avril 2002, n° 2002-03 du 15 juillet 2002, n° 2004-02 du 15 janvier 2004 et l'arrêté du 16 février 2005.

distincts de la société principale ; 3) la direction doit pouvoir négocier des affaires au nom et pour le compte de la banque : la succursale doit *avoir une certaine autonomie* qui s'exprime par une indépendance d'exploitation ; et 4) il est nécessaire d'avoir une clientèle propre par rapport à la société-mère. La conséquence probable est que la succursale devrait avoir une indépendance de comptabilité, ce qui induit que la succursale devrait gérer son organisation interne et les modalités de déléguer certaines opérations.

Si toutes ces conditions sont réunies, la succursale peut commencer ses activités : soit dès réception des informations communiquées par l'autorité de surveillance du pays d'origine ; soit au terme d'un délai fixé par l'ACP ; soit en tout état de cause à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la réception régulière des informations.

La succursale peut néanmoins comprendre plusieurs sièges d'exploitation. S'il existe plusieurs succursales, il faut désigner un siège d'exploitation principal et veiller à ce que les dirigeants de celui-ci aient autorité sur les dirigeants des autres succursales. Selon l'article 1, 3 *in fine* de la Deuxième Directive, codifiée dans la Directive du 20 mars 2000, repris dans le Règlement n° 92-13 du 23 décembre 1992⁸⁷⁸, si un établissement de crédit dispose de plusieurs sièges d'exploitation dans le même État membre, ceux-ci constituent une seule succursale de laquelle ils dépendent. En outre, la direction de la succursale revient à un préposé de la maison mère. Il en découle deux conséquences importantes : d'une part, une subordination de la direction de la succursale à l'établissement principal ; et, d'autre part, le pouvoir de traiter avec des tiers reconnu à cette même direction. Pour certains types de contrats, la direction doit de se référer au siège lorsqu'ils sont importants.

334. – Surveillance de l'État d'origine. Dans la mesure où la succursale n'a ni la personnalité juridique, ni un patrimoine autonome, ses dettes se présentent sur le propriétaire de l'établissement principal. En matière de procédure collective, la compétence des autorités du pays d'origine doit être presque totale du fait que la zone de pleine compétence de leurs homologues du pays d'accueil n'est conservée que sur quelques points.

⁸⁷⁸ Règlement préc. n° 92-13 du 23 décembre 1992 relatif à la fourniture de services bancaires en France par des établissements ayant leur siège social dans les autres États membres des Communautés.

335. – Agrément unique et contrôle unique. Le principe de l'agrément unique est complété par un contrôle unique (« *home country control* »)⁸⁷⁹ et permet donc d'accéder au marché communautaire grâce au principe de reconnaissance mutuelle⁸⁸⁰. Par contre, la surveillance de la liquidité de la succursale relève de l'État d'accueil, sans que sa mise en œuvre puisse être discriminatoire. Pour le reste, l'Autorité de contrôle prudentiel contrôlerait la succursale d'une banque islamique agréée dans un État membre de l'Union européenne⁸⁸¹. Elle peut en outre exiger des succursales implantées sur le territoire français la publication de certaines informations additionnelles d'ordre comptable par exemple⁸⁸², ou encore des rapports périodiques concernant les opérations effectuées sur son territoire et ceci à des fins statistiques⁸⁸³, ou encore imposer certaines mesures pour la prévention du blanchiment d'argent ou la lutte contre le terrorisme. Cependant, au regard des spécificités des opérations de banque islamique, l'ACP peut ne pas être suffisamment compétente pour en saisir les subtilités. Dès lors, des compléments d'information seront susceptibles d'être demandés sur la structuration des comptes d'investissement participatif islamiques (*Profit Sharing Investment Account*) et des crédits islamiques. Ces derniers qui n'appliquent pas la clause d'intérêt, ont néanmoins un caractère onéreux qui doit être défini et encadré par le droit français.

⁸⁷⁹ C. Gavalda et J. Stofflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 74.

⁸⁸⁰ Issu de la Directive « service d'investissement » du 10 mai 1993 et la Directive « coordination bancaire » du 20 mars 2000 (JOCE, n° 2000/12 /CE).

⁸⁸¹ Les succursales bénéficiant de la reconnaissance mutuelle doivent être pleinement assimilées à des établissements de droit français, pour les opérations qu'elles peuvent exercer selon Michel Cardona, Secrétaire Général du CECEI, (Conférence Euromoney à Paris, le 30 septembre 2009).

⁸⁸² Article 2 §3 et 4 de la Directive préc. du 20 mars 2000.

⁸⁸³ Article 22 §1 al.1 de la même Directive.

Chapitre II) Le caractère onéreux des opérations de crédit islamique en droit français

336. Crédit sans intérêt, mais onéreux. En vertu de l'article 1106 du Code civil, un contrat à titre onéreux est celui par lequel chacune des parties reçoit un avantage en échange de la prestation effectuée⁸⁸⁴, alors que l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier exige que l'opération de crédit procure un avantage de nature pécuniaire parce que « *la rémunération constitue la condition de l'engagement du banquier. Celle-ci est remplie lorsque l'opération de crédit est faite moyennant le versement d'un intérêt ou d'une commission* »⁸⁸⁵. Le caractère onéreux des opérations de crédit se distingue donc du contrat à titre onéreux au sens du droit civil.

Alors même que le crédit islamique exclut l'intérêt, le seul mode de rémunération ne peut se cantonner qu'aux commissions. Il fait appel au « profit » qui correspond soit à la « marge bénéficiaire » dans les opérations de crédit adossé à un actif, soit au « profit » dans les opérations de crédit participatif, soit les deux simultanément lorsque l'opération combine le crédit adossé et le crédit participatif.

Quelle est donc la nature juridique du « profit » ainsi perçu par le dispensateur de crédit islamique en droit français ? Bien que cette nature se distingue de celle de l'intérêt, le profit peut être excessif au point qu'il soit traité de la même manière que l'usure. Dès lors, le juge français pourra-t-il requalifier ledit profit ? Si oui, quelle sera également le sort des intérêts déguisés ? Si le droit français n'est pas entièrement lié par la prohibition de l'intérêt, certaines règles relatives à la stipulation de l'intérêt doivent être étendues aux crédits islamiques pour assurer la protection des clients.

Quand bien même le droit musulman et le droit français exigent les mêmes conditions de formation du contrat de prêt (capacité, consentement, objet et cause licite)⁸⁸⁶, la stipulation d'une clause

⁸⁸⁴ Article 1106 du Code civil : « *Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose* » ; contrairement au contrat de bienfaisance qui « *est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit* » (article 1105 du même Code).

⁸⁸⁵ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 51.

⁸⁸⁶ En droit musulman, le régime juridique du prêt empreinte partiellement celui de l'usufruit, bien que ce dernier emprunte à son tour celui de la vente, ce dernier ne pourra pas régir le prêt de biens fongibles ; voir notamment S. Ibn

d'intérêt est nulle en droit musulman parce qu'elle contrevient à l'ordre public islamique. Elle ne sera sanctionnée par le droit français que si l'opération de crédit est usuraire, bien que le champ d'application de l'usure se limite aux crédits octroyés à des non-professionnels⁸⁸⁷.

Au stade du dénouement de l'opération de prêt, les juristes musulmans focalisent leur analyse sur les montants déjà remboursés par l'emprunteur en vue de détecter si un profit a été perçu conformément aux stipulations du contrat. S'il s'avère que l'emprunteur a déjà remboursé le principal, mais qu'il est contractuellement lié par le paiement d'échéances supplémentaires, la qualification de « prêt *ribawi* » pourra être retenue. Toutefois, cela ne s'applique pas pour la vente à crédit de type *mourabaha*, ni pour les locations assorties d'une option d'achat, ni même pour les crédits participatifs. Plus spécifiquement, les conditions d'emprunt doivent être mises en exergue pour savoir si l'opération est « *ribawi* » ou non parce que le *ribâ* a en réalité un champ d'application qui comprend, outre les avantages pécuniaires, un certain nombre de clauses qui ne sont pas forcément qualifiées de « clause d'intérêt » ou de « clause usuraire » en droit français. Il s'agit des clauses pénales, de clauses d'indexation, ou de clauses d'indemnités en cas de défaillance.

Il s'agira d'adopter, dans ce chapitre, la même méthode que l'Administration fiscale. Elle a défini le régime fiscal des crédits islamiques en assimilant le profit en intérêt. Ainsi, le régime juridique islamique de la prohibition du *ribâ*, et le régime juridique français de la stipulation de l'intérêt vont alors conduire à définir le régime juridique de la rémunération d'un dispensateur de crédit islamique (Section I). De plus, si les contrats de crédit doivent, en droit français, mentionner le taux effectif global (TEG)⁸⁸⁸, cette obligation devra être étendue aux crédits islamiques (Section II).

Fawzan Al Fawzan, op. cit., p. 65 ; W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 601 à 625 ; H. Döndüren, op. cit., p. 404 ; comp. Th. Bonneau, op. cit, n° 518 ; P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y ; Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 905 à 958.

⁸⁸⁷ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1111 : « le droit musulman connaît la même interdiction (de l'intérêt) et les mêmes vocables sous le vocable de « finance islamique » ».

⁸⁸⁸ Article L. 313-2 du Code de la consommation.

Section I) L'application des régimes juridiques du « *ribâ* » et de l'intérêt

337. – « *Ribâ* » et intérêt. Les opérations de crédit islamique seront naturellement soumises au régime juridique du *ribâ* qui dépasse le seul cadre du prêt à intérêt dans la mesure où les clauses dites « *ribawi* » qui, une fois, qualifiées juridiquement devront écartées par les cocontractants (§1). En droit français, ce régime doit être complété par celui de la stipulation de l'intérêt, qui puisse identifier les clauses susceptibles de générer du *ribâ* (§2).

§1) L'application du régime juridique islamique du « *ribâ* »

338. – « *Illâ du ribâ* ». En droit musulman, le *ribâ* présente plusieurs facettes dont les contours peuvent être dessinés grâce à son « *illâ* ». Ce terme désigne le « fait générateur » (A) du *ribâ* qui a permis de mettre en place trois séries de règles qui encadrent les opérations de crédit islamique (B). Cependant, ces règles peuvent être détournées par le recours à des subterfuges juridiques appelés « *hiyal* » (C).

A) Le fait générateur du « *ribâ* »

339. – « *Qiyas* », « *illâ* » et « *ribâ* ». La notion de fait générateur (*illâ*) (1) est bien connue par les jurisconsultes musulmans parce qu'elle permet de mettre en place des règles après avoir recouru au raisonnement analogique (*qiyas*). En réalité, l'« *illâ du ribâ* » est multiple, ce qui lui permet d'intégrer certaines clauses dans le champ d'application du régime prohibitif du *ribâ* (2).

1) La notion de fait générateur (« *illâ* »)

340. – Éléments du « *qiyas* ». En droit musulman, le raisonnement analogique (*qiyas*) obéit à une méthodologie spécifique. Il n'est valide que s'il existe un « cas principal », un « cas dérivé », un « jugement » et le « fait générateur » du cas principal. Ce dernier appelé « *illâ* » est la raison d'être du cas principal, c'est-à-dire le critère sur lequel se fonde le cas principal⁸⁸⁹. Il permet de détecter la nature *ribawi* ou non d'une transaction⁸⁹⁰.

Le régime juridique du *ribâ* est construit grâce au « *qiyâs illâ* » qui est une méthode de raisonnement fondée sur l'« analogie motivée ». Il se distingue du « *qiyâs shabah* », ou « analogie de similitude ». Le premier étend le jugement du cas principal (*asl*) au cas dérivé en vertu du « *illâ* » parce qu'il partage le même critère, le même *illâ* ; alors que le second (*qiyas shabah*) ne fait pas intervenir ce critère commun.

341. – « Cas principal ». Le « cas principal » est appelé « *asl* ». Il peut être un acte ou un fait juridique au sujet duquel un texte existe. C'est la référence du raisonnement analogique si trois conditions sont réunies⁸⁹¹ :

- d'une part, il doit être une règle juridique,
- d'autre part, il doit être en cours d'exécution et,
- enfin, il doit comporter un fait générateur (*illâ*) intelligible susceptible de s'appliquer au cas dépendant.

⁸⁸⁹ A. Khallaf, *Les fondements du Droit musulman (« Usul al fiqh »)*, op. cit. p. 87 : il existe des prescriptions qui ont une raison d'être connue seulement de Dieu (par exemple le nombre de prosternation dans les prières rituelles ou les différents taux de la *zakat*).

⁸⁹⁰ M. Omar Farooq, *Ribâ, Interest and six Hadiths: do we have a definition or a conundrum?*, Review of Islamic Economics, vol. 13, n° 1, 2009, p. 127 : L'auteur rapporte que des juristes analysaient l'« *illâ* » comme le « *ratio decidendi* ». Quant à lui, le fait de disjoindre l'*illâ* de la raison théologique (qui serait l'injustice socio-économique conformément aux versets 135 de la troisième Sourate et 8 de la cinquième Sourate) est révélateur d'un dogmatisme tel qu'effectué par M. Taqi Usmani alors juge à la Cour suprême du Pakistan qui a rendu la décision historique selon laquelle le *ribâ* est formellement interdite par l'Islam.

⁸⁹¹ M. Sellami, *Le Qiyas et ses applications contemporaines*, Traduit par Mohammed Yalaoui, Revue et corrigé par Abdel-Majid Turki, Institut Islamique de Recherche et de Formation, Banque Islamique de Développement (IRTI/IDB), 1999, p. 28.

342. – Extension du régime juridique du cas principal. Objet de l’analogie, le cas dérivé (« *far’* ») est le cas sur lequel aucun texte ne se prononce et auquel on veut appliquer le régime juridique du cas principal (« *hukm al-asl* ») lorsque l’« *illâ* », fait générateur, unit les deux cas. Son existence est obligatoire⁸⁹². Ainsi, l’agencement des différentes parties du raisonnement est un processus dynamique pour assurer une relation de cause à effet entre le cas principal et le cas dépendant.

Il faut noter que les écoles juridiques divergent sur l’extension ou non du régime juridique du cas dérivé à d’autres cas en fonction des matières étudiées (droit civil, droit pénal, etc.). Les malékites l’admettent pour résoudre des nouveaux cas⁸⁹³ alors que les hanafites et les shaféites s’y opposent. Par exemple, Abou Hanifa interdit cette extrapolation en matière pénales, parce qu’il est difficile, selon lui, de saisir l’« *illâ* » des prescriptions textuelles en matière pénale. En matière commerciale et bancaire, ce critère est néanmoins utilisé. De plus, les juristes adopteraient souvent la position malékite « *car Malik donnait la primauté au qiyas sur le Hadith isolé rapporté par une unique chaîne de rapporteur présentant des défaillances* »⁸⁹⁴.

343. – Illustrations avec l’interdiction de l’alcool et du jeu. Par exemple, l’interdiction de la consommation de toute forme de boissons alcoolisées dérive de celle du vin. Le verset 90 de la cinquième Sourate utilise le terme de « *hamr* » qui signifie « fermentation ». Or, le fait générateur de l’interdiction n’est pas la fermentation. L’utilisation du « *qiyâs illâ* » a permis de trouver l’*illâ* qui correspond aux effets de l’alcool, à savoir *l’absorption de boisson conduisant à un état d’ivresse*. C’est pourquoi toutes les boissons alcoolisées sont visées peu importe le produit de base utilisé (raisin, houblon, lait de cheval, dattes, etc.) ou encore la technique qui a conduit à le produire. Ce critère est pertinent car cette prohibition prévient divers comportements insensés, dangereux, versatiles, et/ou désinhibés, fortement condamnés par la loi islamique.

Ce même texte interdit aussi le jeu de hasard (*maysir*). Pour justifier la prohibition de la spéculation financière hasardeuse et dangereuse, le fait générateur est un aléa portant sur la chance de gain ou la malchance de la perte lorsque des risques sont pris de façon inconsidérée. Lorsque les négociations

⁸⁹² A. Khallaf, op. cit. p. 94.

⁸⁹³ Selon Ibn Rushd (Averroès) qui était malékite affirma que « *lorsqu’on aura connu le hukm pour le cas dérivé (far’), celui-ci devient le cas d’origine. Il est légitime alors de le prendre pour modèle en recherchant un autre principe explicatif déduit de ce cas dérivés, qui devient à son tour cas d’origine après la confirmation de la règle* » in M.M. Sellami, op. cit., p. 23.

⁸⁹⁴ Ibidem, op. cit., p. 20.

sur les marchés financiers devient le terrain de la spéculation, sa dangerosité devient évident laissant le hasard de décider. Ainsi, la rationalité des acteurs économiques est annihilée.

Ainsi, l'application du régime juridique du « cas principal » au « cas dérivé » permet soit de restreindre, soit d'élargir – comme c'est le cas dans notre exemple relatif de l'alcool – le régime juridique du cas principal partageant le même fait générateur avec le cas dérivé⁸⁹⁵.

344. – Méthode d'identification du « illâ ». Quatre conditions doivent être réunies pour identifier le fait générateur : il faut identifier (1) une circonstance objective et objectivement perceptible en vue (2) d'une évaluation aisée et précise pourvu que (3) l'objectivité de la circonstance soit adéquate et (4) spécifiquement liée au cas principal.

Premièrement, la circonstance objective, et objectivement perceptible ne permet pas qu'un fait caché puisse constituer un fait générateur. Par exemple, ce n'est pas la satisfaction du vendeur et de l'acheteur (ce qui est subjectif) qui permet de fixer l'*illâ* pour déclarer qu'une vente est licite ou non. Deuxièmement, on doit évaluer le fait générateur de façon précise, via une manifestation concrète. Les juristes musulmans s'interdiraient de se pencher sur des situations abstraites.

Troisièmement, cette évaluation doit reposer sur une circonstance adéquate devant permettre de présumer que le but de la prescription sera ainsi atteint⁸⁹⁶. Ce fait générateur est en réalité à la croisée du « *ratio legis* » et du principe explicatif auquel se réfèreraient les juristes pour exprimer une opinion (*fatwa*) conforme au *qiyas*.

Quatrièmement, la spécificité de la circonstance présente un danger pour le juriste musulman dans la mesure où le fait générateur conduirait à la généralisation d'une règle spéciale. C'est effectivement le cas avec l'alcool et l'intérêt. Il est coutume de voir dans les ouvrages que les juristes classent tous les faits générateurs pour ne retenir que le plus adéquat.

345. – Textes de base du fait générateur du « ribâ ». Le fait générateur du *ribâ* est détecté grâce à la Tradition prophétique relative aux six produits « *ribawi* »⁸⁹⁷. Le courant majoritaire, toutes les

⁸⁹⁵ Pour plus de détail, Ibn Ruchd (Averroès), *Discours décisif*, op. cit., p. 178.

⁸⁹⁶ A. Khallaf, op. cit. p. 96 – 99 : Il existe quatre série de circonstances : 1) la « circonstance adéquate désignée » où le Législateur (Dieu) a pris en compte la circonstance elle-même comme *illâ* de la prescription elle-même ; 2) la « circonstances adéquate conforme » où le Législateur a pris en compte cette circonstance comme *illâ* d'une autre manière ; 3) la « circonstances adéquate libre » où le Législateur n'a pas pris en compte la circonstance mais rien n'indique non plus que nous ne devons pas la prendre en compte ; et 4) la « circonstance adéquate invalidée » où le Législateur a indiqué que la prise en compte de telle circonstance n'est pas conforme.

⁸⁹⁷ Voir supra, n° 25 – 26.

écoles confondues, retient que le fait générateur du *ribâ* est l'évaluation des produits grâce à la mesure, à la pesée, ou encore au volume. Abou Hanifa retenait le « *poids* » de l'or et de l'argent comme *illâ*⁸⁹⁸. Il se référait à la Tradition suivante : « *ne vendez pas de l'or contre de l'or, sauf à poids égal* ». Une autre Tradition conforta cette position : « *ce qui est pesé doit l'être égal à égal, si c'est une même espèce ; il en est de même de ce qui est mesuré. S'il s'agit de deux espèces différentes, il n'y a pas de mal à exiger un surplus* »⁸⁹⁹. Toutefois, les malékites l'affinent en proposant une dichotomie apparente qui consiste à différencier la nature fiduciaire de l'or et de l'argent d'une part, et la nature alimentaire des autres produits cités dans la Tradition d'autre part.

En fait, un consensus ne permettait pas d'avoir un bon critère. Pour l'orge, il revenait aux juristes de raisonner de proche en proche : est-ce que l'*illâ* est le fait que l'orge soit mesurable et comestible, ce qui permettrait de faire entrer dans le champ d'application tout aliment de base ainsi que les condiments parce que le sel y est aussi concerné et la monnaie fiduciaire parce que l'or et l'argent sont cités. La conclusion de cette démarche est que l'orge est une chose pesable, donc *quantifiable* à l'instar des produits cités.

346. – Faits générateurs des « *ribâ* ». La doctrine islamique distingue les faits générateurs du *ribâ al-fadl* et du *ribâ an-nassia* dont la combinaison permet détecter la nature *ribawi* des transactions à terme et à tempérament.

Le fait générateur du « *ribâ al-fadl* » est défini grâce à deux critères cumulatifs. Il s'agit, d'une part, du « surplus quantitatif et/ou qualitatif » généré au comptant parce que la Tradition sur les six produits exige que les biens soient échangés « *en même quantité, de même qualité* » et « *de la main à la main* ». Ce même fait générateur doit, d'autre part, tenir compte de la nature des biens échangés. Alors que le blé, l'orge, les dattes ont une nature alimentaire ; et le sel comme condiment, l'or et l'argent ont une nature fiduciaire. Le *ribâ* se génère lorsqu'il y a un surplus dans les opérations au comptant impliquant l'échange de produit de même nature.

En outre, en combinant cette Tradition sur les six produits « *ribawi* » avec celle qui prévoit de ne pas vendre de l'or que contre de l'or, sauf à poids égal, ou celle selon laquelle « *ne vendez pas un dirham pour deux dirhams car je crains l'usure pour vous* » interdit la réalisation du surplus à terme. Il s'agit du « *ribâ an-nassia* » dont le fait générateur découle des faits générateurs du « *ribâ* »

⁸⁹⁸ Imam Abou Hanifa, *El Ihtiyar*, op. cit., p. 167, n° 73.

⁸⁹⁹ S. Ibn Fawzan Al Fawzan, op. cit., p. 89 et 103.

al-fadl » auxquels il faut adjoindre la stipulation d'un terme. Ainsi, les opérations à terme ou à crédit portant sur des biens ayant le même fait générateur sont licites si aucun *ribâ* n'apparaît. Le but de cette démarche est de détecter l'intérêt camouflé par des montages plus ou moins sophistiqués.

Il ressort de ces illâ qu'un critère général soit dégagé. Il s'agit de la « quantification des biens faisant l'objet d'une transaction ».

347. – Extension du champ d'application de la prohibition. Bien que la « quantification des biens faisant l'objet d'une transaction civile ou commerciale » soit le fait générateur unique, trois précisions sont toutefois nécessaires. D'abord, seuls les biens fongibles sont susceptibles de générer du *ribâ* alors que ce n'est pas le cas des biens non fongibles (animaux, voiture, immeuble). Puis, le *ribâ* ne naît que lorsque les biens de nature fiduciaire ont un poids supérieur à 59 grammes (or et argent) et pour les biens de nature alimentaire un poids supérieur à 1,35 kilogrammes. Enfin, le *ribâ* n'apparaît que s'il y a un surplus dans ces échanges.

348. – « Illâ du *ribâ* » : quantification des choses. Puisque la quantification peut être quantitative ou qualitative⁹⁰⁰, toute chose qui conduirait à fixer la valeur marchande des biens entrerait dans le champ de la prohibition du *ribâ*. Abou Youssouf indiquait que nous ne devons pas nous focaliser sur la pesée, ni sur la mesure comme fait générateur parce que ce sont les conventions, les usages qui les ont établis. Selon lui, le fait générateur doit être un critère de nature quantifiable pouvant s'appliquer indistinctement à la monnaie fiduciaire et aux produits alimentaires.

L'Imam Malik avait aussi jugé qu'« *outre l'or et l'argent, les choses quantifiables – par exemple, en fonction de leur poids, de leur volume, ou de leur taille – peuvent générer des intérêts* »⁹⁰¹.

Quand bien même le poids est visé par la Tradition, la qualité est également prise en compte⁹⁰². Dès lors, on se situe entre la pesée d'une chose, donc quantifiable par un instrument de mesure, et la valeur d'une chose, donc quantifiable notamment par le jeu de l'offre et de la demande.

⁹⁰⁰ La qualité des biens influence à son tour les règles de genèse du *ribâ* ; et, ce conformément aux injonctions de Mohamed en matière de vente « *al-djanib* » et « *al-junib* » (échange des dattes de bonne qualité contre des dattes de mauvaise qualité), rapporté par Bilal. « *Djanib* » désigne ce qui est bon ou ce qui est débarrassé de ses fruits abîmés, et « *al-junib* » un mélange de plusieurs variétés (en fait, le premier terme concerne les dattes de bonne qualité et le second des dattes de mauvaise qualité).

⁹⁰¹ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 319 ; Ibn Qayyim (hanbalite) jugea que le poids de l'or est une abstraction.

⁹⁰² Voir la traduction proposée dans l'ouvrage de l'Imam Châf'î, *La Risâla, Les fondements du Droit musulman*, op. cit., n° 758 : « *Ne vendez pas de l'or contre de l'or, à moins que ce ne soit quantité rigoureusement égale contre quantité rigoureusement égale, (...)* ».

Par exemple, si une once d'or vaut 100 à t, et que sa valeur augmente à 110 à t+1, cette différence de valeur ne résulte pas du poids de l'or, mais du jeu de l'offre et de la demande. L'augmentation n'est pas ici de nature « *ribawi* ». En revanche, si cette augmentation est une condition d'octroi de prêt, elle sera purement et simplement *ribawi*.

349. – Cas de l'échange de l'or contre de l'argent. En vertu du principe de précaution (appelée « *seddi serriya* »), les malékites considèrent que les échanges de pièce de monnaie grâce à la pesée est susceptible de générer du *ribâ*, notamment pour l'échange des pièces en or contre des pièces en argent. En fait, il n'y a pas de *ribâ* au comptant lorsqu'il existe un différentiel de valeur, ce qui n'est pas le cas dans une transaction à terme⁹⁰³.

350. – Cas des opérations de crédit. Le fait générateur unique intègre naturellement les opérations de crédit dans le champ d'application du *ribâ*. L'interdiction vise non seulement les modalités de rémunération, mais également toutes les clauses faisant peser sur une partie une charge financière présentant des caractéristiques de nature *ribawi*. Par exemple, est-il possible de stipuler dans un contrat de crédit islamique des pénalités de retard ou des clauses pénales ? Les différentes écoles s'accordent sur la fixation du montant des pénalités de manière prédéterminée pour éviter des manœuvres frauduleuses de l'emprunteur à condition que lesdites pénalités soient reversées à une œuvre de charité. Cette position a été officialisée les 22 et 28 décembre 1985 par l'Académie du *Fiqh* ayant décidé qu'« *il est interdit de percevoir toute augmentation ou intérêt ajouté à la dette non remboursé à son échéance en raison de l'insolvabilité du débiteur en contrepartie de la prorogation du délai de remboursement* »⁹⁰⁴. Ainsi, *toute chose quantifiable est susceptible d'être ribawi lorsqu'un surplus non justifié est exigé sans aucune contrepartie réelle, quand bien même un délai est accordé par le prêteur de sommes d'argent.*

Outre les sommes d'argent, les échanges de marchandises sont également susceptibles de générer du *ribâ*. Ce raisonnement se trouve aussi à l'article 1905 du Code civil qui dispose qu'« *il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées ou autre choses mobilières* »⁹⁰⁵. Les deux droits s'accordent donc sur les biens productifs d'intérêt, mais ils divergent sur leur

⁹⁰³ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 312.

⁹⁰⁴ Ibidem, p. 346.

⁹⁰⁵ Les choses immobilières se prêtent moins aux intérêts, contrairement aux crédits immobiliers.

prohibition. Le *ribâ* et l'intérêt ont donc une portée étendue puisqu'ils visent un avantage matériel, mais qui est classé en droit musulman d'augmentation sans contrepartie réelle.

Bien que ce critère permette d'identifier le fait générateur du *ribâ*, il doit être appréhendé en fonction de ses différentes déclinaisons selon que les biens aient une nature monétaire ou alimentaire.

2) Les faits générateurs du « *ribâ* » dans la Tradition relative aux six produits « *ribawi* »

351. – Distinction entre les biens ayant une nature monétaire et les biens ayant une nature alimentaire. Avant d'analyser le fait générateur du *ribâ* des biens ayant une nature monétaire (b), il convient de rappeler brièvement celui des produits alimentaires (a).

a) Le fait générateur du « *ribâ* » et les produits alimentaires

352. – Identification du « *illâ* » des biens de nature alimentaire. Dans la Tradition sur les six produits usuraires, un consensus ne permettait pas d'avoir un bon critère. Il revenait aux juristes de raisonner de proche en proche. Est-ce que le fait générateur du blé est le fait qu'il soit mesurable ou comestible comme un produit de base de l'alimentation quotidienne ? Le fait que c'est un produit de base ne peut pas suffire⁹⁰⁶. Le fait qu'il soit comestible ne peut pas l'être non plus puisque la même interdiction concerne l'or et l'argent. La conclusion de cette démarche est que le blé est une chose quantifiable à l'instar des produits cités.

⁹⁰⁶ W. Al-Zuhayli, op. cit., p. 352 : Certains rapporteurs de Tradition ne mentionnent pas le sel, notamment celle rapportée par Malik Ibn Anas et Boukhâri. Parfois, des arguments « *inspirés* » sont invoqués pour justifier les méfaits de la pratique usuraire sur le sel. Une histoire fait la part belle aux aspirations ésotériques de certaines considérations. Un roi convoque, un jour, ses quatre fils pour une démonstration affective. Le premier le compare à l'éclat et à la force du diamant ; le second invoque le désir et la puissance que procure la détention de l'or, le troisième le sublime par la douceur et la résistance de la soie ; et le dernier le tient pour la salière de ses sentiments. Malheur au dernier, il fut banni du royaume jusqu'au jour où son père s'est invité à sa table. Aucun met n'était salé. Et le roi comprit alors la portée de la parole de son fils.

Selon l'école malékite, bien que ces produits soient comestibles, ils sont par ailleurs stockables. Dès lors, les juristes considèrent que tous les fruits et légumes sont également concernés⁹⁰⁷. Cet *illâ* inclut donc les biens ayant une nature monétaire.

b) Le fait générateur du « ribâ » dans les transactions portant sur l'or et l'argent

353. – Or, argent et monnaie fiduciaire. En droit musulman, l'or et l'argent ne sont pas des marchandises bien qu'ils soient des métaux précieux. Ils ont servi de monnaie fiduciaire, devront l'être aussi aujourd'hui. L'Imam Al-Ghazali a très bien expliqué un millénaire plutôt le rôle de la monnaie : « *la possibilité de l'équivalence revient à la monnaie et non pas aux objets de l'échange (...). Dieu a créé la monnaie pour qu'elle circule et qu'elle soit une juste mesure pour les biens. Une autre raison est son utilisation comme moyen pour atteindre ou obtenir toute autre chose, car elle a une valeur propre et n'a aucune utilité dans sa matière même. Son rapport à tous les biens est unique : celui qui la possède est semblable à celui qui possède toute chose (...). L'on a eu besoin d'une chose qui, dans son aspect extérieur, n'est pas une chose, mais équivaut à toute chose* »⁹⁰⁸. Même dans les débats contemporains⁹⁰⁹, les juristes se fondent sur la nature fiduciaire de la monnaie.

Dans le rapport publié au nom de l'association Paris Europlace, dont l'objet était de démontrer l'existence de réelles opportunités pour la France d'offrir une plateforme aux activités financières islamiques, ses auteurs ont indiqué à leur manière que « *l'interdiction de la riba s'inscrit logiquement dans la perception que l'Islam a de la fonction de la monnaie dans une économie. Dans les économies occidentales, la monnaie remplit simultanément un rôle d'instrument d'échange, d'unité de compte mais aussi d'instrument de transfert de valeur dans le temps. Mais selon la logique de la philosophie musulmane, l'argent est un simple instrument nécessaire pour créer de la*

⁹⁰⁷ Ibidem, p. 355 : En outre, tout bien *zakatable* (riz, maïs, etc.) est éligible au *ribâ*. Toutefois, il est possible d'échanger 1 kg de blé contre 2kg d'orge au comptant. Ceci n'est pas possible à terme où les Imams Châfî et Ahmad Ibn Hanbal exigent l'application du principe d'égalité.

⁹⁰⁸ Al Ghazali, *Ihya Ulumud-Din* (en langue turque, notre traduction « *La revivification de la science religieuse* »), op. cit., p. 192 – 193 ; voir aussi Y. Qaradawi, *Le rôle de la zakat dans l'assainissement des problèmes économiques*, op. cit., p. 77-78.

⁹⁰⁹ Justice Mufti Muhammad Taqi Usmani, *Post-Crisis Reforms, Some points to ponder*, préc., p. 9 – 10.

valeur réelle et pour faciliter les échanges mais qui ne doit pas devenir l'objet de l'échange en soi. Il ne remplit donc pas ce rôle de transfert intertemporel de valeur. Le commerce d'argent n'est donc pas comparable aux autres commerces. L'éthique musulmane cautionne ainsi le commerce de marchandises mais considère comme haram tout profit tiré d'une transaction purement « financière »⁹¹⁰. Si la loi islamique reconnaît le rendement ou la performance d'un actif, la monnaie est « un capital en puissance jusqu'à ce qu'il se transforme en capital réel servant le financement d'une activité productive »⁹¹¹. L'interdiction du ribâ s'applique donc non seulement aux sommes d'argent, mais également à tout instrument de paiement facilitant les échanges.

354. – Billets de banque. Concernant les billets de banque, s'ils étaient adossés à l'or stocké dans les banques centrales, la quantité d'or était un indicateur pour fixer la valeur des choses. Ces billets qui ne sont que du papier ont une valeur certaine lorsque les acteurs économiques lui accordent leur confiance. Cependant, « la globalisation et la « financiarisation » de l'économie, a été, de façon paradoxale, la résultante de la crise du système monétaire internationale (caducité des accords dits de Bretton Woods en 1944) qui a suivi, en 1973/74, le premier choc pétrolier. La suppression de toute référence à l'or pour fixer la valeur de la monnaie ne pouvait que favoriser la recherche d'autres critères de convertibilité »⁹¹². Cela signifie-t-il que les billets, bien qu'ils représentent une monnaie, n'ont pas intrinsèquement de valeur contrairement à l'or et à l'argent ? Ils sont à certains égards virtuels. Mais, cette virtualité est relative dans la mesure où ils servent d'instruments de mesure aux choses concrètes puisque le pouvoir d'achat et la fixation des prix leur sont intimement liés.

355. – « Illâ » du prêt et du crédit mourabaha. Il ressort de la Tradition sur les six produits *ribawi* que le fait générateur de l'or et de l'argent s'articule simultanément grâce d'une part au critère de fongibilité et d'autre part au critère de valorisation des biens dans le commerce. Ces métaux précieux ont toujours une nature fiduciaire, voire monétaire, quelles que soient les époques considérées et la manière dont ils sont matérialisés pour servir de moyens d'échange. Dans la conception islamique, ces métaux existent par la grâce de Dieu pour fixer le niveau général des

⁹¹⁰ *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Rapport préc., p. 27.

⁹¹¹ *Instruments bancaires et financiers islamiques*, in site officiel du gouvernement du Canada, dernière visite le 21 septembre 2007, http://www.infoexport.gc.ca/ifinet/arab_guide-f.htm.

⁹¹² J. Dubos, actualisé par P. Coudert, *Intérêt et commissions : Fixation des taux d'intérêt*, préc., n° 35.

prix⁹¹³. Ainsi, les prêts de somme d'argent génèrent de l'intérêt lorsque les fonds prêtés sont remboursés avec un « surplus ». Or, le crédit *mourabaha* qui consiste à stipuler une marge bénéficiaire représente le « profit » tiré d'une transaction impliquant un achat au comptant d'un bien autre que de l'or et de l'argent, puis de le vendre à crédit ou à tempérament à un acheteur final. En conséquence, ce(s) fait(s) générateur(s) permet(tent) de circonscrire les conditions dans lesquelles le *ribâ* se génère. Trois séries de règles constituent le socle à partir duquel nous pourrions d'une part comprendre l'exigence de l'adossement des opérations bancaires islamiques à des actifs réels lorsqu'elles stipulent une marge bénéficiaire.

B) Les trois règles encadrant la genèse du « *ribâ* »

356. – Archaïsme du droit musulman ? Des auteurs ont tenté de traduire le régime juridique du *ribâ* pour démontrer que le droit musulman est archaïquement attaché à une prohibition qui n'aurait plus cours dans les sociétés postmodernes. Toutefois, eu égard aux conséquences de l'intérêt, deux auteurs nous ont permis d'identifier trois séries de règles : le premier auteur ouvre le champ de la réflexion, et le second nous permet de l'affiner.

M. Benali indique qu'« *en un mot, on ne doit prélever aucun bénéfice dans une opération, ni préférer un équivalent à l'autre, ni vendre une partie à terme et l'autre partie au comptant, surtout lorsque les contre-valeurs sont de même nature* »⁹¹⁴. Néanmoins, l'auteur restreint considérablement le champ de la prohibition puisque sa proposition concerne les opérations au comptant. C'est pourquoi cette analyse doit être rapprochée de celle de M. Ruimy qui indique que le *ribâ* se génère « *1) quand il y a un surplus monétaire par rapport à la somme initiale 2) quand cet excédent est la pure contrepartie du délai et 3) quand ce surplus fait l'objet d'une condition dans la transaction* »⁹¹⁵. Dès lors, toute transaction, ayant une nature alimentaire ou monétaire, doit être effectuée en fonction des exigences de la loi islamique.

⁹¹³ De même pour les autres métaux qui ont servi de monnaie (tels que le cuivre, le fer ou l'aluminium), la Tradition trouverait également à s'appliquer pour toutes les sortes de monnaie.

⁹¹⁴ F. Benali, *L'usure en droit musulman et ses conséquences pratiques*, Thèse préc., p. 78.

⁹¹⁵ M. Ruimy, *La finance islamique*, op. cit., 2008, p. 14. C'est nous qui avons ajouté les numéros dans le passage cité.

Plus précisément, une opération de crédit islamique ne peut jamais servir d'avance de fonds sans un adossement à un bien tangible, ou sans une prise de risque. Le tableau suivant synthétise la Tradition de Mohamed relative aux six produits *ribawi*.

| | Produits faisant office de monnaie à l'époque de Mohamed | | Produits alimentaires faisant office de première nécessité dans le contexte Islamique de l'époque | | | |
|---------|--|-----------------------|---|-----------------------|-----------------------|-----------------------|
| | Or | Argent | Blé | Froment | Dattes | Sel |
| Or | ES | S | Liberté contractuelle | Liberté contractuelle | Liberté contractuelle | Liberté contractuelle |
| Argent | S | ES | Liberté contractuelle | Liberté contractuelle | Liberté contractuelle | Liberté contractuelle |
| Blé | Liberté contractuelle | Liberté contractuelle | ES | S | S | S |
| Froment | Liberté contractuelle | Liberté contractuelle | S | ES | S | S |
| Dattes | Liberté contractuelle | Liberté contractuelle | S | S | ES | S |
| Sel | Liberté contractuelle | Liberté contractuelle | S | S | S | ES |

Tableau : Les conditions de la validité de l'échange commercial portant sur des produits *ribawi*⁹¹⁶

Légende : E&S = égalité sans surplus au comptant et à terme

S= surplus possible au comptant

Puisque la quantification des biens constitue l'outil de détection du *ribâ*, le fait générateur doit, quant à lui, nécessairement recourir à la nature intrinsèque des biens usuraires. L'exercice devient périlleux lorsqu'il faut encore différencier les biens partageant la même nature. Il faut ici jongler

⁹¹⁶ Source : Mohamed Bachir Ould Sass, *Cours de Finance Islamique dans le cadre du Diplôme d'Université Finance Islamique*, École de Management de Strasbourg, année 2010-2011.

avec non seulement les faits générateurs, mais également avec la nature et l'espèce des produits. Cela a conduit à établir trois règles encadrant la prohibition de l'intérêt⁹¹⁷.

1) La genèse du *ribâ* dans les opérations au comptant et à terme

357. – Interdiction du « surplus ». Si les choses échangées sont du même fait générateur, de même nature et de même espèce (par ex. : or contre or, blé contre blé), une égalité tant quantitative que qualitative est exigée dans les transactions au comptant et à terme. Dans la mesure où cette règle concerne aussi la monnaie, elle interdit de stipuler un intérêt en matière de prêt d'argent, et par voie de conséquence les opérations de crédit en sont nécessairement affectées. Il en est de même pour toute opération relative à des choses mobilières⁹¹⁸.

Cette règle régit aussi les cessions de dettes et de créances parce qu'il s'agit *in fine* d'échange de la monnaie contre de la monnaie, où intervient également la prohibition du « *bay al dayn bil dayn* ». C'est pourquoi l'escompte des effets de commerce est jugée *ribawi* lorsque l'escompte prévoit des agios. En revanche, l'opération peut être onéreuse et islamiquement licite si le banquier islamique ne perçoit que des frais et des commissions qui ne dissimulent pas un intérêt.

Cette règle trouve un écho partiel en droit français en matière de prêt à usage. L'article 1897 du Code civil dispose que « *si ce sont des lingots ou des denrées qui ont été prêtés, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix, le débiteur doit toujours rendre la même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela* ». Cette disposition montre que les deux droits se rejoignent sur les modalités de remboursement d'un prêt. Toutefois, son champ d'application n'est pas aussi étendu qu'en droit musulman. Cela se vérifie aussi avec la seconde règle islamique en cette matière.

⁹¹⁷ Elles découlent des travaux de l'Académie de Fiqh, lors de sa huitième session, en date des 14-19 novembre 1998.

⁹¹⁸ Cette règle s'applique à l'émission et à la souscription des titres financiers. Sont concernés les titres de créances (bons du Trésors, obligations), les autres transactions boursières comme les prêts de titres (rémérés, pensions, etc.), les échanges des titres nouveaux contre des titres anciens d'un même émetteur. Si la souscription ou la négociation de titres de créance est interdite en droit musulman, ce n'est pas le cas des titres de capital dès lors qu'ils aient été filtrés conformément aux exigences issues des textes scripturaires et des conventions de place (le ratio d'endettement de la société émettrice doit être inférieur, selon les cas, à 33% ou à 50%, son ratio de liquidité doit être inférieur à 50% et son ratio de revenus impurs à 5%) ; voir Annexe III, « *Le filtrage islamique des titres financiers* ».

2) La monétarisation du différentiel de valeur entre les biens échangés à l'épreuve de la genèse du *ribâ*

358. – Tolérance d'un « surplus ». Lorsque les biens échangés, partageant le même fait générateur, sont de même nature mais d'espèce différente (par ex. : or contre argent, blé contre datte), la transaction peut admettre un différentiel de valeur⁹¹⁹, quantifiable par le recours aux prix fixés par le marché, si et seulement si, la transaction s'effectue au comptant et impliquant un transfert immédiat de propriété⁹²⁰.

Ici, le principe de l'équivalence des prestations intervient et remplace l'application stricte de l'égalité dans le cas de l'échange de l'or avec de l'argent ou du blé avec l'orge. Ainsi, le surplus généré par l'échange au comptant de l'or avec l'argent n'est pas du *ribâ* conformément à une Tradition rapportée par le second Calife Omar que l'échange d'or contre de l'argent est du *ribâ* à moins qu'il ait lieu de la main à la main⁹²¹.

359. Change de devise. Cependant, selon M. Zuhayli, les opérations de change de devise (« *sarf* ») doivent nécessairement se réaliser au comptant parce que cette deuxième règle exige le respect de quatre conditions pour que le surplus ne soit pas qualifié de *ribâ* :

- premièrement, une livraison simultanée des biens ;
- deuxièmement, une équivalence de la valeur ;
- troisièmement, une absence de terme et ;
- quatrièmement, l'absence des options ouvrant la voie à une spéculation de nature monétaire⁹²².

Il en découle que le change de devise à terme est usuraire même si un des biens est livré au comptant alors que l'autre ne le sera qu'à terme. De manière générale, une « *convention peut être entachée du*

⁹¹⁹ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 330.

⁹²⁰ M. I. A Usmani, *Examining the prudence of Islamic banks: A risk management perspective*, art. préc., p. 6 : « 1) credit sale of gold with silver in excess is not allowed. But in spot sale, difference in value is allowed as the market exchange rate is ascertainable in spot sale ; 2) credit sale of one country's currency with the other country's currency with excess in amount is not allowed, but in spot sale, excess in amount is allowed; 3) trade of one liter petrol with two liters petrol or one kilo steel with two kilos of steel is not allowed as sale of petrol with petrol and steel with steel falls under the ambit of sale of homogenous commodities ».

⁹²¹ M. O. Farouq, *Ribâ, Interest and six Hadiths: do we have a definition or a conundrum?*, Review of Islamic Economics, vol. 13, n° 1, 2009, p. 116.

⁹²² Pour plus de détail, voir W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 281 – 291.

vice usuraire si l'une des parties spécule sur la variabilité des cours »⁹²³. Ce principe a été atténué par l'Académie de *Fiqh*, toujours lors de sa huitième session en 1998, en permettant le change à terme des monnaies avec un taux de change préalablement fixé⁹²⁴. Ainsi, nous sortons du cadre juridique littéralement défini par la Tradition sur les six produits.

3) La perception d'une marge bénéficiaire dans les opérations de crédit adossé à un bien

360. – Permission d'un « surplus ». Lorsque les biens échangés, ne partageant pas le même fait générateur, ne sont ni de même nature, ni de même espèce (par ex. : or contre blé, argent contre blé), les transactions au comptant et à terme peuvent produire un « surplus ». Cette règle légalise le profit perçu par une partie qui effectue un acte de commerce où le paiement est à crédit. Dans un contrat de vente à crédit ou à tempérament, le prix à terme d'un bien peut être plus élevé que son prix au comptant. Ainsi, la stipulation de la marge bénéficiaire ne produit pas de *ribâ*⁹²⁵.

Ici, il faut garder à l'esprit que l'Islam accorde une valeur au temps. En soi, il n'a pas de valeur parce qu'il n'est pas productif. En revanche, il y contribue en matière de financement à crédit d'une activité ou de l'acquisition d'un bien contrairement au simple prêt d'argent à intérêt où le prêteur ne contribue en rien à la valorisation de l'économie si ce n'est par un procédé passif d'injection de fonds dans l'attente d'un rendement pour le prêteur, lequel ne prend pas de risque⁹²⁶.

C'est grâce à la diversité des contrats de vente (*mourabaha*, *tawarruq*, *istisna*, *salam*) et des contrats de location (*ijara*) que les opérations de crédit sans intérêt deviennent conformes à la loi islamique. Ce financement implique le transfert des différents droits de propriété (*usus*, *fructus*, *abusus*) du vendeur à la banque, puis au client, ou bien du droit de jouissance de la banque au client qui dispose d'une option d'achat en vue de devenir le propriétaire du bien loué.

Le montant de la marge bénéficiaire est certes déterminé grâce à une formule de calcul similaire au calcul de l'intérêt bien que le montant de la marge bénéficiaire ne puisse pas être fixé par la méthode de calcul des intérêts composés (a). Toutefois, elle n'est pas de l'intérêt et ne doit être confondue ni

⁹²³ J.B. Heinrich, *Les principaux contrats de financement utilisés par les banques islamiques*, art. préc., p. 1134.

⁹²⁴ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 293.

⁹²⁵ Ibidem, p. 330 – 331.

⁹²⁶ Z. Iqbal et A. Mirakhor, *An introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, op. cit., p. 61.

avec les commissions, ni avec les frais. Sont donc conformes à la loi islamique les opérations de crédit islamique adossées aux contrats de vente et de location parce qu'elles s'adossent à un bien réel, tangible (b).

a) La conformité islamique de la stipulation de la marge bénéficiaire...

361. – Distinction du « ribâ » et de la marge bénéficiaire. La stipulation de la marge bénéficiaire dans les opérations de crédit adossé à la vente (*mourabaha, istisna, salam*), de location (*ijara*) ou des opérations combinant le contrat de société et le contrat de location (*moucharaka moutanaquissa et ijara*) ou bien la combinaison de l'*istisna* et de l'*ijara* est souvent mal appréhendée. Cette pratique suscite un doute sur la réalité de l'absence d'intérêt dans les opérations bancaires islamiques.

Des auteurs nous renseignent sur le sentiment entourant les activités bancaires islamiques en relatant « *l'hypocrisie d'un système par lequel le prêteur ne se rémunère pas sur la base d'un intérêt, mais plutôt au travers des revenus générés par le bien qu'il finance en prélevant une somme calculée exactement selon les formules de taux d'intérêt qu'il aurait prélevé dans le cadre d'un financement commercial* »⁹²⁷. Cette apparente hypocrisie ne l'est ni en apparence, ni en réalité si lesdites opérations présentent un échange de bien dont la nature et l'« *illâ* » diffèrent. En réalité, le *ribâ* ne reflète pas seulement la valorisation du temps, mais il augmente également la dette sans prendre en considération la réalité économique des biens et des activités financées. C'est pourquoi, dans les opérations adossés à la vente à crédit, « *le temps ne fait pas l'objet d'un échange indépendant ; il est le corollaire de l'objet vendu. Sa présence influe sur les déterminants du prix, mais n'a pas droit à une rémunération séparée. (...) l'équation porte d'un côté sur un objet vendu associé au temps et de l'autre sur un prix intégrant une rémunération du temps. L'injustice est alors inconcevable dans cette transaction, pourvu qu'il y ait consentement mutuel des deux parties et que les conditions générales du contrat de vente soient respectées* »⁹²⁸. Les crédits adossés sont alors des actes de commerce qui justifient une onérosité des mises à disposition de fonds. Le montant du

⁹²⁷ P. Grangereau et M. Haroun, art. préc., p. 61.

⁹²⁸ R. Saadallah, *Le financement islamique : Concepts et principes généraux*, in *Introduction aux techniques de financement islamique*, actes de séminaires, n° 37, Banque Islamique de Développement-IRTI, 1^{ère} édition, Djeddah, Arabie Saoudite, 1996, p. 16 et s ; voir aussi une étude quantifiée pour distinguer le système de crédit gratuit, de crédit islamique stipulant une marge bénéficiaire et le crédit conventionnel à intérêt, in S. Al-Suwailem, *Islamic Economics in a Complex World, Explorations on a Agent-based Simulation*, Banque Islamique de Développement, Jeddah, 2008.

remboursement est en général déterminé par le prix de vente initial du bien acheté par le banquier islamique, augmenté de la marge bénéficiaire. Celle-là peut être calculée selon une formule mathématique, très souvent par référence à un taux d'intérêt, notamment celui du marché interbancaire londonien appelé LIBOR. Le montant de cette marge dans le crédit *mourabaha* doit être déterminé par des procédés permettant de connaître le coût total du crédit⁹²⁹. Elle doit être fixée au moment de la conclusion du contrat et ne doit pas être réévaluée par une référence dont le taux est indéterminé⁹³⁰.

Mais, dans le cas d'un crédit *ijara*, où les versements périodiques comprennent le loyer et la marge du banquier islamique, seul le « véritable loyer » peut être variable grâce au procédé de l'indexation⁹³¹.

362. – Nature juridique de la marge bénéficiaire. La nature juridique de cette marge et du *ribâ* ne sont pas identiques⁹³². En prenant en compte la distinction entre le fait générateur et le mode de calcul de l'intérêt, nous sommes amenés à considérer que cette marge ne s'assimile pas à l'intérêt parce que cette opération, qui nécessite une intermédiation de la banque, consiste en un *échange* entre deux choses de nature et de genre différents : un bien mobilier (corporel ou incorporel) ou immobilier est acheté puis livré à un client grâce à une mise à disposition de fonds du banquier au

⁹²⁹ Article 4/7, Sharia Standard 8 de l'AAOIFI, *Mourabaha to purchase orderer* : « *The institution's profit mark-up in Murabaha to the purchase orderer must be known, and the mere mention of the total selling price is not sufficient. It is permissible that the profit be determined based on a lump sum amount or a certain percentage of the cost price only or of the cost price plus the expenses. This determination is completed by the agreement and mutual consent of the two parties* ».

⁹³⁰ Article 4/6, Sharia Standard de l'AAOIFI, Standard 8, *Mourabaha to purchase orderer* : « *It is an obligation that both the price of the item and the institution's profit on the Murabaha to the purchase orderer transaction be fixed and known to both parties on the signature of the contract of sale. It is not permitted under any circumstances to subject the determination of the price or the profit to unknown variations or variations that are determinable in the future, such as by concluding the sale and making the profit dependent on the rate of LIBOR that will prevail in the future. There is no objection to referring to any other known indicators during the promise stage as a comfort indicator to determine the rate of profit, provided that the determination of the institution's profit at the time of concluding the Murabaha to the purchase orderer is based on a certain percentage of the cost and is not tied up with LIBOR or a time factor* ».

⁹³¹ Article 5/2/3, Sharia Standard 9 de l'AAOIFI, *Ijara and Ijara Muntahia biltamleek* : « *In case the rental is subject to changes (floating rental), it is necessary that the amount of the rental of the first period of the Ijarah contract be specified. It is then permissible that the rentals for subsequent periods be determined according to a certain benchmark. Such benchmark must be based on a clear formula which is not subject to dispute, because it becomes the determining factor for the rentals of the remaining periods. This benchmark should be subject to a ceiling, on both maximum and minimum levels* ».

⁹³² Voir M. A. El-Gamal, *Islamic Finance, Law, Economics and Practice*, op. cit., p. 75 – 77 ; Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 53 – 76 ; aussi S. Al-Suwailem, op. cit. p. 87 ; T. Usmani, *An introduction to Islamic Finance*, op. cit., p. 56 ; W. Al-Zuhayli, op. cit. Tome 1, p. 349.

fournisseur. Or, la genèse de l'intérêt ne concerne que les échanges de choses ayant le même fait générateur et la même nature juridique, ce qui vise les prêts d'argent à intérêt.

L'intérêt ne s'assoit pas sur la valeur réelle du bien contrairement à la marge bénéficiaire qui est un profit du bailleur de fonds qui a accompli un acte de commerce en bonne et due forme. Si la marge bénéficiaire était identique à l'intérêt, l'opération commerciale sous-jacente serait inutile. Toutefois, on est amené à penser que cette opérations est un « *hila'* »⁹³³. L'achat et la vente d'un bien est un prétexte pour avancer des fonds qui génère un surplus, ce qui permettrait de qualifier l'opération de *ribawi*.

Supposons qu'il n'y ait ni *hila'*, ni *ribâ*. Il importe peu que le mode de calcul de la marge soit similaire à celui de l'intérêt toutes les fois qu'il n'est pas identique à la capitalisation de l'intérêt. M. Usmani argumente cette similitude de façade en essayant de montrer que le profit est différent du *ribâ*⁹³⁴ : Si deux personnes exercent une activité économique dont l'une est dans un secteur prohibé par l'Islam (l'alcool par exemple) alors que l'autre ne l'est pas (les boissons non alcoolisées), et si les deux ont réalisé des profits identiques après avoir appliqué le même mode de calcul qui consiste à appliquer un même « taux de profit », la deuxième personne ne contrevient nullement à la loi islamique, alors que le premier viole l'interdiction islamique de vendre de l'alcool. Son profit qui n'est pas du *ribâ* est *haram*. Cet exemple proposé par M. Usmani montre que l'application d'une formule mathématique, d'un taux comme en matière de crédit à intérêt est islamiquement admissible pour déterminer un « taux de profit » islamique, pourvu que ce taux s'écarte de l'intérêt composé qui consiste à générer de l'intérêt à partir des intérêts produits par le capital prêté.

Ainsi, la stipulation d'un taux de référence identique à un taux d'intérêt avec comme référence explicite au LIBOR dans un contrat de *mourabaha* n'est pas nulle en droit musulman dès lors que ce taux est clairement fixé et ne soit sujet à aucune variation. Cela implique que ce taux ne doit pas être variable pour les opérations adossées à la vente, alors qu'il peut être variable pour celles qui s'adossent sur l'*ijara*.

Un courant estime qu'un système bancaire islamique ne peut ne se contenter d'une telle démarche puisqu'il fera face à deux séries de critiques : la première relève de l'hypocrisie du système qui utilise les mêmes méthodes de calcul, ce qui n'est qu'apparent ; la seconde qui est plus accentuée serait de la corruption de l'esprit de la banque islamique consistant à redistribuer les richesses via un

⁹³³ Défini comme étant un subterfuge juridique, voir infra, n° 367.

⁹³⁴ M. T. Usmani, op. cit., p. 57.

taux de référence inadéquat. Pour préserver sa légitimité, elle se doit de se défaire des réflexes de l'industrie bancaire conventionnelle en insistant sur les opérations appliquant la règle du partage des profits et des pertes.

363. – Contraintes contractuelles et coût du crédit. La structuration des crédits islamiques est donc plus complexe en termes d'établissement de documents contractuels parce qu'ils doivent être conformes au droit national d'un pays musulman ou non, et au droit musulman. Cette complexité se répercute aussi sur le coût du crédit qui est plus élevé dans les banques islamiques que dans les banques conventionnelles. Il est de 1 à 3% plus cher au Canada, et de 0,4 à 1% aux États-Unis, même si les avances de fonds islamiques adoptent le même tableau d'amortissement que celles octroyées par les banques conventionnelles. À cet égard, M. El-Gamal déplore ce « *cost of being muslim* »⁹³⁵ (coût d'être musulman) parce que l'ingénierie financière islamique qui est fondée originellement sur la théorie contractuelle présente en soi une incohérence, ce qui induit anormalement ce coût soi-disant élevé alors que le coût de la structuration des produits bancaires et financiers n'est plus à l'heure actuelle aussi élevé.

Pour diminuer ce coût, un produit financier islamique doit substantiellement tenir compte de l'approche économique parce que le surcoût qui découle de la juxtaposition de plusieurs contrats de vente et de location conduit volontairement ou involontairement à recourir à des expédients juridiques interdits par la loi islamique⁹³⁶. Cependant, l'auteur reconnaît aussi, comme M. Taqi Usmani, que le financement islamique diffère matériellement du financement classique en raison de la prise de risque du banquier : le coût de ladite prise de risque est ici justifié d'un point de vue de la justice économique, dont l'une des manifestations est l'adossement à un actif réel.

b) ... Conditionnée par l'adossement à un bien

364. – Condition de conformité islamique de la marge bénéficiaire. Le droit musulman postule donc que seul l'adossement à une chose réelle assure la sécurité juridique des opérations de crédit

⁹³⁵ Mahmoud A. El Gamal, *Incoherence of contract-based islamic financial jurisprudence in the age of financial engineering*, Rice University, May 2007, <http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html> (visité le 7 octobre 2008), p. 6. Malheureusement, nous n'avons pas encore de données chiffrées pour l'Europe.

⁹³⁶ Voir infra, n° 366 – 373.

dégageant une marge bénéficiaire. Outre le crédit *mourabaha* ou *ijara*, le crédit immobilier islamique qui se structurent grâce à la *moucharaka* dégressive et à l'*ijara*, un des modèles d'exploitation au Royaume-Uni, tient également compte de cette exigence. Il en découle que le financement islamique recherche une assise économique réelle. Pour cela, il doit être corrélé à la création et à la distribution de richesses dans l'économie⁹³⁷.

365. – Absence de texte explicite exigeant l'adossément à un actif réel. Il n'existe aucun texte qui prévoit l'adossément des transactions bancaires islamiques à un actif tangible. Cela n'a pas empêché les membres des Sharia Board de l'exiger après avoir interprété de manière déductive le régime juridique de l'interdiction de l'intérêt et des contrats de financement⁹³⁸. Selon nous, la troisième règle relative à la genèse du *ribâ*⁹³⁹ est le fondement juridique le plus solide.

Plus précisément, bien que les normes dites « *Financial Accounting Standards* » (FAS) de l'AAOIFI soient largement inspirées des normes appelées « *International Accounting Standard* » (IAS), il existe des différences importantes. Il en va ainsi de la définition d'un actif. Les normes IAS le définissent comme étant une ressource pour une entreprise si son contrôle engendre un flux futur de profits pour cette entreprise. Selon les normes FAS, un actif est toute ressource susceptible de générer des « *cash-flows* » futurs, qu'ils reviennent ou non à l'entreprise qui contrôle l'actif⁹⁴⁰.

Généralement, lorsqu'un client s'adresse à une banque conventionnelle pour l'acquisition d'un bien, son remboursement est souvent déconnecté du projet. Peu importe s'il aboutit ou non, les revenus attendus demeurent une créance, dont la garantie s'attache à l'exercice d'un recours sur les ressources financières du projet, et accessoirement, sur les biens⁹⁴¹. Cette approche est incompatible avec la philosophie de la banque islamique, parce qu'elles tiennent compte de la rentabilité des projets et du rendement de l'actif sous-jacent.

⁹³⁷ D. El-Hawary, W. Grais et Z. Iqbal, *Regulating Islamic Financial Institutions : The Nature of The Regulation*, World Bank Policy Working Paper 3227, March 2004, p. 5 : « *a financial transactions needs to have a « materiel finality », that it is directly or indirectly linked to a real economic transaction* »; *a financial transaction should not lead to the exploitation of any party to the transaction* ».

⁹³⁸ T. Hafsi, L. Siagh et A.-O. Diallo, *Environnement intense et choix stratégique : le cas des banques islamiques*, *Revue française de gestion*, n° 171, 2007, p. 129 : « *les membres des Conseils de la Chari'a d'Al Rajhi Banking Investment Corp., d'Arabie Saoudite par exemple, demandent régulièrement à voir les actifs qui sous-tendent les transactions des banquiers. L'investissement dans des instruments tangibles quasi monétaires seraient probablement inacceptables pour les membres du conseil* ».

⁹³⁹ Voir supra, n° 361 – 363.

⁹⁴⁰ *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Rapport préc., p. 57.

⁹⁴¹ Z. Sefkali, *Droit du financement structuré*, Revue Banque Édition, 2004, p. 78.

Si la prohibition du *ribâ* ne s'applique pas lorsque des créances sont négociées en contrepartie d'un actif réel, il existe des transactions où des créances et des dettes sont représentées par un titre financier, participatif ou non. Si le financement est participatif, il faut appliquer la règle du « *qalb al dayn ila mousharaka* »⁹⁴², c'est-à-dire la transformation de créance (ou de la dette) en une opération de *mousharaka*. Par exemple, la banque centrale de Malaisie a permis de telles cessions depuis le milieu des années 1990 en vue de permettre le refinancement participatif des banques islamiques⁹⁴³. Cependant, des pratiques bancaires islamiques sont critiquées au motif qu'elles ouvrent la voie aux subterfuges (*hiyal*), notamment en raison de l'absence d'adossement à un bien.

C) Les opérations de crédit islamique : des subterfuges (« hiyal ») ?

366. – Entre interdiction de principe et pratique très contrôlée. En principe, les subterfuges juridique, appelés « *hiyal* » (pl. de « *hila'* ») ne sont pas conformes à la islamique⁹⁴⁴ (1) alors que la mise à disposition de fonds adossée à la vente « *inah* », technique en principe prohibée, est appliquée par certaines banques islamiques (2).

1) La non-conformité islamique des subterfuges juridiques (« hiyal »)

367. Subterfuges, caractéristique principale de la finance islamique ? En arabe, le terme « *hiyal* » est le pluriel de « *hila'* » qui signifie ruse, détournement, expédient, subterfuge. Juridiquement, il s'agit de « subterfuges juridiques », c'est-à-dire des procédés qui ont recours à la

⁹⁴² M. B. Arbouna, *Islamic bank and rate of return risks*, Islamic Finance Review, 2008/2009, Euromoney, p. 12.

⁹⁴³ M. N. Siddiqi, *Islamic banking and finance in theory and practice: A survey of state of the art*, Islamic Economic Studies, vol. 13, n° 2, february 2006, 9 – 10 : « *Eligible banking institutions are allowed to trade in the designated Islamic financial instruments, such as Islamic bills and Islamic debt securities among themselves. GIC (Government Investment Certificate) are non-tradable but the players may exchange the papers among themselves based on the price issued by BNM (Bank Negara Malaysia)* ». Le même auteur souligne que ceci s'est considérablement développé même dans les pays du Golfe notamment grâce aux *sukuks* ; voir aussi www.bnm.gov.my ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, *Structuring Islamic Finance Transaction*, op. cit, p. 69.

⁹⁴⁴ Cf. Le Livre des ruses, *La Stratégie politique des arabes*, Libretto, Paris, 2010, spéc. p. 407 à 448 pour les ruses employées et rencontrées par les juges et les juristes.

simulation parce qu'ils permettent de réaliser une opération usuraire pouvant revêtir la forme d'un contrat légalement conclu⁹⁴⁵.

Les *hiyal* ont nourri de vives controverses dans la doctrine islamique, ainsi que parmi les chercheurs qui se sont intéressés au droit musulman. Ces derniers ont essayé de démontrer que le droit musulman qui interdit certaines techniques contractuelles admet en toute impunité des procédés légalement fondés pour passer outre les interdictions.

Certains procédés montrent l'ingéniosité des conseillers en matière de contournement de la prohibition de l'intérêt. M. Parléani évoque « *le charme discret des sages et subtils expédients* »⁹⁴⁶ parce qu'à certains égards, ce sont des « *petit chefs-d'œuvre de combinaison juridiques* » qui ont recours à une succession d'actes dont la complexité est fonction de leur nombre : double ou triple vente, location et vente combinant des options d'achat et de vente, échange combinant prêt et/ou nantissement de bien, etc. MM. Malaurie, Aynès et Gautier affirment qu'« *afin de permettre au monde islamique de pratiquer le commerce, tout en respectant à la lettre la loi religieuse, le droit musulman utilise des subterfuges juridiques (hiyal) pour rémunérer les apporteurs de capitaux : ce sont des techniques inspirées soit de la société, soit de la vente, soit même, peut-être, du bail. Ainsi, est licite, la commandite (moudharaba), la double vente (moukhatara, en latin médiéval, mohatra)... la majoration du prix de la marchandise dans la vente à crédit... la participation aux bénéfices et le crédit-bail où (apparemment) un loyer rémunère le louage d'une chose. Le tout c'est qu'il n'y ait pas, formellement, d'intérêt. Un droit rigide s'assouplit, à la longue, au moyen de « trucs »* »⁹⁴⁷.

Nous verrons que la dernière affirmation comporte une part de vérité avec la tentative de systématiser les techniques de vente appelée d'« *inah* » par certaines banques islamiques, ainsi qu'une part de méconnaissance de la rigueur de l'Académie de Fiqh⁹⁴⁸ peu important ce que peut coûter une telle position à l'industrie bancaire islamique⁹⁴⁹.

Des auteurs avancent l'idée selon laquelle « *moins attaché à l'investigation psychologique de l'agissant, le droit musulman paraît avoir été moins rigoureux dans la poursuite des agissements*

⁹⁴⁵ M. Kettani, *Une banque originale, la banque islamique*, Mémoire, DES de Droit privé, Faculté de Droit de Rabat, Édition Dar al-Kotob al-Ilmiyah, Beyrouth, Liban, 2005, p. 75.

⁹⁴⁶ G. Parléani, *Regards pragmatiques sur la finance islamique*, Rev. dr. banc. et fin., mars-avril 2012, in Dossier « Les nouveaux déterminants de la finance (1^{ère} partie) », p. 79 – 81.

⁹⁴⁷ P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 3^{ème} édition, 2007, n° 941.

⁹⁴⁸ Académie du Fiqh, Organisation de la Conférence Islamique, *Résolution 179 (19/5)*, Session tenue à Sharjah, Émirats Arabes Unis, du 1 au 5 Jamadil Ula 1430 (26 au 30 avril 2009), www.isra.com, visitée le 11 mai 2009.

⁹⁴⁹ Voir M. N. Siddiqi, *Islamic banking and finance in theory and practice: A survey of state of the art*, art. préc. ; B. Abdul Ghani et A. Hussain, *The key driver of Islamic Finance – demand and supply*, Islamic Finance Review, Euromoney, 2009-2010, p. 13 : où les auteurs montrent le contrat d'*inah* est admis par les juristes malaisiens.

usuraires, ne s'en tenant qu'à la volonté extérieure révélée par l'accomplissement. Cette attitude nous paraît moins surprenante qu'il n'y paraît et l'on peut, toute proportion gardée, objectivement lui comparer la carence d'analyse psychologique du juge commercial [français] dans l'analyse des éléments caractérisant le contentieux entre deux marchands »⁹⁵⁰. Ces auteurs prennent deux exemples pour comparer le droit musulman avec le droit français. La « *mohatra* » serait une opération qui permet à A qui a besoin d'argent de vendre au comptant à B un bien à 1000 ; puis B le lui revend à crédit pour 1100⁹⁵¹. Cette opération se décline aussi d'une autre façon où A vend une chose à terme à 1500 et B le lui revend au comptant à 1000. B paiera 1500 à Pâques alors que A ne paiera que 1000 à Noël⁹⁵². Ces exemples sont identiques de ceux donnés pour la vente *inah*⁹⁵³.

Assez paradoxalement, le développement de la *mohatra* eut une influence commerciale arabe parce que cette « institution-phare » ne sera condamnée que tardivement par l'Église en 1679⁹⁵⁴.

Le fait que des individus ont eu, ou ont encore, recours au *hiyal* n'implique pas que le droit musulman ait changé de nature, voire d'essence. En effet, le verset 275 de la deuxième Sourate du Coran qui prohibe le *ribâ* demeure intangible et immuable jusqu'à la fin des temps selon la doctrine islamique. Mais, au début du XX^{ème} siècle, le plus célèbre, et le plus incompris des avis fût celui de Mohammed Abdou, alors Mufti d'Égypte, qui autorisa dans certaines conditions les transactions entachées d'intérêt, afin de mettre en place une caisse d'épargne. À son tour, le Mufti d'Istanbul a autorisé le gouvernement ottoman à émettre des obligations productives d'intérêts⁹⁵⁵ en remplaçant le terme *ribâ* par « *fa'iz* » qui provient de l'arabe « *fa'ida* » qui signifie avantage, profit⁹⁵⁶.

Il est clair, cependant, que la pratique du *tawarouq* résulte – pour des raisons de nécessité – d'avis juridiques validant un mécanisme à la frontière du détournement malgré la déclaration de non-conformité de l'Académie de Fiqh⁹⁵⁷. Concernant les finalités d'une telle autorisation, la création d'un marché monétaire de type islamique pour assurer la liquidité des institutions financières

⁹⁵⁰ *Droit des affaires, questions actuelles et perspectives historiques*, sous la direction d'Edouard Richard, Presse Universitaire de Rennes, 2005, p. 38.

⁹⁵¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 3^{ème} édition, 2007, note 5, p. 547.

⁹⁵² *Droit des affaires, questions actuelles et perspectives historiques*, op. cit., 2005, p. 38.

⁹⁵³ Voir infra, n° 371 – 373.

⁹⁵⁴ *Droit des affaires, questions actuelles et perspectives historiques*, op. cit., 2005, p. 38.

⁹⁵⁵ J. Baz, *Essai sur la fraude à la loi en Droit musulman (Étude de Droit musulman comparé et de Droit international privé)*, préface du Professeur Roubier, Sirey, 1938, p. 10 – 11 ; M. Islamoglu, *Hayat Kitabi Kuran, Gerekeçeli meal-tefsir* (en langue turque, notre Traduction : *Un Livre pour la vie : Le Coran, Commentaire du Coran*), Düsün Yayincılık, Istanbul, 2009, p. 97.

⁹⁵⁶ Voir aussi supra la position de l'Ancien Mufti d'Al Azahar, Cheick Tantawi, n° 96.

islamiques en est une raison⁹⁵⁸. Ainsi, il faut scruter la finalité de l'opération pour savoir si elle doit être qualifiée de prêt à intérêt malgré la juxtaposition de deux ventes. Ce raisonnement est donc transposable à des opérations complexes qui font intervenir une succession d'actes juridiques (unilatéraux et bilatéraux).

368. – Fraude à la loi et abus de droit. L'adaptation consciente et volontaire de moyens licites en soi, à des fins contrevenants auxdites interdictions du droit musulman s'analyse comme étant une fraude à la loi⁹⁵⁹. La fraude se distingue de l'abus grâce au critère d'une manœuvre opérée par le prêteur et l'emprunteur pour camoufler un prêt usuraire, alors que l'abus permet de profiter, en l'absence de manœuvre caractérisée, d'une technique juridique non contrôlée. Le « *hila* » peut alors être tantôt une fraude, tantôt un abus. Dans les deux cas, ils sont illicites même s'ils sont liés à un droit dont l'exercice normal ne nuit ni au cocontractant, ni aux tiers, mais contreviennent à une interdiction formelle. Formellement, cela permet d'utiliser des procédés parfaitement licites ; mais, le résultat obtenu tient fondamentalement de l'intention frauduleuse. Selon un auteur, même en l'absence de préjudice pour les parties, tout moyen qui élude le *ribâ* reste prohibé, que le montage camoufle à court ou à long terme sa genèse⁹⁶⁰.

Pour interdire ces pratiques, les jurisconsultes invoquent le principe de « *seddi-serriya* » qui peut être défini comme étant le principe de précaution. Il est le fondement juridique interdisant tout acte ou toute opération compli(e) abusivement parce qu'en droit musulman le fait d'« *ignorer que la transaction est juste revient à la considérer comme injuste* »⁹⁶¹. Ce principe de précaution figure parmi les obstacles les plus importants, notamment « *psychologique* »⁹⁶² parce qu'il est le corollaire du principe d'égalité⁹⁶³. Ce principe est énoncé de telle sorte que chaque opération doit se prêter à un examen minutieux. En effet, l'interdiction résulte de l'essence et de la signification du *ribâ*.

⁹⁵⁷ Académie du *Fiqh*, Organisation de la Conférence Islamique, *Résolution 179 (19/5)*, Session tenue à Sharjah, Émirats Arabes Unis, du 1 au 5 Jamadil Ula 1430 (26 au 30 avril 2009), préc. ; H. Latrache et S. Oddos, *Le tawarouq, un mal nécessaire ?*, Les Cahiers de la Finance Islamique, EM Strasbourg, Université de Strasbourg, n° 2, p. 50 à 62.

⁹⁵⁸ Islamic Financial Services Board, *Technical note on issues in strengthening liquidity management of Institutions offering Islamic Financial Services: The development of Islamic Money Markets*, march 2008.

⁹⁵⁹ J. Baz, thèse préc., p. 31.

⁹⁶⁰ S. Ibn Fawzan Al Fawzan, op. cit., p. 108.

⁹⁶¹ Idem.

⁹⁶² Ibidem, p. 107-108.

⁹⁶³ Ibidem, p. 105 : En droit musulman, le fait de ne pas déterminer clairement l'égalité est comparable à l'essence de l'inégalité.

Lorsque le créancier et le débiteur veulent tirer profit d'une situation apparemment normale mais qui est en réalité un subterfuge, cette opération est qualifiable d'abus de droit. Le danger est d'invoquer le principe de liberté contractuelle en accédant à un droit de réclamer telle ou telle prestation lorsque les rapports de force sont déséquilibrés lors de la conclusion du contrat.

En droit musulman, une opération frauduleuse ou abusive est nulle⁹⁶⁴. À cet égard, nous pouvons fixer le curseur de l'absence d'abus sur le créancier de sorte qu'il soit le gage de l'effectivité de la prohibition de l'intérêt bien que le débiteur en demeure l'agent. Cela signifie que le débiteur et le créancier doivent effectuer des opérations dans des conditions non *ribawi*, parce que les deux parties sont liées dans le fait de commettre un acte *contra legem*.

369. – Montages financiers et « hiyal ». Comment justifier un montage s'il sert objectivement à éluder un des plus grands péchés de l'Islam ? Il serait difficile de le faire dans un cadre législatif purement islamique. Bien que les *hiyal* soient considérés comme des circonstances aggravantes, la question est de savoir si le principe de nécessité peut servir de justification. Or, s'il y a nécessité objective définie par exemple par le Conseil Européen de la Fatwa, il ne sert à rien de détourner la règle⁹⁶⁵. Ainsi, chaque *hila'* soulève la même interrogation : où se cache l'avantage procuré en contrepartie notamment d'une avance de fonds porteuse de *ribâ* ?

370. – Comparaison avec le droit français. En droit français, l'article 1321 du Code civil disposant que « *les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes* », ce qui permettra, sous certaines conditions, de tourner une règle juridique, les parties peuvent dissimuler « *leur accord réel sous le faux masque d'un accord « officiel » différent* »⁹⁶⁶. Ainsi, la « contre-lettre » (l'acte réel) est « *destinée à démentir secrètement l'acte ostensible* ».

Avant que le Code civil n'ait permis la stipulation de l'intérêt, la prohibition était « tournée » par la constitution de rentes⁹⁶⁷. Elles pouvaient être perpétuelles de sorte que le versement d'un capital s'effectuait en contrepartie de paiements périodiques d'arrérages. Le capital n'était jamais remboursable et les arrérages étaient dus indéfiniment. En fait, les intérêts se présentaient sous la

⁹⁶⁴ M. Kettani, mémoire préc., p. 82 : si la pratique usuraire est persistante, malgré le rappel au respect de la législation islamique, certains juristes ont envisagé la peine de mort car l'intérêt est un des actes les plus abominables qui existent.

⁹⁶⁵ Voir supra, n° 104.

⁹⁶⁶ A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations* op. cit., n° 827.

forme classique : « le débiteur pouvait y mettre fin en « rachetant » la rente, c'est-à-dire en remboursant le capital qui avait produit des intérêts sous la forme d'arrérage »⁹⁶⁸. Cela consistait, en terme contemporain, à l'octroi de crédit à durée indéterminée. Il était également possible de tourner le délit d'usure par l'établissement d'une reconnaissance de dette supérieure au capital réellement prêté.

Le tableau ci-dessous décrit le montage d'une opération éludant l'intérêt en utilisant le contrat de société.

| Apparences | Réalité |
|---|---|
| 1 ^{er} contrat : Société en commandite dans laquelle A apporte un capital et B apporte son activité | A prête une somme à B en évaluant arbitrairement et par avance à 15% le dividende moyen que A doit percevoir. |
| 2 ^{ème} contrat : B donne à A une partie de ses gains à titre de prime d'assurance contre le risque de perte. Pour cela B cède 5% de ses gains | B garantit à A la restitution de son apport même si la société est déficitaire. Donc le capital sera nécessairement restitué. |
| 3 ^{ème} contrat : A vend à B le reste de ses bénéfices éventuels et incertains contre une somme fixe et forfaitaire payée annuellement | A s'assure un dividende fixe lequel est égal au reliquat du bénéfice initialement prévu soit 5% qui constituent en réalité la proportion de l'intérêt. En définitive, l'opération dissimule un prêt à intérêt dont le taux est de 5% |

Tableau repris de l'ouvrage intitulé, *Droit des affaires, questions actuelles et perspectives historiques*, op. cit., p. 58.

Le tableau ci-dessus expose une technique bien connue de subterfuge. Il élude la prohibition de l'intérêt grâce à la conclusion d'un contrat de société. En fait, trois opérations licites mises bout à bout peut conduire à une opération illicite. Outre le contrat de société qui peut servir d'écran, la vente est aussi un contrat pouvant servir de *hiyal*.

⁹⁶⁷ M. Merlan, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Dalloz, 5ème Édition, T. 13, H. TARLER librairie-éditeur, Bruxelles, 1826, p. 446.

2) La vente « *inah* » : une technique prohibée, mais appliquée par certaines banques islamiques

371. – Deux ventes, deux contractants, mais seulement un bien. Selon M. Chehata, le droit primitif musulman qui considérait cette vente comme une pratique prohibée finit par l'inclure parmi les mécanismes juridiques autorisés du fait de son adaptation à la pratique⁹⁶⁹. Toutefois, la doctrine qui a fourni beaucoup d'efforts pour encadrer la vente *inah*, considère qu'elle est *haram*. Le terme « *inah* » signifie des choses qui se ressemblent.

Une mise à disposition de fonds de type *inah* implique deux personnes qui vont conclure deux contrats de vente dont la chose, objet identique des deux contrats, sert d'écran pour dissimuler un prêt à intérêt. En apparence, le vendeur vend le bien au comptant à l'acheteur dans le but de le lui racheter à terme à un prix plus élevé. En réalité, l'acheteur avance des fonds qui seront augmentés d'une marge dont la nature usuraire devient évidente parce que le bien, une sorte d'écran, sécurise fictivement l'opération de vente⁹⁷⁰. C'est une vente généralement effectuée sous la violence économique lorsque tout autre moyen de s'en écarter a disparu. Elle est une illustration manifeste de la Tradition de Mohamed selon laquelle il est interdit de contracter dans un même contrat deux ventes, ou bien une vente et un prêt. De nos jours, elle est considérée par conséquent comme une opération dissimulant un prêt à intérêt⁹⁷¹.

372. – Conformité islamique de certaines ventes dites « *inah* ». Pourtant, il existe une divergence entre les grandes autorités de la doctrine islamique pour savoir si la vente *inah* est légale ou non : Abou Hanifa admettait la conformité islamique d'une opération *inah* si la propriété du bien était transférée à nouveau au vendeur initial (qui a vendu à crédit) à échéance. Malik Ibn Anas la rejette parce que l'opération est un subterfuge. Châf'î l'invalidé si les deux opérations – l'avance de fonds combinée à l'achat puis de la revente du bien à un vendeur initial, sont connexes.

⁹⁶⁸ A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations* op. cit., n° 825.

⁹⁶⁹ Chafik Chehata, *Droit musulman*, op. cit., n° 10.

⁹⁷⁰ Est aussi qualifié de vente « *inah* », le procédé selon lequel le vendeur vend le bien à terme à un acheteur pour le lui racheter au comptant à un prix inférieur par rapport au prix à terme. Par exemple, une personne vend une certaine quantité de blé contre 100 payables dans trois mois, ce qui est parfaitement licite ; mais, l'acheteur ayant besoin de fonds revend le blé à la même personne pour 90. Dans ce cas, il s'agit d'une vente *inah* puisque la différence de prix correspond à un intérêt alors même que le vendeur et l'acheteur sont consentants (F. Benali, thèse préc., p. 70).

Plus précisément, Abou Hanifa considéra que ce genre de vente est conforme à la loi islamique si le transfert de propriété est effectif et que l'acheteur supporte les risques liés au bien jusqu'à ce qu'il finisse de rembourser le vendeur. Cela signifie que la seconde vente ne peut pas intervenir avant l'échéance de la vente à crédit.

De nos jours, la vente *inah* n'est pas conforme à la Charia pour la majorité de la doctrine parce que l'argent est vendu à une valeur supérieure à terme que sa valeur au comptant alors même qu'un actif couvrirait l'opération. L'emprunteur souhaitant des liquidités dans les plus brefs délais se heurte, via la vente *inah*, à un cas avéré de transaction usuraire car « *il a contracté une dette pour obtenir au comptant une somme inférieure au montant de cette dette, et c'est là l'essence même de l'usure* »⁹⁷².

Or, il existe deux façons d'interpréter la pratique de l'*inah* : premièrement, soit elle est clairement prohibée, ce qui est le cas par la doctrine contemporaine, soit elle est permise dont la mise en pratique sera encadrée par le droit français grâce à la vente à réméré. La forme permise doit tenir compte des conditions de revente du bien échangé.

Le vendeur/bailleur de fonds assumera les risques liés à la propriété du bien qui ne sera livré uniquement si l'acheteur-emprunteur rembourse entièrement sa dette.

373. – Comparaison avec la vente à réméré. La vente *inah* est qualifiable en une vente à rémérée en droit français, qui est aussi appelé « vente avec rachat » depuis la loi de clarification du droit⁹⁷³. En vertu de l'article 1659 du Code civil, elle prévoit une « *faculté de rachat ou de réméré [qui] est un pacte par lequel le vendeur se réserve le droit de prendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement [« des frais et des loyaux coûts de la vente »]*⁹⁷⁴ *ainsi que le prix des réparations* ». Pour la doctrine, c'est « *un contrat par lequel une personne vend une chose et stipule qu'elle pourra la reprendre si elle rembourse, dans un délai qui ne peut excéder cinq ans, le prix et certains frais (article 1659 à 1673 du Code civil) ; le vendeur redevient propriétaire qu'après avoir remboursé le prix à l'acquéreur* »⁹⁷⁵. C'est aussi une « *technique utilisée par les professionnels dans leurs relations mutuelles comme substitut au prêt* »⁹⁷⁶.

⁹⁷¹ W. Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 118.

⁹⁷² S. Ibn Fawzan Al Fawzan, op. cit., p. 117.

⁹⁷³ Loi de clarification du droit, n° 2009-526, du 12 mai 2009, et qui est régie par les articles 1659 à 1673 du Code civil.

⁹⁷⁴ Article 1673 du Code civil.

⁹⁷⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 86.

⁹⁷⁶ J. Dubos, actualisé par P. Coudert, art. préc., n° 77.

Bien que le texte utilise le terme de « faculté » de rachat, le vendeur dispose d'un droit potestatif pouvant conduire implicitement à autoriser l'exploitation de l'acheteur se trouvant dans une situation économique désavantageuse. Bien qu'elle soit analysée en « *une vente conditionnelle, sous condition résolutoire, elle dissimule un prêt garanti par une aliénation fiduciaire. On la trouve utilisée en matière immobilière ou de société* »⁹⁷⁷. D'autres auteurs indiquent qu'elle est « *souvent utilisée pour réaliser une opération de crédit garantie par la propriété de la chose vendue, le prix correspondant en réalité à une avance de fonds. [...] Elle peut être cependant frappée de nullité si la différence entre le prix de vente et celui du rachat dissimule une opération usuraire* »⁹⁷⁸.

Nous constatons ici un double rapport entre le droit musulman et le droit français : d'abord, si la vente à réméré et la vente *inah* partagent le même dessein, il n'en demeure pas moins que le droit musulman tente de la bannir. L'industrie bancaire islamique devra en tenir compte notamment après la décision de l'Académie de Fiqh. Puis, le droit français en limite l'utilisation usuraire conformément à sa propre logique.

Au regard des circonstances dans lesquelles le *ribâ* se génère, il convient de voir à présent dans quelle mesure les crédits islamiques sont régis par le droit français qui lui autorise la stipulation de l'intérêt.

§2) L'inapplication du régime juridique français de la stipulation de l'intérêt

374. – Distinction entre le prêt et le crédit. Parmi les principales différences entre le prêt de consommation régi par le Code civil⁹⁷⁹, et les crédits bancaires, il faut noter que le premier est un contrat réel⁹⁸⁰, distinction qui tient compte de la variété des mises à disposition de fonds par un établissement de crédit.

⁹⁷⁷ Idem.

⁹⁷⁸ Lamy Droit du financement 2006, n° 3990 : citant Cass. Com., 24 octobre 1956, Gaz. Pal. 1956, 1, jur., p. 128 ; voir aussi n° 1874 pour la faculté des OPCVM d'y recourir.

⁹⁷⁹ Articles 1892 à 1914 du Code civil.

⁹⁸⁰ Nature juridique qui consiste à valider la formation du contrat de prêt lorsque les fonds sont remis par le prêteur à l'emprunteur, pour plus de détail voir A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1133 à 1139.

Selon MM. Malaurie, Aynès et Gautier, « *donnant plus de droits à l'emprunteur, le prêt de consommation est le prêt par excellence ; le Code civil le trait de « simple prêt ». Lorsqu'il s'agit d'un prêt d'argent à intérêt, il exerce un rôle fondamental dans l'activité économique et résulte souvent de l'intervention d'un établissement de crédit* »⁹⁸¹. C'est pourquoi, selon M. Bénabent, « *toute la méfiance législative se concentre sur la rémunération du prêt : le prêt gratuit reste du domaine du droit commun, en ce qu'il ne fait naître qu'une obligation de remboursement normale. C'est la clause particulière qui prévoit sa rémunération, c'est-à-dire à la stipulation d'intérêts, que s'attache un régime juridique particulier. Dans les prêts onéreux, qui engendrent à la fois obligation de remboursement et de payer ces intérêts, ce régime particulier vient donc s'ajouter au régime commun à tout prêt* »⁹⁸². Au regard de ces remarques, est-il possible d'appliquer le régime juridique de l'intérêt aux crédits islamiques en raison des droits et des obligations qui accompagnent la mise à disposition de fonds⁹⁸³ ? Le droit français a connu des « *période(s) de fluctuation entre laxisme et répression* » en matière d'interdiction de l'intérêt⁹⁸⁴. Aujourd'hui, il distingue l'intérêt de l'usure⁹⁸⁵ : le premier est légalement permis tant qu'il ne se transforme pas en la seconde qui représente la perception abusive et illégale du loyer de l'argent prêté. Cette permissivité ne signifie pas que le droit français ne puisse pas encadrer l'ingénierie contractuelle des crédits islamiques. Bien que l'intérêt doive être remplacé par le « profit » (A), le régime juridique de l'intérêt s'appliquera en raison d'une part, du contrôle de la rémunération du banquier grâce à l'usure, et d'autre part, de la stipulation de clauses de nature *ribawi* (B). Ici, ce régime permet en fait

⁹⁸¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P. – Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 925.

⁹⁸² A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1131.

⁹⁸³ Ibidem, n° 1151 : « *Lorsque le prêt est consenti par un professionnel du crédit – banque ou établissement financier – le droit commun du Code civil qui était à l'origine applicable a fait l'objet d'importants infléchissements depuis une trentaine d'années, sous l'impulsion de l'essor du droit de la consommation, mais encore du renforcement général des devoirs mis à la charge de tous les professionnels, même au profit des non-consommateurs* ». Dans la même logique, les aménagements sont aussi apportés par le Code monétaire et financier en ce qui concerne tant les mises à disposition immédiates, futures, ou éventuelles de fonds, comme c'est le cas du prêt participatif, du crédit-bail ou encore de l'affacturage. Il est aussi important de noter qu'il en va de même pour les causes de nullité des crédits : « *la seule méconnaissance par un établissement de crédit de l'exigence d'agrément, au respect de laquelle l'article 15 de la loi du 24 janvier 1984, subordonne l'exercice de son activité, n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il a conclus* » (Ass. Plén., 4 mars 2005, JCP 2005, II, 10062, concl. De Gouttes ; D. 2005.836 ; R.T.D. civ., 2005, p. 388, obs. Mestre et Farges).

⁹⁸⁴ J. Dubos, actualisé par P. Coudert, *Intérêt et commissions : Fixations des taux d'intérêt*, préc., n° 69.

⁹⁸⁵ Article L. 313-3 du Code de la consommation : « *Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'autorité administrative après avis du Comité consultatif du secteur financier. Les catégories d'opérations pour les prêts aux particuliers n'entrant pas dans le champ d'application des articles L. 312-1 à L. 312-3 sont définies à raison du montant des prêts* » voir aussi C. Gavaldà et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 568 – 577 ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 69.

d'encadrer la rémunération du dispensateur de crédits islamiques. De plus, si ce dernier manque à son obligation d'informer le client sur le coût du crédit, il peut, par ailleurs, engager sa responsabilité (C).

A) Le remplacement de l'intérêt par le profit

375. – Encadrement par deux régimes. En matière d'opération de crédit islamique, la liberté de stipuler de l'intérêt en droit français doit être partiellement écartée (2) parce que le droit français, qui interdit les opérations de crédit usuraires, devra régir les crédits islamiques qui ont un coût de crédit anormalement élevé (3). Il faut au préalable de savoir si le crédit islamique est par nature gratuit puisque le droit musulman qui prohibe l'intérêt enjoint la distribution gratuite des prêts au regard des directives de la loi islamique (1).

1) La gratuité du crédit : une caractéristique naturelle du crédit islamique ?

376. – Absence d'intérêt. Si le droit musulman encourage le prêt gratuit, les banques islamiques ne s'y obligent pas forcément (a). Le droit français encadre le crédit gratuit bien qu'il existe une controverse sur cette pratique (b).

a) Le crédit gratuit islamique, une pratique marginale ?

377. – Objet du crédit gratuit islamique. Si le *ribâ* est interdit, le crédit islamique est-il gratuit pour autant ? Nous avons vu que les crédits islamiques ne reposent pas sur le prêt à intérêt, mais sur des contrats de vente, de location ou de société. La structuration de ces crédits fait appel à une ingénierie juridique et financière pour que le bailleur de fonds perçoive un profit au lieu d'un intérêt. Toutefois, il existe un contrat de prêt gratuit appelé « *qard* », lequel est souvent défini de bon prêt « *qard hassen* ». Si un banquier conclut un tel contrat, il ne peut pas percevoir une contrepartie

financière. En revanche, il peut facturer un certain nombre de frais, notamment des frais de gestion, pour exercer cette activité. De tels frais ne disqualifient pas pour autant le prêt gratuit parce que le critère de qualification d'un crédit onéreux est, en droit musulman, la perception d'une rémunération pour les mises à dispositions de fonds que le montage s'adosse à un bien ou qu'il finance une activité commerciale.

L'objectif des *qard* est l'entraide philanthropique, qui peut concerner une banque islamique. Une étude montre que la plupart des banques islamiques prennent de plus en plus conscience de leur responsabilité sociale : 59% des banques islamiques interrogées assurent qu'elles octroient gratuitement des fonds pour des raisons sociales alors que seules 31% assurent la gestion du Fonds de la zakat⁹⁸⁶.

Toutefois, l'approche n'est pas identique en droit français parce que le crédit gratuit accompagne souvent des financements liés à la consommation.

b) L'encadrement du crédit gratuit par le droit français

378. – Réalité de la gratuité ? Si tous les secteurs de l'économie sont concernés par ce genre de crédit. C'est souvent un objectif d'intérêt général qui guide les autorités publiques à promouvoir le crédit gratuit. Le législateur voulait « libérer » dans les années 2000 parce qu'il était perçu comme un « *facteur de développement de la consommation* »⁹⁸⁷.

En vertu de l'article L. 311-2 du Code de la consommation, une opération de crédit peut être consentie « *à titre onéreux ou à titre gratuit* ». Le crédit gratuit peut être octroyé sous forme de prêt à taux zéro pour obtenir le permis de conduire, pour acquérir un ordinateur ou bien pour accéder à la propriété grâce à l'intermédiation bancaire. Les dispositions du Code de la consommation sont très spécifiques parce qu'elles n'encadrent que la publicité de ce type de crédit, en mettant en évidence l'imprécision entourant la notion de crédit gratuit.

Le crédit gratuit peut être octroyé par un établissement de crédit. Cependant, il vaut mieux parler de crédits « dits » gratuits parce que le banquier perçoit d'une manière ou d'une autre une rémunération. Ces formes de crédits vont être rapprochées des mises à disposition de fonds gratuite

⁹⁸⁶ *Social Responsibility Trends at Islamic Financial Institution*, Based on 2009 Social Responsibility Survey, January 2010, DinarStandard et Dar Al Istithmar, Supporting by AAOIFI, p. 11.

⁹⁸⁷ G. Raymond, *Actualité législative en droit de la consommation*, C.C.C, 2006, p. 8 à 12.

de droit musulman à travers les mécanismes des contrats de « *qard* ». Est-ce qu'il existe un cadre juridique français propice pour de telles opérations ?

379. – Fausse gratuité du crédit gratuit. En réalité, le crédit gratuit est nécessairement rémunérateur selon M. Bonneau qui nous avertit qu'il « *ne doit pas faire illusion* »⁹⁸⁸ : « *l'usage du terme « gratuit » me paraît très critiquable et je pense que l'on devrait, en raison de son impact psychologique et de son attrait, en interdire l'usage sans interdire la prise en charge du coût du crédit par autrui* »⁹⁸⁹. L'auteur montre aussi que ce type de crédit suscite la suspicion « *car s'il est un moyen promotionnel pour attirer le client, il peut se révéler plus ou moins sérieux, plus ou moins loyal* ». Pourtant, un autre auteur souligne que c'est un moyen d'action économique et social⁹⁹⁰.

380. – Absence de définition légale du crédit gratuit. Ce sont les articles L. 311-27 à L. 311-29 du Code de la consommation qui réglementent les crédits gratuits. Toutefois, il n'existe pas de définition légale. En fait, la réglementation de la publicité⁹⁹¹ de ces types de crédit est perçue comme un obstacle à des pratiques détournées⁹⁹².

Selon M. Gavalda, « *le crédit gratuit s'apparente aux ristournes ou rabais. Le système ne revient-il pas en définitive, pour le commerçant, à prélever sur son prix de vente un pourcentage qu'il affecte à ce type subtil de publicité ?* »⁹⁹³. Ainsi, « *aux pièges du crédit onéreux ne doivent pas se substituer les « habilités » du crédit gratuit* »⁹⁹⁴, parce que les termes de « franchises de loyer » et de « remboursement sans frais des échéances » sont sources de difficultés. Le fait de dispenser le consommateur d'un certain nombre de mensualité ou le fait de rembourser à sa place les échéances n'induisent-ils pas un changement de nature du « crédit gratuit » dans la mesure où la gratuité

⁹⁸⁸ Th. Bonneau, op. cit., 2007, n° 51 : « *Car le crédit gratuit, qui est présenté « comme étant sans perception d'intérêt et de frais » pour les consommateurs, a un coût qui est supporté par autrui – souvent le vendeur du bien financé grâce au crédit – comme le montrent les dispositions légales qui imposent de préciser le nom de la personne qui prend en charge le coût consenti gratuitement aux consommateurs* ».

⁹⁸⁹ Th. Bonneau, *Crédits gratuits ou promotionnels : Vraies ou fausses rémunérations*, Table ronde introduite et animée par Y. Gérard, Th. Bonneau, P. Guillermin et A. Gaurio, in Dossier *La rémunération du crédit en Europe*, Rev. dr. banc. et fin., mars-avril 2007, p. 90.

⁹⁹⁰ A. Gaurio, dossier préc., p. 91.

⁹⁹¹ Article L. 311-27 : « *Toute publicité, quel qu'en soit le support, qui porte sur une opération de crédit dont la durée est supérieure à trois mois et pour laquelle ne sont pas requis d'intérêts ou d'autres frais, indique le montant de l'escompte sur le prix d'achat éventuellement consenti en cas de paiement comptant et précise qui prend en charge le coût du crédit consenti gratuitement* ».

⁹⁹² Cf. aussi l'article L. 311-5 du même Code.

⁹⁹³ C. Gavalda, *Le crédit gratuit*, D. 1979, Chron. p. 277.

⁹⁹⁴ Idem.

s'entendrait de la possibilité de différer les amortissements, donc de devenir un crédit à titre onéreux ?⁹⁹⁵ Cette interrogation, ainsi que les propos des différents auteurs, montrent qu'il existe des risques pouvant induire en erreur les clients.

Il faut alors bien distinguer le crédit gratuit et le crédit promotionnel parce que ce dernier consiste en un avantage qui peut prendre la forme soit d'un taux d'intérêt promotionnel par rapport à celui offert par le marché, soit en une période de franchise de remboursement, soit en un cadeau, soit en une prime dont les conditions d'octroi sont restrictives. Il rémunère en réalité le dispensateur de crédit. Dès lors, le *qard* ne peut être structuré ni sous forme de crédit gratuit tel que la doctrine l'analyse, ni sous forme de crédit promotionnel.

381. – Informations sur la prise en charge du coût du crédit. L'ancien article L. 311-6 du Code de la consommation précisait les modalités de conclusion du contrat de crédit gratuit. Il fallait indiquer d'une part le montant de l'escompte consenti en cas de paiement comptant, et d'autre part, la personne qui prendra en charge le coût du crédit consenti gratuitement au consommateur. Il en ressortait que l'emprunteur ne supportait pas les charges financières liées au crédit, parce que ces dernières incombaient au vendeur ou encore à la banque pour développer sa part de marché dans un secteur d'activité, ou bien à l'État pour des motifs d'intérêt général. Cette logique demeure toujours, mais c'est l'article L. 311-28 du Code de la consommation (qui a repris en substance l'ancien article L. 311-7) qui dispose à présent que « *lorsqu'une opération de financement comporte une prise en charge totale ou partielle des frais, le vendeur ne peut demander à l'acheteur à crédit ou au locataire une somme d'argent supérieure au prix le plus bas effectivement pratiqué pour l'achat au comptant d'un article ou d'une prestation similaire, dans le même établissement de vente au détail, au cours des trente derniers jours précédant le début de la publicité ou de l'offre* ». L'opération de crédit est donc liée à une vente où le vendeur prend en charge une partie du prix de vente qui ne peut être inférieur au prix proposé au comptant. La gratuité se déduit alors d'une prise en charge du coût du crédit.

Par ailleurs, cet article semble caractériser le crédit islamique *mourabaha* qui s'adosse à une vente. Ce crédit qui stipule la perception par le banquier islamique d'une marge bénéficiaire ne peut pas constituer un crédit gratuit, à moins que le banquier renonce à sa marge bénéficiaire ou qu'il avance

⁹⁹⁵ Interrogation soulevée par G. Raymond, art. préc., p. 11.

des fonds sous forme de *qard*. Dans la vente à tempérament où aucune marge n'est exigée, il reviendra au vendeur de la prendre en charge directement.

Cet article est en outre la bienvenue dans la mesure où il existe une sorte de contrôle des prix des biens acquis grâce à un crédit gratuit où il faut distinguer le prix offert au comptant du prix payable à terme. Cela limiterait certaines pratiques notamment celle où les fournisseurs de biens ou de services qui visent des clients potentiels qui ne peuvent pas payer au comptant, proposent sous couvert de gratuité un taux attractif⁹⁹⁶.

S'agissant des crédits gratuits interentreprises, les délais de paiement consentis par les fournisseurs demeurent juridiquement des opérations de crédit dont la rémunération ne dénote pas explicitement la perception d'un intérêt, sauf à les déceler dans la pratique de la réduction du montant en cas de « prompt paiement » de la part de l'obligé⁹⁹⁷. Les crédits entre entreprises s'inscrivent certes dans des relations d'affaires prononcées dans lesquelles les commerçants peuvent se constituer en un réseau de « crédit commercial gratuit ».

382. – Sanction. Il est donc intéressant de voir comment la distinction s'opère entre le crédit gratuit et le crédit onéreux. Si « *le prix à crédit ne doit d'aucune façon dépasser le prix « cash »*. *Ce prix est réellement réglé (...). L'offre de crédit s'analyse, en effet, en une proposition d'avantage de prix, puisque le crédit est par essence, coûteux* »⁹⁹⁸. Le décret du 24 juillet 1984 en fixe les modalités de calcul⁹⁹⁹. Le vendeur doit indiquer le montant de l'escompte de sorte que la publicité ne soit ni douteuse, ni trompeuse et encore moins mensongère conformément au souhait du législateur. Un établissement de crédit qui s'immisce entre l'acheteur et le vendeur est tenu des mêmes obligations que le vendeur en informant le client des modalités de remboursement. Il faut dégager les « *critères d'appréciation du caractère véridique de la gratuité* » car l'offre doit être « *loyale et sérieuse* »¹⁰⁰⁰. Dans le cas contraire, la sanction sera la déchéance totale ou partielle des intérêts en cas d'omission des formalités d'offre préalable.

En définitive, le crédit gratuit peut encadrer plusieurs techniques de crédit islamique. D'une part, le *qard* octroyé par le banquier où aucune prise en charge financière pèse ni sur le vendeur, ni sur le banquier, ni sur l'État. D'autre part, la *mourabaha* où le banquier renonce à sa marge bénéficiaire, à

⁹⁹⁶ *Crédits gratuits ou promotionnel : Vraies ou fausses rémunérations*. dossier préc., p. 89.

⁹⁹⁷ C. Gavaldà, *Le crédit gratuit*, art. préc., p. 280.

⁹⁹⁸ *Ibidem*, p. 279.

⁹⁹⁹ Décret du 24 juillet 1984, n° 84-709.

moins que le vendeur la prenne en charge. Enfin, le *salam*, où le banquier achète au comptant un bien qui sera livré à son client où la marge bénéficiaire est totalement ou partiellement absente. Tout manquement aux exigences liées à la publicité des obligations des prêteurs sera régi par les dispositions précédemment exposées, à savoir la déchéance totale ou partielle des intérêts. Ce qui est attendu des crédits islamiques, c'est qu'ils ne transigent absolument pas avec la stipulation de l'intérêt.

2) La stipulation de l'intérêt : une liberté écartée pour les opérations de crédit islamique

383. – Intérêt versus « profit ». Si le banquier a le droit de stipuler de l'intérêt en droit français (a), il a aussi le droit de ne pas le faire. Il peut le remplacer par le « profit » qui peut prendre trois formes différentes (b).

a) La liberté de stipuler l'intérêt

384. – Fixation du taux de l'intérêt et coût du crédit. Le coût du crédit dépend du taux de l'intérêt¹⁰⁰¹. Ce dernier est généralement déterminé par quatre facteurs¹⁰⁰². Il s'agit premièrement du coût du refinancement qui résultait jusqu'en 1973 du taux imposé par la Banque de France. Après cette date, chaque établissement de crédit pouvait retenir son propre taux appelé « Taux de Base Bancaire » qui permet de modifier le taux de l'intérêt si le contrat de crédit stipule une variation du taux¹⁰⁰³. Ce Taux de Base Bancaire dépend du coût du refinancement auprès la Banque de France¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰⁰ J. Dubos, actualisé par P. Coudert, art. préc., n° 117 ; C. Gavalda, *Le crédit gratuit*, art. préc., p. 278.

¹⁰⁰¹ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 63 – 68 ; L. Finel, *Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêt bancaire*, JCP, n° 37, 1996, p. 333, J. Stoufflet, *La fixation du taux des crédits bancaires après les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1995*, Rev. dr. banc. et de la bourse, janvier/février 1996, n° 53, p. 2.

¹⁰⁰² C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 559.

¹⁰⁰³ Cass. Com., 9 juillet 1996, Bull. civ., IV, n° 205 ; Defrénois, 1996, 1363, RTD com., 1996, 699, obs. Cabrillac ; JCP, 1996, ed. E, II, 861, obs. Stoufflet : « le taux de l'intérêt convenu peut varier en fonction de l'évolution du taux de base d'une banque » ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 380.

¹⁰⁰⁴ J. Dubos, actualisé par P. Coudert, art. préc., n° 136 – 137 : avant 1973, l'indice de référence était le Taux Banque de France (TBF), depuis, la Banque de France a modifié ses procédures de refinancement en remplaçant le réescompte par

Aujourd'hui, les banques se réfèrent de plus en plus aux taux du marché interbancaire et obligataire en fonction de l'objet et la durée du crédit. En effet, « *si les encours des crédits portés par les banques dépassent le montant de leurs ressources, elles doivent faire appel au marché des capitaux pour se financer en attendant de collecter des nouveaux dépôts* »¹⁰⁰⁵. Elles ont alors recours à des opérations de couverture qui sont aussi pratiquées par les banques islamiques¹⁰⁰⁶.

Deuxièmement, le coût du crédit est également fixé par référence au coût du financement qui fixe le rendement des distributeurs de crédit. Ils recherchent la contrepartie financière en cas d'immobilisation des fonds prêtés.

Troisièmement, le coût du crédit tient compte du risque de crédit. En fait, ce risque se décline en risque de taux, en risque de non mobilisation des crédits accordés, et enfin en risque d'insolvabilité¹⁰⁰⁷. Bien que le risque demeure un élément central, l'évaluation des possibilités de l'emprunteur à faire face au remboursement revient inéluctablement au banquier. Selon la capacité à rembourser le crédit, le taux varie : plus le client rassure le banquier, moins le taux est élevé ; plus le client présente des risque de défaillance, plus le taux est élevé. En outre, le banquier pourra demander une rémunération au titre d'une expertise des capacités financières de son client.

Enfin, le banquier tient compte du coût opératoire qui s'attache aux contraintes de gestion ainsi qu'aux ratios de liquidité et de solvabilité des prêteurs.

Les banques islamiques sont confrontées aux mêmes risques dont l'évaluation varie en fonction de la nature des contrats¹⁰⁰⁸. Le risque est cependant dilué dans plusieurs formes de coûts, et supporté *in fine* par les emprunteurs. « *Le crédit est donc un service qui a un prix et qui tient compte du coût de revient, mais aussi du prix du service directement apporté, de sa valeur ajoutée et des services liés indirectement au risque de crédit* »¹⁰⁰⁹.

Une fois que ces coûts sont déterminés, le taux d'intérêt est librement déterminé par chaque établissement de crédit. Il est donc défini grâce à la durée du crédit, aux risques, à la surface

des adjudications sur appels d'offres et des pensions à très court terme et privant ainsi la profession de toute référence à un taux officiel. Les banques ont donc défini leur taux de base bancaire (TBB) qui est de moins en moins utilisé. Elles se réfèrent aux taux du marché interbancaire et obligataire en fonction de l'objet et la durée du prêt.

¹⁰⁰⁵ J. Dubos, actualisé par P. Coudert, art. préc., n° 25 et voir n° 27 à 35 pour le refinancement des banques.

¹⁰⁰⁶ Voir notamment S. Al-Suwailem, *Hedging in Islamic finance*, op. cit.

¹⁰⁰⁷ Pour une approche spécifique, voir le dossier : *Opérations complexes et risques du banquier*, sous la direction de J. Djoudi, Revue de dr. banc. et fin., mars-avril 2006, p. 54 à 75 ; voir aussi Th. Bonneau, op. cit., n° 492 et spéc. n° 238 pour la politique monétaire pour stabiliser et sécuriser les transactions.

¹⁰⁰⁸ Voir supra, n° 200 à 242.

¹⁰⁰⁹ Lamy, *Droit du financement*, n° 3202.

financière du client. Il peut être fixe, indexé ou variable. Les références en matière de fixation de l'intérêt sont soit le LIBOR, soit l'EURIBOR¹⁰¹⁰.

En vue de rester compétitives, les banques islamiques tiennent compte des taux d'intérêt sur les différentes places financières. Ils prennent en compte les taux LIBOR ou EURIBOR pour les financements adossés à un contrat de vente ou de location, et par voie de conséquence ces taux s'appliqueront aux opérations de crédit islamique avec une variation plus ou moins importante des points de base greffant le taux d'intérêt de référence.

385. – L'intérêt, une modalité d'exécuter un contrat de crédit. En droit français, le prêt est en principe gratuit. Par contre, le prêt de somme d'argent grevé d'intérêt est permis, mais demeure contrôlé par les autorités publiques. Selon M. Bonneau, « *on peut définir l'opération de crédit comme une mise à disposition de fonds rémunérée* »¹⁰¹¹. Mais, le crédit est-il forcément grevé d'intérêt ?

La stipulation de l'intérêt n'est, en réalité, un élément de définition ni du prêt, ni du crédit parce qu'elle est une modalité d'exécution du contrat. La doctrine est cependant partagée sur l'obligation de stipuler de l'intérêt dans les crédits¹⁰¹². Contrairement à M. Lucien M. Martin, qui estime que le

¹⁰¹⁰ Le LIBOR est le « London InterBank Offered Rate » et l'EURIBOR est le taux interbancaire offert en euro, qui est la moyenne arithmétique des taux offerts par un panel de banques de référence pour des dépôts en euros sur une période déterminée. Concourent également à la détermination du taux d'intérêt, par exemple, le taux révisable annuellement (TRA) qui est réajusté par le taux du marché obligataire (TMO) pris à une date déterminée ; alors que le taux révisable par référence au marché monétaire (TRM) est un taux d'intérêt réajusté périodiquement par référence au taux du marché monétaire (TMM) pris à une date déterminée (pour plus de détail, voir Th. Bonneau, op. cit., n° 63 – 66).

¹⁰¹¹ T. Bonneau, op. cit., n° 55.

¹⁰¹² D. Valette, *Conventions de crédit, Règles communes*, JurisClasseur Banque – Crédit – Bourse, Fasc. 500, n° 88 et 89 : « *La rémunération du dispensateur de crédit semble conditionner la qualification d'opération de crédit. En effet, l'article 3 de la loi du 24 janvier 1984 évoque l'aspect onéreux de l'intervention de l'établissement bancaire. Sur la question de savoir si les conventions de crédit doivent exclusivement comporter une stipulation d'intérêts ou de commission, les auteurs sont divisés. Pour certains, une opération de crédit d'origine bancaire doit être obligatoirement rémunérée (J.-L. Rives-Lange et D. Ohl, article préc. n° 22). Pour d'autres, « ne sont considérés comme opérations de banque que les crédits non consentis de manière désintéressée » (Stoufflet, *Droit du crédit*, t. 1, n° 90). À l'appui de cette interprétation, sont cités les financements, pratiqués par les banques islamiques, non rémunérés par un intérêt, mais par une participation aux profits résultant de l'investissement réalisé (V. notamment, J.-B. Heinrich, *Les principaux contrats de financement utilisés par les banques islamiques : Banque 1987*, p. 1134). Le droit français connaît d'ailleurs cette technique de rémunération (au moins partielle) de l'opération de crédit par une participation aux bénéfices : il s'agit du prêt participatif, dont la qualification d'opération de crédit est néanmoins critiquable, au regard des modalités de remboursement qui sont prévues par la loi du 13 juillet 1978. En toute hypothèse, la rémunération du banquier doit être déterminée ou déterminable en application de l'article 1129 du Code civil (V. en particulier, lorsque la détermination du taux d'intérêt résulte d'une référence à un taux de base variable unilatéralement fixé par la banque, Cass. com., 2 mai 1990 : *RD bancaire et bourse 1990*, p. 203, obs. Crédot et Gérard ; *JCP G 1991, II*, 21655, note Stoufflet. – 9 juin 1992 : *Bull. inf. C cass., 1er août 1992*, p. 8, n° 1341 ; *Bull. civ. IV*, n° 228) ».*

caractère onéreux d'un crédit équivaut à une rémunération avec des intérêts¹⁰¹³, les dispensateurs de crédits ne sont pas obligés d'en stipuler. En vertu de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, l'intérêt proprement dit ne participe pas à lui seul de la définition même de l'opération de crédit¹⁰¹⁴. Il convient ici de rappeler la position de MM. Gavalda et Stoufflet qui ont effectué une analyse pertinente de cette disposition : « *si l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier ne range les crédits parmi les opérations de banque que s'ils ont un caractère onéreux, le texte ne précise pas la forme de cette rémunération* »¹⁰¹⁵. Les auteurs poursuivent leur argumentation de la manière suivante : « *la qualification bancaire est subordonnée par l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier au caractère onéreux de l'avance ou de l'engagement. Une stipulation d'intérêt ou de commission est-elle nécessaire ? Il ne semble pas. Il suffit que le prêteur reçoive une contrepartie financière spécifique. Une avance rémunérée par une participation aux profits de l'activité du bénéficiaire serait une opération de banque* »¹⁰¹⁶. Cela montre que le banquier est libre de stipuler autre chose que de l'intérêt. S'il remplace l'intérêt par un profit (marge bénéficiaire ou clause participation), il est obligé de mentionner son taux pour que l'opération soit qualifiée d'onéreuse.

386. – Mention obligatoire du taux de l'intérêt et du TEG. L'article 1907 alinéa 2 du Code civil impose l'établissement exprès et par écrit du taux de l'intérêt¹⁰¹⁷. En vertu de l'article L. 313-2 du Code de la consommation, la mention du taux effectif global (TEG) est obligatoire dans tous les contrats de prêt. « [Sa] combinaison avec l'article 1907 du code civil a conduit la jurisprudence à décider que la fixation du taux est une règle générale, indépendante de la forme qu'emprunte la convention de crédit. Un crédit verbal y est soumis. La règle s'applique aussi à un prêt constaté par acte notarié »¹⁰¹⁸. Cette mention est obligatoire tant pour le crédit aux particuliers que pour les crédits aux professionnels¹⁰¹⁹. Toutefois, les textes sont plus explicites en matière de crédit destiné aux consommateurs.

¹⁰¹³ Lucien M. Martin, *Banques et bourses*, Traité de droit commercial, op. cit., p. 219.

¹⁰¹⁴ Voir C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 33 et 41-1 ; T. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 63 - 69.

¹⁰¹⁵ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 41-1.

¹⁰¹⁶ *Ibidem*, n° 37.

¹⁰¹⁷ D. Schmidt et P. Lutz, *Réflexions sur les articles 1907 alinéa 2 du Code civil et 4 de la loi du 28 décembre 1966*, *Revue dr. banc. et de la bourse*, sept/oct. 1988, p. 143 à 147 ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 68.

¹⁰¹⁸ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 561.

¹⁰¹⁹ *Ibidem*, n° 564.

En matière de crédit immobilier, l'article L. 312-4 du Code de la consommation dispose que « toute publicité faite, reçue ou perçue en France, qui, quel que soit son support, porte sur l'un des prêts mentionnés à l'article L. 312-2, doit : 1° Préciser l'identité du prêteur, la nature et l'objet du prêt ; 2° Préciser, si elle comporte un ou plusieurs éléments chiffrés, la durée de l'opération proposée ainsi que le coût total et le taux effectif global annuel du crédit, à l'exclusion de tout autre taux ».

L'article L. 312-8 exige que le banquier indique clairement si le taux d'intérêt est fixe ou variable, ce qui suppose, si le taux est variable, la fourniture « d'une notice présentant les conditions et modalités de variation du taux d'intérêt et d'un document d'information contenant une simulation de l'impact d'une variation de ce taux sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit ».

En matière de crédit à la consommation, l'article L. 311-4 du même Code prévoit la même chose que le crédit immobilier¹⁰²⁰.

Ici, la question est de savoir si l'absence de stipulation de l'intérêt dans les mises à disposition islamiques de fonds conduit à écarter les règles relatives à la mention d'un TEG qui comprendrait un taux de profit.

b) La liberté de stipuler un profit

387. – Liberté contractuelle. La Cour de cassation s'est positionnée sur la liberté de fixer la nature de la rémunération du crédit en jugeant qu'un prêt rémunéré est « une mise à disposition immédiate à des emprunteurs d'une somme à restituer à une échéance et moyennant une rémunération conventionnellement fixée »¹⁰²¹. Cette définition jurisprudentielle, même partielle¹⁰²², nous conduit à entériner l'idée selon laquelle, même si le prêt est une mise à disposition immédiate, la rémunération

¹⁰²⁰ « Toute publicité, quel qu'en soit le support, qui porte sur l'une des opérations visées à l'article L. 311-2 et indique un taux d'intérêt ou des informations chiffrées liées au coût du crédit mentionne de façon claire, précise et visible les informations suivantes à l'aide d'un exemple représentatif : 1° Le taux débiteur et la nature fixe, variable ou révisable du taux, sauf pour les opérations de location-vente ou de location avec option d'achat, ainsi que les informations relatives à tous les frais compris dans le coût total du crédit pour l'emprunteur ; 2° Le montant total du crédit ; 3° Le taux annuel effectif global, sauf pour les opérations de location-vente ou de location avec option d'achat ; 4° S'il y a lieu, la durée du contrat de crédit ; 5° S'il s'agit d'un crédit accordé sous la forme d'un délai de paiement pour un bien ou un service donné, le prix au comptant et le montant de tout acompte ; 6° Le montant total dû par l'emprunteur et le montant des échéances ».

¹⁰²¹ Cass. Com., 23 janvier 2007, Sté Axa France IARD c/ sté Documentation information région Auvergne (DICRA), RTD com., Avril-juin 2007, Chron. D. Legeais, p. 425.

¹⁰²² Puisqu'il n'est question que de « mise à disposition immédiate de fonds », en ne tenant pas compte des mises à disposition éventuelles ou future de fonds.

de toutes les formes de mises à disposition peut être librement fixée par les parties au contrat. Si cette liberté concerne le taux de l'intérêt, elle consistera aussi pour le dispensateur de crédit islamique et son client de ne pas stipuler un intérêt. Cette interprétation peut-elle être étendue à toutes les formes d'opération de crédit ? Il nous semble que c'est possible en nous fondant non seulement sur la position commune de MM. Gavalda et Stoufflet¹⁰²³, mais sur la position de M. Stoufflet qui rappelle que les parties à un contrat de crédit ont une liberté dans le choix du mode de rémunération, « celui-ci pouvant être fixe ou variable, voire aléatoire mais déterminable du seul fait d'accepter de participer aux résultats d'un financement »¹⁰²⁴.

Si on admet que constitue une *opération de crédit islamique* tout acte par lequel une personne agissant **sans intérêt, mais de manière onéreuse** met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie et que sont assimilés à de telles opérations, le crédit-bail, et de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat, il en découle que le juge puisse sanctionner celles rémunérées avec des intérêts lorsque le prêteur et l'emprunteur ont expressément écarté cette forme de rémunération. Le caractère onéreux des opérations de crédit se fondera alors, non sur l'intérêt, mais sur des techniques de rémunération islamique tout en restant en accord avec le droit français.

388. – Remboursement des fonds et restitution des fonds en matière de crédit islamique. En outre, M. Bonneau considère que la notion d'« avance de fonds » n'est pas un élément constitutif des opérations de crédit car elle désigne le prêt à court terme qui implique un remboursement des fonds avancés¹⁰²⁵. Il existe des opérations où la restitution, et non le remboursement, revient à une autre personne que l'emprunteur. Il est préférable alors de parler de restitution de fonds que de remboursement de fonds lorsqu'il s'agit notamment des engagements par signature et de la mobilisation des créances (par exemple, l'escompte des effets de commerce). Quand bien même la question de la restitution des fonds peut poser un problème pour les opérations islamiques qui se fondent sur les contrats de société, cette exigence de restitution n'est pas exigée par la loi, ce qui

¹⁰²³ Voir supra, n° 385.

¹⁰²⁴ J. Stoufflet, *La fixation du taux des crédits bancaires après les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1er décembre 1995*, Rev Dr. banc. et de la bourse, janvier/février 1996, n° 53, p. 2, voir supra, n° 385.

¹⁰²⁵ Th. Bonneau, op. cit., n° 45.

suppose la liberté de contribuer aux pertes de la banque. Dès lors, le droit français peut délimiter le régime de la rémunération des opérations de crédit islamiques.

389. – Mention obligatoire du profit. Ainsi, ne devrions-nous pas admettre que le profit, et par voie de conséquence, la clause de participation, doivent être mentionnés dans les contrats de crédit islamique ? Ce doit être le cas non seulement au regard du droit français, mais aussi au regard du droit musulman pour lequel l'établissement d'un écrit est obligatoire en matière de prêt car c'est un formalisme imposé par le verset 282 de la deuxième Sourate : « *ne vous laissez pas d'écrire la dette, ainsi que son terme, qu'elle soit petite ou grande : c'est plus équitable auprès de Dieu, et plus droit pour le témoignage, et plus susceptible d'écarter le doute* ». Cette mention doit donc figurer dans les conventions de crédit islamique. Toutefois, il convient de connaître le mécanisme du taux de profit.

390. – Mécanismes liés à la stipulation du « profit ». Le taux de profit applicable aux crédits islamiques peut prendre trois formes. Premièrement, il s'agit de la marge bénéficiaire qui est exigée dans les crédits adossés. Elle ne doit pas obéir aux mécanismes des banques conventionnelles qui peuvent réclamer soit un intérêt simple, soit un intérêt composé, soit un intérêt capitalisé. L'intérêt est dit simple parce qu'il est perçu sur le capital primitif non accru de ses intérêts. Il est composé s'il est perçu sur un capital formé d'un capital primitif accru de ses intérêts accumulés jusqu'à l'échéance du contrat¹⁰²⁶. Et, il peut être capitalisé en augmentant l'assiette du capital prêté. Ce dernier, portant, lui aussi, intérêt, en principe au bout d'une année, est appelé « anatocisme » dont ses modalités d'application sont régies par l'article 1154 du Code civil¹⁰²⁷. Ainsi, la marge bénéficiaire ne peut avoir que la forme d'une « marge bénéficiaire simple », à l'instar de l'intérêt simple. Cela signifie que le profit ne doit pas gérer d'autres profit du simple fait de l'écoulement du temps.

¹⁰²⁶ P.-J. Lehmann et P. Macqueron, *Le Referis, Dictionnaire pluridisciplinaire de la langue des affaires*, Maxima, Paris, 1995 ; voir aussi J. Dubos, actualisé par P. Coudert, *Intérêt et commissions : Fixation des taux d'intérêt*, préc.

¹⁰²⁷ Article 1154 Code civil : « *Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière* ». Selon M. Bénabent, la capitalisation de l'intérêt permet de doubler le capital prêté contrairement à la forme classique d'intérêt pour une période donnée car « [elle] remplace une progression arithmétique par une progression géométrique : à 10%, un capital qui mettrait 10 ans à doubler, n'en met plus qu'environ 7 ans avec capitalisation annuelle » (*Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 799).

Si des dispositions encadrent la stipulation de l'intérêt, c'est parce qu'« *on veut éviter l'écrasement de l'emprunteur* »¹⁰²⁸. Cette idée jongle avec un paradoxe qui fait intervenir deux règles opposées : d'un côté, la permission de stipuler l'intérêt sous-entend qu'une forme d'exploitation est admissible, tempéré par une réglementation qui est, de l'autre côté, soucieuse d'un équilibre, d'une justice néanmoins écornées par les exigences économiques des bailleurs de fonds. En effet, la pratique bancaire s'écarte de la règle générale posée par l'article 1154 du Code civil notamment pour « *les intérêts afférents aux facilités de caisse et découverts, pour lesquels la capitalisation trimestrielle a été admise par la jurisprudence depuis 1850* »¹⁰²⁹ ; ce qui en creux revient à contredire l'article 1154 qui impose l'écoulement d'une année pleine. Lorsque la banque capitalise partiellement les intérêts, elle retient en cas de paiement des intérêts par avance, une somme correspondant à celle qui devait lui être versée à terme échu notamment pour l'escompte commercial et le prêt.

Ces pratiques ne peuvent pas être étendues à la marge bénéficiaire qui doit rester fixe et encore moins être capitalisé en matière de crédit adossé. En revanche, le taux de profit peut varier dans le crédit *ijara* parce que le principe de l'indexation des loyers est admis en droit musulman. La variabilité du taux de profit n'est pas non plus admis pour les crédits participatifs¹⁰³⁰.

Le profit peut également résulter de l'application d'une clause de participation. Il peut être qualifié de bénéfice ou de dividende qui « *est constitué par le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes portées en réserve en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire* »¹⁰³¹. Avec le crédit participatif, les associés n'ont pas le droit de percevoir des dividendes statutaires ou des superdividendes qui sont en fait des intérêts, car calculés sur le montant libéré et non amorti qui sera dû dès que la société réalise des bénéfices. Le droit français pourra requalifier et sanctionner des profits ayant la nature des intérêts, en vertu de l'article L. 232-15 du Code de commerce qui interdit de stipuler un intérêt fixe ou intercalaire au profit d'un associé qui serait dû en toutes circonstances, quel que soit le résultat de l'exercice. En effet, une telle pratique permet « *de transformer l'associé exposé à l'aléa social en simple prêteur* »¹⁰³². Toutefois, le droit des sociétés ne devraient pas s'appliquer en matière de crédit, sauf dans le cas où le banquier et son client crée une société régie par le Code de commerce.

¹⁰²⁸ S. Piedelièvre, *Intérêts des capitaux*, préc., n° 87.

¹⁰²⁹ J. Dubos, actualisé par P. Coudert, art. préc., n° 42-43 et J. Dubos, *Intérêt et commissions : Cours capitalisation et paiements des intérêts*, préc., n° 36 – 49

¹⁰³⁰ Pour une étude plus détaillée, voir infra, n° 804 – 805.

¹⁰³¹ Article L. 232-11 du Code de commerce.

¹⁰³² J.-M. Moulin, *Droit de l'ingénierie financière*, op. cit., p. 23.

Enfin, lorsque le profit est composé de la marge bénéficiaire et des bénéfices attendus par une clause de participation dans le crédit *moucharaka* dégressive/*ijara*, les parties doivent conjuguer avec les règles précédemment exposées. À l'instar du « crédit participatif pur », les parties doivent fixer la valeur des parts sociales. Le dispensateur de crédit islamique et son client peuvent-ils invoquer l'article 1843-4 du Code civil¹⁰³³ en cas de litige ? Si les parties ont recouru à un montage où des parts sociales ont été créées¹⁰³⁴, ce texte devra s'appliquer en raison de son caractère général, que l'objet social soit civil ou commercial. Cela renforcerait la protection des clients par la désignation d'un expert seul à pouvoir, ou à devoir valoriser les parts sociales¹⁰³⁵. Cet expert devra donc tenir compte de la valeur du bien sous-jacent (actif net réévalué) mais surtout de la valeur nette comptable comprenant les plus-values latentes. Une conséquence simple en découlerait. Le droit français prendra alors en compte la nature participative du crédit.

En outre, interdit par le droit français, l'usure peut-elle limiter la perception excessive de profit par les distributeurs de crédits islamiques ?

3) L'usure : une limite réelle aux abus ?

391. – Application aux crédits islamiques. Après avoir défini l'usure et son champ d'application (a), il convient de voir pour quelle raison les dispositions sur l'usure devront s'appliquer aux crédits islamiques qui sont pourtant dénués d'intérêt (b).

¹⁰³³ « Dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme de référé et sans recours possible ».

¹⁰³⁴ Voir infra, n° 863.

¹⁰³⁵ Cass. com, 5 mai décembre 2009, D. 2009, n° 32, p. 2170 – 2171, voir note de R. Dammann et S. Périnot, *L'interprétation controversée de l'article 1843-4 du Code civil* ; et p. 2195, note B. Dondero, *La Cour de cassation et le double mystère de l'article 1843-4 du Code civil*. La Cour de cassation expose le champ d'application de cet article : « seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts ».

a) La définition et le champ d'application de l'usure

392. – Lutte contre l'usure et mission d'intérêt public. La lutte contre l'usure est une mission assurée par les pouvoirs publics depuis la permission de stipuler l'intérêt¹⁰³⁶. L'article L. 313-5, alinéa 5, du Code monétaire et financier dispose qu'« *un comité, présidé par le gouverneur de la Banque de France, est chargé de suivre et d'analyser, notamment au regard du mode de fixation des taux de l'usure, le niveau et l'évolution des taux d'intérêt des prêts aux particuliers. Le comité examine également les modalités de financement des établissements de crédit et analyse le niveau, l'évolution et les composantes de leurs marges. Outre le gouverneur de la Banque de France, le comité comprend un député, un sénateur et le directeur général du Trésor et de la politique économique. Il se réunit à l'initiative de son président au moins une fois par trimestre et pendant deux ans. Il établit un rapport annuel qui est remis au Parlement et au Gouvernement* ». Ce comité qui n'a pas un pouvoir de sanction, analyse l'évolution des taux d'intérêt en tenant compte de la fixation du taux de l'usure. Ce texte revient sur le champ d'application de l'usure parce qu'il nous informe que celle-là concerne les particuliers. Ce comité n'a pas, semble-t-il, une mission de lutte contre l'usure.

Mais, la Cour de cassation a jugé que les « *caisses de crédit municipal sont des établissements publics à caractère administratif, ayant pour mission de combattre l'usure et d'assurer un service public à vocation principalement sociale et locale* »¹⁰³⁷. Ces caisses sont actuellement régies par les articles L. 514-1 du Code monétaire et financier, mais le nombre est limité pour assurer un véritable service public de lutte contre l'usure.

¹⁰³⁶ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 568 : « *Si la stipulation de l'intérêt est reconnue licite par l'article 1905 du Code civil, le taux ne doit pas être abusif. Un plafond a été fixé par une loi du 3 septembre 1807 (5% en matière commerciale, 6% en matière commerciale). Au-delà, le taux devient usuraire et le prêteur encourait des sanctions pénales* ».

¹⁰³⁷ Cass. 1^{ère} civ., 20 février 2007, n° 06-15.074, Bull. civ. N° 73, D. 2008, n° 13, Panorama de droit bancaire, D. R. Martin et H. Synvet, p. 871. En l'espèce, « *les contrats conclus entre le Crédit municipal de Nantes et la société EFT, portant sur l'installation et l'exploitation de distributeurs de billets installés pour certains hors site, ouverts à n'importe quel utilisateur, ne pouvaient contribuer à combattre l'usure ou à favoriser une aide sociale et n'avaient donc pas pour objet de faire participer son bénéficiaire à l'exécution du service public* ».

393. – Définition et champ d’application. Tous les établissements de crédit sont soumis à la loi du 28 décembre 1966 relative à l’usure¹⁰³⁸. Cette loi qui a fixé le taux de l’usure est aujourd’hui codifiée dans le Code monétaire et financier et le Code de la consommation.

En vertu de l’article L. 313-5 du Code monétaire et financier, qui reprend les dispositions de l’article L. 313-3 du Code de la consommation, « *constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l’autorité administrative après avis du Comité consultatif du secteur financier. Les catégories d’opérations pour les prêts aux particuliers n’entrant pas dans le champ d’application des articles L. 312-1 à L. 312-3 sont définies à raison du montant des prêts* ». En principe, tout prêt est soumis à cette législation dont « *les crédits accordés à l’occasion de ventes à tempérament (qui) sont, pour l’application de la présente section, assimilés à des prêts conventionnels et considérés comme usuraires dans les mêmes conditions que les prêts d’argent ayant le même objet* »¹⁰³⁹, ainsi que les découverts en compte¹⁰⁴⁰.

394. – Déplafonnement sélectif du taux de l’usure. Toutefois, la réforme de la loi du 1^{er} août 2003 a institué un déplafonnement sélectif du taux d’usure¹⁰⁴¹. Avant cette loi, était concernée la « *quasi-totalité des crédits consentis par les banques et les établissements spécialisés* » tels que « *les avances de trésoreries et les crédits par caisse, la mobilisation de créances commerciales, et tous les prêts à court, moyen et long terme finançant tous les investissements à caractère industriel, commercial ou immobilier* »¹⁰⁴². Désormais, son champ d’application est limité par le dernier alinéa

¹⁰³⁸ Loi n° 66-1010 ; complétée par le Décret d’application n° 67-226 du 21 mars 1967, remplacé par un décret n° 90-506 du 25 juin 1990 et un autre Décret n° 85-944 du 4 septembre 1984 sur le calcul du TEG.

¹⁰³⁹ Article L. 313-5, alinéa 2, du Code monétaire et financier.

¹⁰⁴⁰ Article L. 313-5-1 du Code monétaire et financier : « *Pour les découverts en compte, constitue un prêt usuraire à une personne physique agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est accordé, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour les opérations de même nature comportant des risques analogues telles que définies par l’autorité administrative après avis du Conseil national du crédit et du titre* ».

¹⁰⁴¹ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 570 ; S. Piédelièvre, *Le déplafonnement de certains taux d’intérêts*, JCP E, n° 42, 16 octobre 2003, p. 1658 – 1661 ; J. Lasserre Capdeville, *Le prêt usuraire*, Colloque *Problématique autour du droit du crédit*, Revue Lamy Droit des Affaires, octobre 2008, p. 98 ; P. Portier, *Aménagement du régime de l’usure pour les personnes morales*, Revue dr. banc. et fin., mars-avril 2004, p. 1660 ; D. Caramalli, *La loi pour l’initiative économique et le déplafonnement des taux d’intérêt : une nouvelle étape dans l’histoire de l’usure*, LPA, 25 août 2003, n° 169, p. 4 ; A.-V. Le Fur, *Faut-il modifier la législation sur l’usure*, in *Mélanges AEDBF-France IV*, Revue Banque, Édition, 2004, p. 181 ;

¹⁰⁴² J. Dubos, actualisé par P. Coudert, art. préc., n° 72.

de l'article L. 313-5 du Code monétaire et financier qui dispose que « *les dispositions du présent article et celles des articles L. 313-4 à L. 313-6 ne sont pas applicables aux prêts accordés à une personne physique agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale* ». C'est une suppression du délit d'usure lorsque le crédit est destiné à des professionnels. Cette suppression est justifiée par le fait que les banques peuvent avancer des fonds aux entreprises « *économiquement viables et sources d'emplois* », mais dont le projet est trop risqué. Ainsi, elle se font consentir un crédit à des taux usuraires¹⁰⁴³.

Même les personnes physiques exerçant une activité professionnelle échappent aujourd'hui à la législation sur l'usure alors que la loi de 2003 ne concernait que les personnes morales¹⁰⁴⁴.

En ce qui concerne les entités n'ayant pas la personnalité morale – comme les fonds de placements collectifs (FCP), les fonds communs de titrisation ou encore les sociétés en participation – elles n'entreraient pas dans le champ d'application « *libéral* » de la réforme de l'usure¹⁰⁴⁵. Ainsi, les dispositions relatives à l'usure qui avaient une application résiduelle et parcellaire, continuent de l'être¹⁰⁴⁶.

395. – Détermination du taux d'usure. Avant la loi du 31 décembre 1989, il était nécessaire de classer les différentes opérations de crédit avant de calculer le taux d'usure. Les crédits octroyés aux entreprises, aux particuliers et immobiliers se distinguaient des obligations dans la mesure où le taux d'usure était du quart pour les premiers, et de la moitié pour les secondes¹⁰⁴⁷. Cette loi a modifié celle de 1966 en simplifiant le régime de l'usure. Aujourd'hui, la détermination précise du taux usuraire tient compte du « *taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédits pour des opérations de même nature comportant des risques*

¹⁰⁴³ Ph. Portier, *Aménagement du régime de l'usure pour les personnes morales*, art. préc., p. 1664.

Les prêts subordonnés dans les opérations à effet de levier étaient aussi visés, c'est-à-dire les opérations de LBO (« Leverage Buy-Out ») qui impliquent parfois l'émission de « high yields bonds » autrement dit des obligations à haut rendement.

¹⁰⁴⁴ Ancienne version (avant la Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010) de l'article L. 313-5 du même Code : « les dispositions du présent article et celles des articles L. 313-4 à 313-6 ne sont pas applicables aux prêts accordés à une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale ». Voir aussi l'article L. 313-5-1 du Code monétaire et financier qui maintient le taux d'usure en matière de découvert en compte accordé à des professionnels.

¹⁰⁴⁵ D. Caramalli, art. préc., p. 4.

¹⁰⁴⁶ J. Dubos, actualisé par P. Coudert, art. préc., n° 106.

¹⁰⁴⁷ Ibidem, n° 72.

analogues »¹⁰⁴⁸. Ainsi, il existe non pas un seul taux d'usure, mais des taux d'usure en fonction des crédits consentis.

396. – Pratique délictuelle. Le délit d'usure est consommé lorsque l'élément matériel (fonds prêtés par quiconque à un taux usuraire) et l'élément moral (l'intention de prêter à un taux usuraire) sont prouvés¹⁰⁴⁹. À défaut, l'infraction est civile de sorte que « *les perceptions excessives (...) sont imputées de plein droit sur les intérêts normaux alors échus et subsidiairement sur le capital de la créance* » en vertu de l'article L. 313-4 al. 1 du Code de la consommation. Le second alinéa de cet article dispose que « *si la créance est éteinte en capital et en intérêts, les sommes indûment perçues doivent être restituées avec intérêts légaux du jour où elles auront été payées* ». Cet article doit être rapproché de l'article L. 313-5-2 du Code monétaire et financier qui prévoit la même sanction : « *lorsqu'un prêt conventionnel est usuraire, les perceptions excessives au regard des articles L. 313-4 et L. 313-5-1 (du Code monétaire et financier) sont imputés de plein droit sur les intérêts normaux et subsidiairement sur le capital de la créance. Si la créance est éteinte en capital et en intérêts, les sommes indûment perçues doivent être restituées avec intérêts légaux du jour où elles auront été payées* ».

En définitive, les crédits islamiques doivent-ils être encadrés par l'usure ?

b) L'application des règles relatives à l'usure aux crédits islamiques

397. – Divergence de fond. Malgré la prohibition de l'usure par le droit français, il existe une divergence de fond entre le droit français et le droit musulman parce que ce dernier condamne *de jure* toutes les formes d'intérêt (composé et capitalisé) en vertu non seulement du verset 275 de la deuxième Sourate, mais également du verset 130 de la troisième Sourate qui interdit de manière générale la pratique de l'intérêt composé¹⁰⁵⁰. Un auteur avait pronostiqué que puisque « *la tendance sera un retour à la source intangible que constitue le Coran, [de] notre point de vue, grâce aux*

¹⁰⁴⁸ Article L. 313-3 du Code de la consommation

¹⁰⁴⁹ Art. L. 313-5 du Code de la consommation : « *Quiconque consent à autrui un prêt usuraire ou apporte sciemment à quelque titre et de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, son concours à l'obtention ou à l'octroi d'un prêt usuraire ou d'un prêt qui deviendrait usuraire au sens de l'article L. 313-3 du fait de son concours est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 45 000 € ou de l'une de ces deux peines seulement* ».

données imprécises que nous avons étudiées en ce qui concerne l'usure, il sera possible d'adopter la distinction moderne de l'usure et de l'intérêt du capital »¹⁰⁵¹. Il nous semble que le droit musulman n'adoptera cette grille de lecture peu importe si l'intérêt est « normal » ou excessif.

Une telle divergence ne doit cependant pas accentuer le clivage entre les deux droits parce que la rémunération du banquier peut être excessive, et que c'est à ce moment que la législation sur l'usure devra s'appliquer, sous réserve que cette législation soit toujours maintenue.

398. – Supprimer l'usure en droit français ? Il existe de réelles craintes relativement à la suppression de l'usure en France. Selon Sébastien Neuville : *« il ne serait hélas pas étonnant que l'argument finisse par anéantir totalement la protection résultant de la loi 1966 et que l'usure soit déplaçonnée même pour les prêts aux consommateurs, dans le but de permettre à ces derniers d'obtenir des crédits précisément lorsqu'ils sont dans une situation financière difficile. Il est possible de décrire la thèse qui sera très certainement invoquée à plus ou moins longue échéance par quelques sophistes : l'interdiction de l'usure handicape le financement des consommateurs, car, en raison de la faiblesse des taux pratiqués, les établissements de crédits sont obligés de limiter les prêts, de sorte que les consommateurs les plus fragiles sont contraints d'emprunter à des taux exorbitants en dehors du marché bancaire. Il serait préférable de les protéger en leur permettant de bénéficier de prêts consentis par des établissements de crédits agréés, plutôt que de les laisser s'endetter auprès de prêteurs douteux... »¹⁰⁵². Il est tout à fait raisonnable de partager cette crainte notamment lors des crises économiques. Très souvent, les décideurs politiques relancent l'économie grâce à la relance de la consommation. Les taux d'usure peuvent être supprimés si les banquiers veulent s'assurer un rendement plus élevé en contrepartie d'une prise de risque plus élevé.*

Tant qu'une telle situation ne se présente pas, l'usure devrait limiter la rémunération du dispensateur de crédit islamique.

399. – Paradoxe du « crédit islamique usuraire ». L'usure devrait alors limiter la stipulation d'un taux de profit trop élevé au regard des taux pratiqués sur le marché. D'ailleurs, l'alinéa 2 de l'article L. 313-5 du Code monétaire et financier y concourent déjà : *« les crédits accordés à l'occasion de*

¹⁰⁵⁰ « Ô les croyants ! Ne pratiquez pas l'usure en multipliant démesurément votre capital. Et craignez Allah afin que vous réussissiez ! ».

¹⁰⁵¹ F. Benali, thèse préc., p. 37.

¹⁰⁵² S. Neuville, *Droit de la banque et des marchés financiers*, PUF, Paris, 2005, n° 193.

ventes à tempérament sont (...) assimilés à des prêts conventionnels et considérés comme usuraires dans les mêmes conditions que les prêts d'argent ayant le même objet ». Bien que cette disposition distingue le crédit et la vente à tempérament, elle peut conduire à limiter le montant de la marge bénéficiaire stipulée dans les conventions de crédit *mourabaha* et *tawarruq*.

Cet alinéa ne devrait pas s'appliquer à deux types d'opération de crédit. D'abord, le crédit participatif parce que le banquier perçoit des bénéfices et non des intérêts. Puis, le crédit-bail qui n'est pas soumis aux dispositions relatives à l'usure parce que les redevances dues par l'utilisateur des biens crédit-loués ont la nature de loyer et non pas d'intérêt¹⁰⁵³. En vertu également du dernier alinéa de l'article L. 313-5 du Code monétaire et financier qui déroge à la prohibition de l'usure pour les personnes morales et les personnes physiques dans le cadre leur activité professionnelle, le crédit-bail n'entre pas dans le champ d'application de l'usure parce qu'il est destiné aux financements des biens meubles ou immobiliers professionnels¹⁰⁵⁴. Dès lors, les opérations d'*ijara* échapperaient à la législation sur l'usure, ainsi que le crédit participatif.

Toutefois, il faudrait assimiler les profits des crédits islamiques à des intérêts pour l'application de la législation sur l'usure. Par contre, lorsque la clause de profit est qualifiée de clause d'intérêt, elle est sanctionnée par la nullité en droit musulman. Qu'en est-il en droit français ?

B) La sanction des clauses « *ribawi* » en droit français

401. – Nullités des clauses « *ribawi* » ? Toute clause qui a une nature *ribawi* est nulle en droit musulman (1). Dans certains pays (musulmans et non musulmans), elles peuvent aussi être annulées (2). SI une banque décide de consentir des fonds sans intérêts en France, les juges français seront probablement confrontés à trancher des litiges portant sur les contrats de crédit islamique. Peuvent-ils alors prononcer la nullité d'un contrat entaché de *ribâ* ?

¹⁰⁵³ CA Toulouse, 8 mai 1970, JCP E 1970, II, 16481, note Bey ; CA Rouen, 3 juillet 1970, D. 1971, 465.

¹⁰⁵⁴ Voir infra, n° 710 et 720.

1) La nullité des clauses « *ribawi* » en droit musulman

402. – Péchés et nullité. Comme le *ribâ* figure parmi les péchés les plus graves en Islam, tout musulman ayant conclu une transaction *ribawi* est un pécheur qui se doit de demander le pardon à son Créateur. Les versets 17 et 18 de la quatrième Sourate prescrivent le repentir comme une obligation religieuse leur incombant. Dans le cas contraire, il sera soumis aux tourments de l'au-delà exposés dans les versets 275 à 279¹⁰⁵⁵ de la deuxième Sourate. Le dernier verset prévoit in fine que « *si vous vous repentez, vos capitaux vous resteront acquis. Ainsi, vous ne lézerez personne et vous ne serez pas lésés* ». Ce dernier texte préfigure la pratique islamique à l'époque Mohamed.

Plus précisément, lors de son Discours d'adieu, Mohamed avait annoncé que les transactions usuraires de l'époque antéislamique étaient nulles. Cette nullité produit des effets rétroactifs dont la restitution des intérêts. C'est une sanction efficace qui évite de prendre le risque de voir une clémence, source d'encouragement à la transgression lors de la perception des intérêts¹⁰⁵⁶. Pour éviter une telle sanction lorsque la banque perçoit des pénalités de retard qui sont *ribawi*, elle les reverse à une œuvre de charité¹⁰⁵⁷.

403. – Effets variables de la nullité. La nullité de la clause *ribawi* produit des effets variables selon l'importance de la clause concernée. Civilement¹⁰⁵⁸, lorsque la nullité est prononcée, le créancier récupère son capital et abandonne les intérêts conformément aux injonctions du verset 279 de la deuxième Sourate¹⁰⁵⁹. En d'autres termes, lorsque l'objet d'un contrat est entaché d'intérêt immédiat ou latent, il se heurte à l'« ordre public islamique ». La nullité qui en découlerait serait absolue et toute personne pourrait l'invoquer.

¹⁰⁵⁵ « *Ô vous qui croyez ! Craignez votre pratique et renoncez à tout reliquat de ribâ, si vous êtes des croyants sincères. Et, si vous ne le faites pas, attendez-vous à une guerre de la part de Dieu et de Son Prophète* ».

¹⁰⁵⁶ S. Ibn Fawzan Al Fawzan, op. cit., p. 133 ; E. H. Khalil et A. Thomas, *The modern debate over riba in Egypte*, in *Interest in Islamic Economics, Understanding riba*, Edited by Abdelkader Thomas, Routledge, Taylor and Francis Group, 2006, p. 68 à 70 : Mohammed Abdou était du même avis (Grand Mufti d'Égypte de 1899 à 1905).

¹⁰⁵⁷ S. Ibn Fawzan Al Fawzan, op. cit., p. 134 : « *c'est le jugement pour tout gain souillé par la ruse et le péché* ».

¹⁰⁵⁸ Pénalement, reprenons les réflexions de Mme M. Kettani (*Une banque originale, la banque islamique*, mémoire préc.) sur la pénalisation de l'intérêt invoquant trois éléments bien caractéristiques : en premier lieu, l'élément légal tiré du Coran et de la Tradition ; en second, l'élément matériel tenant à la perception des intérêts ; et en dernier, l'élément moral résultant de l'intention des parties.

¹⁰⁵⁹ « *Et si vous vous repentez, vous aurez vos capitaux* », le verset se termine ainsi : « *Vous ne lézerez personne, et vous ne serez pas lésés* ».

Selon les hanafites, alors même qu'une clause est *ribawi*, le contrat peut néanmoins être valide. Cette règle s'avère utile lorsque la partie *ribawi* de l'opération peut être écartée, sans toutefois affecter l'économie du contrat. Les cocontractants continuent alors à exécuter le contrat. C'est une nullité partielle, comme celle que l'on décèle lors de la constatation d'une lésion en droit français en matière de vente qui peut conduire à la réfaction du contrat. La majorité des auteurs qui considère que tout acte *ribawi* s'expose à une nullité confondrait la clause d'intérêt, certes interdite, annulable, et un contrat dont l'économie générale s'articule substantiellement autour de la notion d'intérêt, interdite mais partiellement annulable¹⁰⁶⁰.

404. – Nullité du contrat ou nullité de la clause. Si le contrat est entachée de *ribâ*, sa nullité n'est pas forcément prononcée parce qu'il peut continuer à produire ses effets en écartant la clause litigieuse. Si elle est prononcée, la restitution ne portera que sur le montant des intérêts perçus. Pour le prêteur, seul est récupérable le principal qui ne doit être ni augmenté (sinon le débiteur sera lésé), ni diminué (alors le créancier éprouvera des pertes) puisque le prêt arrivé à échéance obéit au principe d'égalité et d'équilibre des transactions¹⁰⁶¹.

Toutefois, il convient de distinguer celui qui contracte à partir d'un avis (*fatwa*) autorisant une transaction sur laquelle demeure une divergence de point de vue, de celui qui a acquis une chose illicite, notamment des fonds *ribawi*, mais dont rien ne permettait de le considérer comme tel. Le premier, qu'il soit musulman ou non, est autorisé à conserver le surplus sans l'imputer sur le capital initial dès lors que son intime conviction le conduisit à considérer son engagement comme conforme à la législation islamique. En effet, si « *chacune des deux parties a reçu ce qui lui revient en étant convaincu de sa validité, [l'annulation n'est pas encourue] ni par un jugement, ni par un renoncement à ce contrat* »¹⁰⁶². Le surplus que le prêteur a pu percevoir « *auparavant en se fondant sur une interprétation erronée lui est pardonné, alors que ce que lui doivent encore les gens est annulé* »¹⁰⁶³. La « purge » de cette sanction obéit à la règle suivante : « *celui qui acquiert une chose d'une façon illicite et qui souhaite s'en débarrasser doit la remettre à son propriétaire notamment s'il lui a pris ce bien sans son consentement et n'a donné aucune contrepartie* ». La restitution de la

¹⁰⁶⁰ H. Döndüren, op. cit., p. 400-401.

¹⁰⁶¹ Voir supra, n° 93 – 98.

¹⁰⁶² Selon l'avis d'Ibn Taymiyya qui poursuit en indiquant la règle générale : « *il en est ainsi de tout contrat dont le musulman croit en la validité en se fondant sur une mauvaise interprétation due à un ijtihad ou au suivisme* », in S. Ibn Fawzan Al Fawzan, op. cit., p. 131.

¹⁰⁶³ Idem.

chose à l'autre partie est donc exigée ! Si le cocontractant décède, c'est à ses héritiers que la restitution incombe. Si la restitution s'avère impossible, il conviendrait de payer la dette du *de cuius*. Sorti du cadre théorique, des litiges portant sur les sanctions relatives aux financements islamiques ont été tranchés par tribunaux tant religieux que séculiers.

2) Les sanctions encourues en dehors de la France

405. – Prévention des litiges. Les efforts de l'AAOIFI, de la Banque Islamique de Développement ainsi que de certaines banques centrales de différents pays (Liban, Malaisie, Indonésie, Pakistan, Soudan, Arabie Saoudite, Qatar, Dubaï, Bahreïn, Turquie, etc.) ont été entendus avec plus ou moins d'intérêt par les pays européens. Ce sont principalement les opérations transfrontalières qui ont conduit les autorités judiciaires à trancher des litiges en matière de financement islamique.

Les banques islamiques choisissent volontairement la loi britannique pour sa souplesse¹⁰⁶⁴. Pourtant, le rapport de la *Financial Services Authority* indique que la loi islamique a été écartée par les juges britanniques¹⁰⁶⁵. Faut-il s'attendre à une position similaire en France ? Il est fort probable parce que d'une part la prohibition du *ribâ* serait une prohibition islamique et donc ne trouve pas sa place en France, tout en constatant qu'elle n'est non plus pas effective dans de nombreux pays musulmans, où il existe néanmoins des textes explicites faisant référence à la loi islamique. Or, ce n'est plus le cas au Royaume-Uni où une décision de justice a offert de nouvelles perspectives dans la résolution des litiges.

406. – Arabie Saoudite. En Arabie Saoudite, un comité d'arbitrage des litiges bancaires a été mis en place par le *Saudi Arabian Monetary Agency* et le ministre des Finances et de l'Économie nationale en vue probablement de restreindre la compétence des Cours religieuses parce que ces dernières étaient trop zélées de sorte que le « *droit islamique [était] uniquement appelé à la*

¹⁰⁶⁴ *Islamic finance: basic principles and structures, A focus on a project finance*, Freshfields Bruckhaus Deringer, <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2006/13205.pdf> : « *Several of these firms have now established or expanded offices in other Islamic centres. English law is already the preferred legal jurisdiction for many Islamic finance transactions* ».

¹⁰⁶⁵ Rapport de la Financial Services Authority, *Islamic finance in the UK: Regulation and Challenges*, préc., p. 17 : « *In the case of a dispute, it is unlikely that a UK court will give a verdict based on Sharia law* ».

rescousse des mauvais débiteurs »¹⁰⁶⁶. Lorsque les fonds remboursés dépassaient les fonds prêtés, ces juges constataient la genèse du *ribâ*. Ainsi, le contrat était annulé.

407. – Émirats Arabes Unis. À partir des années 1980, des tribunaux annulèrent, dans les Émirats Arabes Unis, des contrats de crédit contenant des clauses d'intérêt alors que sa stipulation était encore légale. Les juges se sont référés au « principe général de l'application de la Shari'a » figurant dans la Constitution¹⁰⁶⁷. Cette référence est significative dans un système juridique qui devrait s'imprégner de considérations religieuses et laïques. Bien que la sécularisation du droit dans les pays musulman a conduit à une « *autolimitation volontaire de la réflexion islamique* »¹⁰⁶⁸.

L'audace d'une Cour fédérale dans les Émirats, en appel, fut aussi d'indiquer la possibilité de « *percevoir pour les banques des commissions pour services rendus et d'effectuer des prises de participations dans des sociétés en s'associant aux profits (moushakara)* »¹⁰⁶⁹. Puis, en 1986, les juges ont accueilli une demande portant sur le paiement du capital et des intérêts qui opposait un particulier à sa banque au motif que l'illégalité d'un supplément exigé en matière de cautionnement ne s'applique pas aux opérations commerciales.

408. – Égypte. De même, en Égypte, les « *tribunaux de degré inférieur ont jugé que les clauses d'intérêt étaient illégales, en se fondant sur l'article 2 de la Constitution, qui fait de la Shari'a la source principale de la législation* »¹⁰⁷⁰ alors que les contrats demeuraient valides. Puisque c'est la clause d'intérêt qui a été annulée, les prêteurs ne pouvaient plus réclamer judiciairement leur exécution.

Quand bien même, dans ces pays, de nombreuses prescriptions islamiques fassent en quelque sorte partie de l'ordre public, la non-stipulation des intérêts devrait rester du ressort des parties dans les pays non musulman. Cette liberté a été reconnue au Royaume-Uni en ouvrant les voies de recours en cas de violation du contrat de financement islamique.

¹⁰⁶⁶ J.-F. Rycx, *Systèmes juridiques et économie islamique*, in *Les capitaux de l'Islam*, op. cit., p. 62.

¹⁰⁶⁷ Ibidem, p. 63.

¹⁰⁶⁷ Ibidem, p. 65.

¹⁰⁶⁸ Ibidem, p. 63.

¹⁰⁶⁹ Idem.

¹⁰⁷⁰ Ibidem, p. 65.

409. – La résolution des litiges au Royaume-Uni : deux phases. En 2007, la *Financial Services Authority* (FSA) avait invoqué deux raisons pour ne pas prendre en compte la loi islamique lorsque le juge britannique serait confronté à un litige : d'une part, aucune disposition législative ou réglementaire ne permet l'application – voire la possibilité de choisir l'application – d'un ensemble de règles découlant d'un autre système juridique et, d'autre part, les règles islamiques ne font pas l'unanimité des auteurs musulmans et des instances islamiques¹⁰⁷¹. Le premier argument manque de pertinence depuis que le Royaume-Uni a légiféré en cette matière alors que le second n'est pas dirimant parce qu'une diversité d'opinion n'est pas à elle seule un obstacle à trancher un litige. Cette position est classique notamment lorsque les juridictions nationales sont confrontées à des systèmes juridiques et des cas nouveaux : « *les critiques que l'on a pu lire, dans les années 80, à l'encontre de la normativité de la lex mercatoria rappellent celles qui sont formulées aujourd'hui à l'encontre de la Charia pour lui nier sa juridicité. En effet, ni la négation d'un caractère d'organisation suffisant à la Charia pour répondre aux critères de l'ordre juridique dégagés par Santi Romano, ni les difficultés de déterminer avec précision son contenu, n'emportent conviction* »¹⁰⁷². L'auteur poursuit en note de bas de page en rappelant les emprunts du « *Common Law* » à la loi islamique en matière de contrat (« *aqd* »), d'action en repossesion (« *istihqaq* »), de jury (« *lafif* »), de *Inns of Court* (« *madrassa* »), de *commenda* (« *qirad* »), de méthodologie du raisonnement et du précédent (« *qiyas* » et « *madhab* »), de *trust* et de *agency* (« *waqf* » et « *wakala* »). Ces exemples montrent que le *Common Law* peut appliquer les règles régissant les mécanismes et les techniques bancaires islamiques. Le droit anglais semble évoluer dans ce sens depuis que le Chef de la Magistrature du Royaume-Uni a accepté que la loi islamique soit appliquée dans la résolution de certains litiges¹⁰⁷³.

¹⁰⁷¹ Rapport de la Financial Services Authority, *Islamic finance in the UK: Regulation and Challenges*, rapp. préc. p. 17 : London High Court, 13th February 2002, *Beximco Pharmaceutical v. Shamil Bank of Bahrein* ; Islamic Investment Company of the Gulf vs. Symphony Gems NV in 2002, [http://www.ipsofactoj.com/international/2004/Part12/int2004\(12\)-009.html](http://www.ipsofactoj.com/international/2004/Part12/int2004(12)-009.html).

¹⁰⁷² 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*, préc., p. 153.

¹⁰⁷³ Le Figaro, *Le plus haut juge anglais accepte la loi islamique*, 13 novembre 2007 : « *Le chef de la magistrature d'Angleterre relance la polémique sur l'application des règles coraniques. La controverse sur l'application de la loi islamique au Royaume-Uni a été relancée jeudi soir par le plus haut juge du royaume, lord Phillips of Worth Matravers. Le chef de la magistrature d'Angleterre et du pays de Galles a défendu le droit pour des musulmans vivant en Grande-Bretagne de régler des affaires privées selon les règles de la charia. Ses propos tenus devant une assemblée de centaines de musulmans dans l'est de Londres, faisaient largement écho à ceux tenus en février par Rowan Williams, l'archevêque de Cantorbéry. Ce n'est pas un hasard, puisque c'est lord Phillips qui organisait la conférence pendant laquelle le primat de l'Église anglicane avait exprimé les idées qui lui ont valu de très nombreuses critiques. Mais contrairement à ce dernier, qui a admis après coup qu'il avait manqué de clarté pour exprimer ses idées, le discours de lord Phillips a été dénué de toute ambiguïté. Ce qui n'empêche pas que ses idées restent très polémiques.* » Il n'y a pas de raisons pour lesquelles les principes de la charia, ou de tout autre code religieux, ne pourraient pas être le fondement

410. – Première phase : Inapplication de la Charia. Dans l'affaire *Symphony Gems*¹⁰⁷⁴, les défendeurs contestaient la validité du contrat de *mourabaha*, ce que retint le juge anglais sur le fondement du droit britannique en prenant soin d'écarter la loi islamique. Dans l'affaire *Beximco*, jugée en première instance et en appel¹⁰⁷⁵, jugement et arrêt d'espèce selon M. Affaki, les juges écartèrent à nouveau l'application de la loi islamique bien qu'elle ait été prise en référence par les parties. Certes, le financement ne semblait pas conforme à la loi islamique, et les juges de première instance renvoyèrent aux membres du *Sharia Board* de la banque pour déterminer la conformité islamique du financement¹⁰⁷⁶.

411. – Deuxième phase : applicabilité de la Charia. Dans la décision de la High Court of Justice du 11 décembre 2009¹⁰⁷⁷, une institution financière islamique appelée The Investment Dar (TID) a été poursuivie par Blom Development Bank (BDB) en vue du remboursement des fonds investis dans un pool géré par TID sous la forme du contrat de mandat appelé « *wakala* »¹⁰⁷⁸. Les parties avaient conclu en réalité une convention-cadre *wakala* (« *master wakala contract* ») lequel était régi par le droit anglais et la loi islamique¹⁰⁷⁹.

Après la crise financière, la situation financière de TID ne lui permettait pas de respecter son engagement qui consistait à rémunérer de l'ordre de 5% les fonds investis par BDB¹⁰⁸⁰. Après avoir

d'une médiation ou d'autres formes alternatives de résolution des conflits», a affirmé lord Phillips, tout en insistant sur le fait que « les règles coraniques appliquées ne devaient pas être contraires aux lois anglaises. En cas de désaccord entre les parties, ce serait au droit anglais de trancher ». *Les exemples d'application cités par lord Phillips sont les accords de mariage, les affaires familiales et certains arrangements financiers. Ce dernier point n'est en tout cas plus du tout controversé, puisque le ministère britannique des Finances autorise, depuis 2002, les fonds islamiques. Londres est devenue une place mondiale pour ces systèmes financiers obéissant aux contraintes de la charia, qui interdit l'usure et ne permet pas d'investir dans des sociétés impliquées dans la pornographie, l'alcool, le tabac et les jeux d'argent ».*

¹⁰⁷⁴ Commercial Court de Londres, 13 février 2002, *Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd v Symphony Gems NV and others*, per Tomlison J, [2002], EWHC 1 (Comm), in G. Affaki, art. préc., p. 163.

¹⁰⁷⁵ Commercial Court, 1^{er} août 2003, *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others*, Morison J, [2003] EWCH 2118 (Comm), [2003] 2 All ER (Comm) et Court of Appeal, 28 janvier 2004, [2004] EWCA Civ 19, [2004] 4 All ER 1072, in G. Affaki, art. préc., p. 164.

¹⁰⁷⁶ Voir aussi Tribunal de Chancery, 14 décembre 2007, *Musawi v R E International (UK) Ltd and others*, per David Richards J, [2007] EWHC 2981 (Ch).

¹⁰⁷⁷ Royal Courts of Justice Strand, London WC2A 2LL, 11th december 2009, *The Investment Dar Company KSCC vs. Blom Developments Bank SAL*, [2009] EWHC 3545 (Ch), Case No: CH/2009/PTA/0455.

¹⁰⁷⁸ Contrat usuel en droit musulman, le contrat de « *wakala* » est équivalent à un contrat de mandat (agency contract) qui peut se décliner en divers produits bancaires et financiers islamiques dont la gestion de fonds.

¹⁰⁷⁹ §15 de la décision Royal Courts of Justice Strand, London WC2A 2LL, 11th december 2009, *The Investment Dar Company KSCC vs. Blom Developments Bank SAL*, [2009] EWHC 3545 (Ch), Case No: CH/2009/PTA/0455.

¹⁰⁸⁰ Selon Moody's, *Shari'ah Risk: Understanding recent compliance issues in islamic finance*, Special comment, may 2010, p. 3-5.

constaté que les parties se trouvaient dans une situation paradoxale de défense – i.e. l’institution financière islamique invoquant la non-conformité du contrat à la loi islamique et BDB le non respect des stipulations contractuelles par TID – le juge semblait embarrassé¹⁰⁸¹. Finalement, il a estimé que seul le principal devait être remboursé et non les profits attendus. La clause litigieuse prévoyait un remboursement du capital augmenté d’un taux de profit en toute circonstance. Le juge anglais a noté dans son seizième « considérant » que TID ne pouvait pas se prévaloir de la non conformité à la loi islamique d’un dépôt qui produisait en réalité de l’intérêt¹⁰⁸².

Il ressort de cette décision que le juge anglais n’a pas écarté les règles islamiques. Il a maintenu son rôle pour trancher un litige qui débordait *a priori* ses connaissances. On peut estimer que cette décision jongle avec les intérêts des parties et la réputation du droit anglais pouvant s’adapter à de nouvelles techniques juridiques. D’ailleurs, la solution est conforme aux deux ordres juridiques. En effet, lorsque le « *wakil* » est rémunéré, ce sont les règles de l’*ijara* qui s’appliquent ; et à ce titre, TID ne pouvait avoir simultanément la qualité de « *wakil* » et « *kafil* » qui garantirait les pertes. Si c’était le cas, le contrat générerait du *ribâ*¹⁰⁸³ quand bien même le *wakil* disposait du pouvoir d’ajuster le profit anticipé en cas de changement de situation en restituant le capital initial et le profit en question¹⁰⁸⁴. Le juge conclut aussi que le contrat de « *wakala* » ne pouvait pas être un « *trust* » qui ouvrirait la voie à une restitution des fonds même en cas d’investissement infructueux. La solution

¹⁰⁸¹ « *I do not think it is established that the contract gives rise to a trust. Moreover, if the contract is void, it is a nullify and therefore void in all its aspects. Moreover, it is at least arguable that the contract cannot be saved by severance. One is left therefore with asking the intention of the parties was. Was the intention of parties to create a trust? The payment to TID was in fact made to enable TID to invest the monies in its treasury pool and to make payments thereout to satisfy its own contractual obligations in circumstances where the parties believed (as both parties clearly did) that the wakala transaction were valid* ».

¹⁰⁸² « *it is said on behalf of TID that that contract amounted to a non-compliant Sharia transaction because, in reality and substance, what TID was doing was taking deposits at interest. Blom says that claim is a nonsense* ».

¹⁰⁸³ Le juge a affirmé que « *the wakeel was a trustee to the investment/asset of each wakala and should safeguard and protect the wakala investment/asset in a judicious manner as it would safeguard and protect its own investment/assets* » (§10) parce que le contrat stipulait que « *the wakeel shall not utilize the wakala assets for any purpose except what is permitted by the muwakkil/depositor and within the Sharia parameters* » (clause 5.2).

Cf. AAOIFI, Shari’a Standard n° 23, *Agency and the Act of Uncommissioned agent (fodooli)*, respectivement article 4/2 et article 5/5 (qui renvoie au Standard n° 5, article 2/2/2 : “*It is not permissible to combine agency and personal guarantees in one contract at the same time (i.e. the same party acting in the capacity of an agent on one hand and acting as a guarantor on the other hand), because such a combination conflicts with the nature of these contracts. In addition, a guarantee given by a party acting as an agent in respect of an investment turns the transaction into an interest-based loan, since the capital of the investment is guaranteed in addition to the proceeds of the investment, (i.e. as though the investment agent had taken a loan and repaid it with an additional sum which is tantamount to riba). But if a guarantee is not stipulated in the agency contract and the agent voluntarily provides a guarantee to his principals independently of the agency contract, the agent becomes a guarantor in a different capacity from that of agent. In this case, such an agent will remain liable as guarantor even if he is discharged from acting as agent* »).

¹⁰⁸⁴ §12, de la décision préc.

retenue était néanmoins la restitution des fonds par TID à BDB bien que ce dernier soit enregistré au Liban.

Même si le litige portait sur des dépôts, le juge anglais serait compétent pour trancher tout litige portant sur des produits bancaires islamiques. D'ailleurs, le droit anglais comprend actuellement des règles islamiques depuis que les autorités de supervision ont délivré des agréments à plusieurs établissements de crédit et fonds d'investissements¹⁰⁸⁵. Peut-on s'attendre à une telle attitude des juges français ?

3) La nullité de la stipulation des clauses « *ribawi* » en droit français ?

412. – Distinction entre la clause d'intérêt et les autres clauses de nature « *ribawi* ». Outre la clause d'intérêt proprement dite, il existe des clauses qui ont une nature *ribawi* en droit musulman parce qu'ils rompent l'équilibre contractuel, parmi lesquelles figurent la clause d'indexation (a), la clause prévoyant la perception des « indemnités » en cas de remboursement anticipé (b) et en cas de défaillance du client (c)¹⁰⁸⁶. Ces clauses, ainsi que la clause d'intérêt, sont-elles annulables en droit français (d) ?

a) La genèse du « *ribâ* » et la clause d'indexation

413. – Indexation et risque d'augmentation de la créance. L'indexation est un procédé habituel de revalorisation d'une créance exigible tant en matière de location qu'en matière de prêt d'argent parce que la monnaie peut perdre de la valeur. Les juristes musulmans sont souvent sollicités pour répondre à la question de savoir si la clause d'indexation est une clause *ribawi*.

¹⁰⁸⁵ Le Finance Act de 2003, complété par des dispositions introduites en 2005 et 2006, a levé l'imposition des doubles transferts de propriété et établi le régime des impôts directs. Le Finance Act de 2007 concerne les sukuk ou plus précisément les « *alternative finance investment bonds* » (Rapport de la Financial Services Authority, *Islamic finance in the UK: Regulation and Challenges*).

¹⁰⁸⁶ La question des clauses abusives ne sera pas traitée parce qu'elles partagent la même philosophie sous-jacente à savoir le fait de ne pas stipuler des clauses qui, en vertu de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, « *ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* » ; voir P. Lokiec, *Clauses abusives et crédit à la consommation*, in Dossier « *Droit commun et crédit aux particuliers* », Revue de droit bancaire et financier, n° 3, mai-juin 2004, p. 221.

MM. Iqbal et Mirakhor indiquent que la loi islamique permet la stipulation de la clause d'indexation en matière de salaire et de loyer notamment pour préserver un équilibre contractuel alors qu'en matière de financement d'actif financier, elle l'interdit en vertu du verset 275 de la deuxième Sourate¹⁰⁸⁷. Cette solution serait intangible même si les contractants invoquent la dépréciation de la valeur de la monnaie parce que seul le débiteur serait soumis à cette réévaluation et subirait une perte de son pouvoir d'achat. En droit français, les articles L. 112-1 et L. 112-2 du Code monétaire et financier interdisent l'indexation automatique des prix des biens et des services.

D'ailleurs, la règle semble être plus rigoureuse en matière de prêt d'argent. L'article 1895 du Code civil dispose que *« l'obligation qui résulte d'un prêt d'argent n'est toujours que la somme numérique énoncée dans le contrat. S'il y a eu lieu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement »*. Ce texte n'étant plus d'ordre public¹⁰⁸⁸, *« le prêt d'argent peut être indexé dans les mêmes conditions que toute autre obligation monétaire, c'est-à-dire en respectant les articles L. 112-1 et L. 112-2 du Code monétaire et financier. L'indice convenu doit avoir une relation directe avec l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties »*¹⁰⁸⁹. MM. Malaurie, Aynès et Gautier distinguent l'intérêt et l'indexation de la manière suivante : *« traditionnellement, l'intérêt et l'indexation exercent deux fonctions distinctes : le premier rémunère le prêteur, privé d'une somme d'argent pendant un certain temps (loyer de l'argent) ; le second maintient la valeur d'achat du capital et lui permet d'échapper à l'érosion monétaire. Aussi peut-on cumuler intérêts et indexation »*¹⁰⁹⁰. Les mêmes auteurs ont analysé les relations entre l'objet du contrat de prêt d'argent et l'indexation : *« le seul particularisme du prêt d'argent, à cet égard, est la notion d'objet du contrat, qui soulève des difficultés. Apparemment, dans le prêt d'argent, l'objet du contrat est l'argent prêté ; la conséquence en serait, selon une interprétation littérale, que serait impossible une indexation d'un prêt d'argent sur l'« objet du contrat ». Au contraire, la Cour de cassation a jugé que, lorsqu'il s'agissait de prêt d'argent, l'« objet » pouvait être la chose à laquelle l'argent avait été employé »*¹⁰⁹¹. Ils citent un arrêt édifiant sur ce thème qui juge que *« l'objet de la convention au sens de (l'art. 112-1 du Code monétaire et*

¹⁰⁸⁷ Z. Iqbal et A. Mirakhor, *An introduction to Islamic Finance: Theory and practice*, op. cit., p. 59 – 61.

¹⁰⁸⁸ Voir Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., 2011, n° 932 : *« Après avoir beaucoup hésité la Cour de cassation a décidé que le texte n'avait rien de spécifique au prêt d'argent, qu'il énonçait une règle générale applicable à toutes les obligations monétaires et surtout qu'il n'avait pas un caractère d'ordre public »*.

¹⁰⁸⁹ Idem.

¹⁰⁹⁰ Ibidem, n° 951.

financier) [...] doit s'entendre dans son acception la plus large, et notamment l'objet d'un prêt peut être de permettre à l'acquéreur (sic : il faut lire emprunteur) de construire ou d'acheter un immeuble »¹⁰⁹². Ainsi, il peut s'agir du « prêt d'argent destiné à rembourser un emprunt réalisé en vue d'acheter un immeuble : l'indexation sur le coût de la construction est valable »¹⁰⁹³. Les arrêts cités par les auteurs montrent aussi que l'objet du contrat de prêt se confond avec l'opération de prêt dans le cas où l'argent sert à acquérir ou acheter un immeuble.

Cette position ne peut pas être étendue aux crédits islamiques parce qu'il existe de fortes réticences qui entourent l'indexation du crédit *mourabaha*. Ce type de crédit conduit le banquier à ne plus détenir le bien, mais à être titulaires des créances qui doivent restées intangibles. Or dans le crédit *ijara*, le banquier est toujours le propriétaire du bien jusqu'à la levée de l'option, ce qui justifie l'indexation des loyers. Par contre, il ne peut être question d'indexation en matière de crédit participatif parce que les parties doivent supporter tous les risques liés au financement de l'activité, à moins de ne retenir que le crédit combinant la *moucharaka* dégressive et l'*ijara* où le remboursement des avances de fonds s'opère par le paiement de loyers.

Ici, bien que « *la jurisprudence ne tient pas compte de l'indexation pour savoir s'il y a usure* » dans la mesure où la Cour de cassation a jugé que l'indexation du capital « *ne doit pas être prise en compte pour la détermination du taux effectif global* »¹⁰⁹⁴, il faut néanmoins faire la distinction entre les différents types de crédit islamique.

414. – Indexation et inflation. Pourtant, l'augmentation ou la baisse de la valeur de l'argent résulte de l'inflation, et c'est pourquoi, il nous semble que la clause d'indexation dans un contrat de crédit doit être jugée comme étant conforme à la loi islamique. Il s'agit toujours d'appliquer les arguments de justice sociale et économique. Par exemple, elle peut être insérée dans les conventions encadrant les diverses opérations de financement islamique dont l'acquisition d'un bien sous forme de financement imposant une marge bénéficiaire (*mourabaha* ou *ijara*) et le financement participatif (*moudaraba* ou *moucharaka*) pour réévaluer le montant des parts. De plus, cette clause d'indexation

¹⁰⁹¹ Ibidem, n° 932.

¹⁰⁹² Cass. civ. 1^{ère}, 9 janvier 1974, Bull. civ., I, n° 14 ; JCP G 1974.II.17806, n. J.-Ph. Lévy ; Defrénois 1975, art. 30996, n° 32, p. 1268, obs. J.-L. Aubert, in Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 951, note n° 8.

¹⁰⁹³ Idem.

¹⁰⁹⁴ Idem : arrêt du 21 janvier 1992 de la première chambre civile, Bull. civ. n° 22 ; voir aussi les articles L. 112-2 et 112-3 Code monétaire et financier qui offrent la possibilité d'indexer l'intérêt versé aux porteurs d'obligation sur la performance économique de l'émetteur.

qui retiendrait la valeur à la fois du bien et de l'argent doit être susceptible d'être invoqué par le client et le banquier.

Si la valeur du bien augmente sous l'influence de l'inflation, le client versera plus que ce qui est prévu. Inversement, si elle baisse, la banque subira une perte. Par exemple, une opération qui consiste en l'achat d'une tonne de matières premières fixée à 100 au jour de la conclusion du contrat peut valoir 90 ou 110 à une autre date. Les 10 à la hausse ou à la baisse représentent la perte du pouvoir d'achat soit pour le prêteur, soit pour l'emprunteur. Ainsi, si une banque islamique doit stipuler une clause d'indexation, elle doit jouer pour les deux parties. Si de tels arguments ne convainquent pas les juristes en matière de *mourabaha*, ils seraient mieux acceptés pour le crédit *ijara*. En effet, le prix du bien acquis via le crédit *mourabaha* est définitivement fixé et le montant du prix augmenté de la marge doit rester intangible. Ce prix final de vente est une créance qui ne peut faire l'objet d'une augmentation, pas même d'une revalorisation.

Or le crédit *ijara* exige le paiement de loyers pour une période donnée où le montant total de la location peut être indexé, indexation devant cependant être encadrée par un plancher et un plafond¹⁰⁹⁵.

415. – Indexation sur l'or. Il est communément admis dans les cercles de réflexion islamique que l'inflation est un phénomène provoqué par les hommes¹⁰⁹⁶. Dans la mesure où, en matière de politique monétaire, la correction du problème de l'inflation passe par l'ajustement du taux de l'intérêt, les auteurs musulmans souhaitent que ce problème disparaisse en même temps que la pratique de l'intérêt. Ainsi, émane de leur rang une proposition intéressante, qui a déjà été pratiquée. Il consiste à maintenir coûte que coûte un système monétaire fondé sur l'or.

Islamiquement, la réponse se trouve dans la mise en place du « *Système Dinar-Or* » qui retiendrait l'or comme étalon de mesure¹⁰⁹⁷. En pratique, cela peut consister à évaluer les sommes prêtées par

¹⁰⁹⁵ Article 5/2/3, Sharia Standard, *Ijarah and Ijarah muntahia bittamleek*, n° 9 : « *In case the rental is subject to changes (floating rental), it is necessary that the amount of the rental of the first period of the Ijarah contract be specified. It is then permissible that the rentals for subsequent periods be determined according to a certain benchmark. Such benchmark must be based on a clear formula which is not subject to dispute, because it becomes the determining factor for the rentals of the remaining periods. This benchmark should be subject to a ceiling, on both maximum and minimum levels* ».

¹⁰⁹⁶ M. Obaidullah, op. cit., p. 28.

¹⁰⁹⁷ A. Haq, *Indexation of Debt in Islamic Finance Revisited*, Review of Islamic Economics, 2008, vol. 12, n° 1, p. 83 : « *A pious Muslim lender who foresees inflation may issue debt in gold, in silver, any strong currency, any loanable commodity or baskets of such metals, currencies or commodities* » ; voir aussi A. Kameel and M. Meera, *Integrating al-Rahn (sûreté) with the Gold Dinar: The initial building-blocks towards a Gold-Based Economy*, Review of Islamic Economics, 2008, vol. 12, n° 1, p. 125 – 135 ; Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 61.

rapport à l'or de sorte que si X euros correspond à Y grammes d'or à t, l'emprunteur devra verser Y grammes d'or à t+2 eu égard aux fluctuations affectant le cours de l'or. Ici, on ressent une sorte de déséquilibre tant conjecturel que structurel : la valeur de l'or pouvant sensiblement augmenter en période de crise, que la valeur de la monnaie pouvant subir une dépréciation importante.

Aussi, nous ferons face à un problème de genre nouveau pour fixer l'indexation des dettes dans un système islamique idéalisé. Pour appliquer un tel système en France, l'absence de disposition ne nous permet pas d'avoir une position tranchée. Tant l'or que la monnaie sont devenus des marchandises, objet de transaction financière. Le 2° de l'article L. 311-2 du Code monétaire et financier permet au banquier d'effectuer, à titre d'activité connexe, des « opérations sur or ». Cela ne signifie pas pour autant une autorisation d'indexer une créance sur l'or, à moins d'y adjoindre l'article L. 112-3 du même Code.

Au regard des exigences de la réalité économique, la pratique la plus équitable serait de permettre aux parties d'insérer une clause d'indexation en fonction de la nature des crédits (adossés ou participatif), ce qui nous conduit à remettre partiellement en question la position de l'Académie de Fiqh¹⁰⁹⁸. D'un point de vue juridique, parmi les autorités de la doctrine islamique, M. Döndüren cite Abou Youssouf, disciple d'Abou Hanifa, ayant admis l'indexation d'une dette¹⁰⁹⁹.

En définitive, le droit français ne s'opposerait pas à ce que la créance issue d'un crédit *mourabaha* ne soit pas indexée, selon la position doctrinale islamique contemporaine, parce que l'évolution du droit français s'est effectuée dans le sens d'une permission. Toutefois, seul le loyer de l'*ijara* peut être indexé. Ici, il y aurait moins de difficultés à l'admettre.

Outre l'indexation, des juristes musulmans considèrent que les indemnités en cas de remboursement anticipé ont une nature *ribawi*.

b) La genèse du « *ribâ* » et le remboursement anticipé

416. – Nature juridique des indemnités en cas de remboursement anticipé. Il peut arriver qu'un client rembourse son crédit plutôt que prévu. Le banquier peut l'accepter si le client paie des

¹⁰⁹⁸ Z. Iqbal et A. Mirakhor (op. cit., p. 59 – 61) citent la décision de l'Académie du Fiqh, 8^{ème} session, 21-27/06/1993 ; et celle de la Cour Fédérale Sharia du Pakistan, du 14 novembre 1991, § 153-234, qui vise la Tradition sur les six produits usuraires, retrace la position de la doctrine islamique depuis le deuxième siècle de l'hégire en considérant que l'indexation génère le « *ribâ al fadl* » et le « *ribâ an-nassia* ».

indemnités. Elles sont qualifiées de *ribâ* en droit musulman du fait de l'alourdissement de la dette du client. Certains jurisconsultes musulmans considèrent que les indemnités pour remboursement anticipé génèrent à rebours du *ribâ* parce que les parties au contrat donnent au temps un prix qui se traduit par un avantage pécuniaire consenti seulement au prêteur¹¹⁰⁰.

En outre, il existe cependant une interrogation d'une autre nature pour savoir si la réduction du montant de la dette, en cas de remboursement anticipé, génère du *ribâ*.

417. – La genèse à rebours de l'intérêt ? La réduction du montant de la dette en contrepartie du remboursement anticipé ne génère pas à rebours du *ribâ* lorsqu'elle est initiée par le prêteur en proposant de diminuer la somme empruntée. Les deux parties peuvent être avantagées : le prêteur fait une telle offre pour ses besoins de trésorerie, et l'emprunteur disposant de sommes d'argent suffisantes voit la réduction du montant de sa dette¹¹⁰¹. Mais, des auteurs ont estimé que quand bien même le prêt n'est pas grevé d'un intérêt, une telle pratique serait prohibée. Selon M. Ibn Fawzan, cette présomption d'interdiction ne se justifie pas puisque l'équilibre contractuel est préservé du fait que chacune des parties tire un avantage qui n'est pas *ribawi*. L'auteur écarte la preuve *diabolica* qui se fondait non pas sur des arguments juridiques, mais sur des assertions lexicales. L'assimilation de la réduction de la dette en cas de paiement anticipé en une pratique usuraire tient de la mauvaise utilisation de l'analogie. Le fait de réduire la dette en contrepartie du remboursement anticipé n'est pas semblable à l'augmentation numéraire du montant de la dette (cas du paiement des indemnités). Il n'existe pas d'analogie entre ces deux pratiques, mais une permutation qui brouille la piste : le premier cas relève de l'allègement des obligations des parties alors que le second tend à l'alourdir, voire à aggraver la situation de la personne endettée sans qu'elle n'obtienne un avantage. De fait, l'avantage dont il est question ne peut s'analyser en un surplus interdit. Or, « *en pratique, une clause est généralement insérée dans le contrat de Mourabaha afin de préciser soit le montant, soit le pourcentage de la remise consentie en cas de paiement par anticipation de la totalité du prix de revente. Toutefois, en vertu de la Charia, c'est l'intermédiaire financier qui garde la liberté d'offrir*

¹⁰⁹⁹ H. Döndüren, op. cit., p. 142.

¹¹⁰⁰ Voir notamment Ibn Abî Zayd Al-Qayrawani (jurisconsulte, m. en 996), *La Risâla ou Epître sur les éléments du dogme et de la loi de l'Islam selon le rite malékite*, texte en arabe et traduit en français par Léon Brecher, Bibliothèque Arabe-Française, 4^{ème} édition, 1951, p. 207 ; S. Ibn Fawzan al-Fawzan, op. cit., p. 49-56.

¹¹⁰¹ S. Ibn Fawzan al-Fawzan, op. cit., p. 53 : Ibn Ruchd (Averroès) est claire à ce sujet : « *Chacune des deux parties en a tiré profit et il n'y a pas d'intérêt (...) ni concrètement, ni même d'un point de vue terminologique. En effet, l'intérêt désigne le surplus ; or, il n'y en a pas* » ; voir également H. Döndüren, op. cit., p. 603.

ou non une telle remise à l'acheteur final »¹¹⁰². Lorsque cette pratique sert à faciliter les engagements des parties ou à les décharger, sa prise en compte serait licite, si l'intention frauduleuse est absente et si sa mise en œuvre ne relève d'aucun détournement¹¹⁰³ : Rien ne s'oppose à une partie de se décharger d'un engagement auquel son cocontractant a donné son aval.

Toutefois, il faut distinguer la réduction du montant de la dette de l'alourdissement de la dette en cas de remboursement anticipé.

418. – Régime juridique français. Le droit musulman et le droit français semblent partager la même règle. L'article L. 311-22 du Code de la consommation prévoit le cas du remboursement anticipé qui s'accompagne des conséquences normalement attendues quant aux paiements des intérêts : *« l'emprunteur peut toujours, à son initiative, rembourser par anticipation, en partie ou en totalité, le crédit qui lui a été consenti. Dans ce cas, les intérêts et frais afférents à la durée résiduelle du contrat de crédit ne sont pas dus »*. Cette disposition ajoutée par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 apporte une autre précision qui n'existait pas dans la dernière version. En effet, elle interdit la perception de tout intérêt ou frais qui dépendraient du montant de la dette non encore remboursé. Elle interdit également, en vertu de son alinéa 3 *qu'*« aucune indemnité de remboursement anticipé ne peut être réclamée à l'emprunteur dans les cas suivants :

« 1° En cas d'autorisation de découvert ;

« 2° Si le remboursement anticipé a été effectué en exécution d'un contrat d'assurance destiné à garantir le remboursement du crédit ;

« 3° Si le remboursement anticipé intervient dans une période où le taux débiteur n'est pas fixe ;

« 4° Si le crédit est un crédit renouvelable au sens de l'article L. 311-16.

« Dans les autres cas, lorsque le montant du remboursement anticipé est supérieur à un seuil fixé par décret, le prêteur peut exiger une indemnité qui ne peut dépasser 1 % du montant du crédit faisant l'objet du remboursement anticipé si le délai entre le remboursement anticipé et la date de fin du contrat de crédit est supérieur à un an. Si le délai ne dépasse pas un an, l'indemnité ne peut pas dépasser 0,5 % du montant du crédit faisant l'objet d'un remboursement anticipé. En aucun cas l'indemnité éventuelle ne peut dépasser le montant des intérêts que l'emprunteur aurait payés durant

¹¹⁰² *Finance islamique et immobilier en France, Comprendre pour agir*, Livre blanc préc., p. 79.

¹¹⁰³ S. Ibn Fawzan al-Fawzan, op. cit., p. 55-56.

la période comprise entre le remboursement anticipé et la date de fin du contrat de crédit convenue initialement.

« Aucune indemnité autre que celle mentionnée au présent article ni aucuns frais ne peuvent être mis à la charge de l'emprunteur en cas de remboursement par anticipation ». De cette façon, le droit français encadre très précisément les indemnités dues en cas de remboursement anticipé. Le Code de la consommation régit aussi les cas de remboursement anticipé en matière de crédits immobiliers, règle assortie d'une interdiction de paiement des indemnités dans les cas de changement significatif de la situation du débiteur¹¹⁰⁴.

Il existe donc un plancher à partir duquel un emprunteur peut rembourser de manière anticipée. En effet, le banquier peut refuser un remboursement qui est inférieur à un montant minimum, montant fixé par décret qui est égal à trois fois celui de la première échéance non échue. En matière de prêt immobilier, le plancher est de 10% du montant initial du prêt à moins qu'il s'agisse du solde. L'indemnité ne peut excéder, en vertu de l'article R. 312-2 du Code de la consommation, à la fois ni la valeur d'un semestre d'intérêts, ni 3% du capital restant dû¹¹⁰⁵.

Toutefois, l'article L. 311-22-1 dispose que « l'article L. 311-22 ne s'applique pas aux opérations de location avec option d'achat ».

419. – Les indemnités pour remboursement anticipé de droit français génère du ribâ. Si le droit français admet le principe du paiement des indemnités en cas de remboursement anticipé, le droit musulman maintient une incertitude.

¹¹⁰⁴ Articles L. 312-21 du Code de la consommation : « L'emprunteur peut toujours, à son initiative, rembourser par anticipation, en partie ou en totalité, les prêts régis par les sections 1 à 3 du présent chapitre. Le contrat de prêt peut interdire les remboursements égaux ou inférieurs à 10 % du montant initial du prêt, sauf s'il s'agit de son solde.

« Si le contrat de prêt comporte une clause aux termes de laquelle, en cas de remboursement par anticipation, le prêteur est en droit d'exiger une indemnité au titre des intérêts non encore échus, celle-ci ne peut, sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil, excéder un montant qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat, est fixé suivant un barème déterminé par décret.

« Pour les contrats conclus à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière, aucune indemnité n'est due par l'emprunteur en cas de remboursement par anticipation lorsque le remboursement est motivé par la vente du bien immobilier faisant suite à un changement du lieu d'activité professionnelle de l'emprunteur ou de son conjoint, par le décès ou par la cessation forcée de l'activité professionnelle de ces derniers » ; voir aussi J. Dubos, *Intérêts et commissions : Cours, capitalisation et paiement des intérêts*, art. préc., n° 19 à 22.

¹¹⁰⁵ L'alinéa 2 de cet article précise que si un contrat de prêt est assorti de taux d'intérêts différents selon les périodes de remboursement, l'indemnité prévue à l'alinéa précédent peut être majorée de la somme permettant d'assurer au prêteur, sur la durée courue depuis l'origine, le taux moyen prévu lors de l'octroi du prêt. Il faut bien distinguer ici la stipulation d'un taux variable de la stipulation des taux différents selon des périodes définies (Cass. Civ 1^{ère}, 5 mai 2004, bull. civ. I, n° 126).

La clause stipulant une indemnité pour le remboursement anticipé d'un prêt ne peut être considérée comme une clause pénale puisque le remboursement ne constitue pas de la part de l'emprunteur une inexécution du contrat¹¹⁰⁶, mais de rétablir un taux moyen constant¹¹⁰⁷. Il s'agira de l'exercice d'une faculté convenue entre les parties.

Néanmoins, les indemnités pour remboursement anticipé peuvent parfois être assimilées à une clause pénale par les juges français¹¹⁰⁸. N'est-il pas dérangeant de se voir pénaliser du fait de l'anticipation des échéances ? Le remboursement anticipé « *lui cause un préjudice (...) en déjouant ses prévisions, le capital prêté n'ayant, en effet, plus le même rendement* »¹¹⁰⁹. De telle pratique ne sont pas valables en droit musulman car le montant de la dette doit rester intangible en toute circonstance. Ces indemnités sont du *ribâ* lorsqu'elles alourdissent la dette de l'emprunteur bien que les intérêts ne soient plus exigibles pour les échéances prévues initialement. C'est pourquoi les parties à un contrat de crédit islamique devront écarter la permission accordée par le droit français, notamment du fait qu'aucune disposition n'impose son insertion dans un contrat de crédit. Et si la convention de crédit islamique prévoit des indemnités, ces dernières doivent être reversées à une œuvre de charité.

Les mêmes interrogations se retrouvent en matière de paiement des indemnités en cas de défaillance de l'emprunteur.

c) La genèse du « *ribâ* » et le versement des indemnités en cas de défaillance de l'emprunteur

420. – Deux conceptions différentes ? En droit musulman, le principe est que les indemnités dues par un emprunteur en cas de défaillance sont interdites malgré leur perception par les banques islamiques (α). Alors que le droit français le permet mais dont le régime juridique est bien délimité, régime applicable aux crédits islamiques (β).

¹¹⁰⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 24 novembre 1993, Defrénois 1994. 800 obs. D. Mazeaud ; R.T.D. civ., 1994, p. 857, obs. Mestre.

¹¹⁰⁷ Cass. 2^{ème} civ., 2 décembre 1992, Bull. civ., n° 301.

¹¹⁰⁸ CA Paris, 4 avril 1990, Revue dr. Banc. et fin., n° 23, p. 21, obs. Crédot et Gérard.

α) Le régime juridique musulman des indemnités en cas de défaillance de l'emprunteur

421. – Deux situations à envisager. Il existe deux cas de perception d'indemnités en cas de défaillance : d'une part, celles dues en cas de retard de paiement, et d'autre part, celles dues en cas de défaillance définitive. Selon un auteur, les banquiers islamiques ne doivent percevoir ni des intérêts lucratifs (*usura*), ni des intérêts dit compensatoires (*interesse*)¹¹⁰, ce qui permet de distinguer les pénalités de retard et les « véritables indemnités » en cas de défaillance. Ainsi, le régime n'est pas identique selon la nature des crédits.

422. – Interdiction de principe. Lorsque l'emprunteur ne rembourse pas une ou plusieurs mensualités, il ne doit pas payer, en droit musulman, des pénalités de retard. Cette règle se fonde notamment sur le Coran et la Souna. Le verset 280 de la deuxième Sourate exhorte les prêteurs de la manière suivante : « *à qui est dans la gêne, sursis jusqu'à l'aisance. Mais il est mieux pour vous de faire remise, si vous saviez* ». Deux Traditions de Mohamed complètent ce verset : d'une part « *Dieu vous a interdit (...) de refuser d'acquitter ce que vous devez et de demander ce qui ne vous ai pas dû* », et d'autre part « *l'homme solvable qui tarde à s'acquitter commet une iniquité* »¹¹¹. Si le débiteur contrevient à ces textes, il commet une faute.

En se fondant sur ces textes, une résolution des 22 et 28 décembre 1985 du Conseil de l'Académie du *Fiqh* a décidé que « *toute augmentation pécuniaire du capital prêté ajouté à la dette non remboursée à son échéance pour insolvabilité du débiteur contre la prorogation du délai est invalide* »¹¹² en se fondant toujours sur le verset 280 de la deuxième Sourate. Au regard d'une traduction inexacte, il convient de comprendre cette règle comme une interdiction de toute forme de pénalités, ou d'indemnités en cas de défaillance d'un emprunteur.

423. – Tempéraments. Il faut distinguer deux situations. Premièrement, la légalité islamique de telles indemnités est soumise à une casuistique. Il faut d'abord rechercher les raisons de la défaillance du client. Si elles sont circonstanciées ou conjoncturelles, le verset 280 de la deuxième

¹¹⁰⁹ S. Piedelièvre, *Intérêts des capitaux*, préc., n° 78 ; J. Dubos, art. préc., n° 22 : la clause pénale est souvent stipulée dans les contrats afin de prévenir un manque à gagner.

¹¹¹⁰ J.B. Heinrich, art. préc., p. 1135.

¹¹¹¹ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 348 et suivants.

Sourate enjoint au créancier d'être indulgent à l'égard de son débiteur en accordant un délai supplémentaire de paiement. Dans d'autres situations, les malékites jugent qu'une indemnisation du banquier est envisageable si le client n'avance aucune justification satisfaisante. Lorsqu'un débiteur manque à son engagement, son créancier peut exiger une indemnité fixée à l'avance.

Tout nouveau délai qui est accordé ne peut pas être conditionné par une charge financière supplémentaire. En fonction du type de crédit, il n'est pas permis de les percevoir dans le crédit *mourabaha*¹¹¹³ et *ijara*¹¹¹⁴ alors que le retard de livraison dans les crédits *istisna* peut conduire à une réduction du montant de la créance due par le maître d'œuvre¹¹¹⁵.

Les banques islamiques les perçoivent pour tous les formes de crédit, à condition de les verser à une œuvre de charité au nom du débiteur. Avant de les percevoir, elles peuvent octroyer un sursis, voire une remise conformément à la prescription coranique citée plus haut¹¹¹⁶.

Il est aussi fréquent de voir des clauses de remise de prix en cas d'absence de retard de paiement dans les contrats de financement islamique¹¹¹⁷ si le montant des échéanciers a été surévalué. C'est une sorte de fausse ristourne.

424. – Conformité islamique de la clause pénale. Dans la mesure où le droit musulman exige un équilibre contractuel, ainsi qu'une équivalence des prestations fortement teintées d'équité, seule la faute intentionnelle de l'une des parties devrait conduire à une sanction pécuniaire¹¹¹⁸. Toutefois, cette conception justifierait la stipulation d'une clause pénale parce qu'elle présente un caractère dissuasif selon la jurisprudence française. Cette clause « *n'a pas pour objet exclusif de réparer les conséquences d'un manquement à la convention mais aussi de contraindre le débiteur à exécution* »¹¹¹⁹. Cette analyse est actuellement partagée par les juristes musulmans, et les banques islamiques peuvent stipuler une clause qui prévoit la perception d'une indemnité qui peut être calculée en prenant comme référence les sommes indues et auxquelles la banque applique un

¹¹¹² H. A. Al-Amine, *Statut légal (hukm) des transactions bancaires avec intérêt*, op. cit., p. 49-50.

¹¹¹³ Articles 4/4, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*: « *It is permissible to agree on the payment of the price of the item under Murabaha to the purchase orderer either by short or long term instalments, and the selling price of the asset becomes a debt that the customer is obligated to pay at the time agreed upon. It is not permitted subsequently to demand any extra payment either in consideration of extra time given for payment or for delay in payment that may be for a reason or no reason* ».

¹¹¹⁴ Article 6/3, Sharia Standard de l'AAOIFI, *Ijara and Ijara Munatahia biltamleek*.

¹¹¹⁵ M. T. Usmani, op. cit., p. 124.

¹¹¹⁶ Sourate II, verset 280 du Coran.

¹¹¹⁷ C.-J. Serhal, *La finance islamique : Une intégration possible dans le système bancaire français*, art. préc., p. 42.

¹¹¹⁸ P. Grangereau et M. Haroun, art. préc., p. 61-62.

¹¹¹⁹ Com, 29 janvier 1991, Bull. civ., IV, n° 43.

taux. Le taux de référence peut être par exemple celui du marché monétaire islamique pratiqué par les autorités Malaisiennes¹¹²⁰. Une telle clause peut être qualifiée de clause pénale au sens de l'article 1226 du Code civil lequel peut également comprendre la condition selon laquelle ces pénalités doivent être reversées à une œuvre de charité.

Bien que la majorité des juristes musulmans estiment que lesdites sommes doivent être en totalité versées à une œuvre de charité, ceux de Malaisie indiquent que les sommes perçues peuvent constituer une indemnisation licite au profit de la banque islamique, si elle compense les frais engendrés par la défaillance du client. Nous préférons cette dernière position dans la mesure où il faut faire la distinction entre la genèse du *ribâ* et l'indemnisation d'un préjudice. Si le *ribâ* résulte d'une stipulation qui accroît le revenu d'un créancier sans justification sérieuse, le surplus perçu par la banque en cas de préjudice doit être justifié par la couverture des frais engendrés par la défaillance du client. Il peut même être question d'un forfait tant que la somme compense véritablement ces frais. Comment ces pratiques peuvent-elles être encadrées par le droit français ?

β) L'application du régime juridique français des indemnités en cas de défaillance de l'emprunteur

425. – Distinction en fonction de la nature de la mise à disposition de fonds. Le droit français pose un principe de permission de percevoir des indemnités en fonction de la nature du crédit. L'article L. 311-23 du Code de la consommation dispose qu'« aucune indemnité ni aucun frais autres que ceux mentionnés aux articles L. 311-24 et L. 311-25 ne peuvent être mis à la charge de l'emprunteur dans les cas de défaillance prévus par ces articles ». Les deux articles cités régissent respectivement le crédit à la consommation et la location assortie d'une option d'achat.

Plus précisément, l'article L. 311-24 du Code de la consommation dispose qu'« en cas de défaillance de l'emprunteur, le prêteur pourra exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, majoré des intérêts échus mais non payés. Jusqu'à la date du règlement effectif, les sommes restant dues produisent les intérêts de retard à un taux égal à celui du prêt ». Le droit français est plus rigoureux à l'égard de l'emprunteur que le droit musulman. Cet article prévoit donc le

¹¹²⁰ Par exemple celui de la banque centrale Malaisienne qui admet une telle clause avec un taux de 1% (ISRA, *Bay Bithaman ajil* (BBA), http://isra.my/index.php?option=com_content&view=article&id=224&Itemid=72).

remboursement intégral des sommes avancées augmentées d'intérêt, ce qui n'est pas acceptable par la loi islamique. Toutefois, cette disposition offre une faculté au banquier d'exiger le remboursement intégral, ce qui permet alors au dispensateur de crédits islamiques de ne pas l'appliquer.

Cette permission concerne aussi la location assortie d'une option d'achat ou de location-vente. L'article L. 311-25 dispose qu'« *en cas de défaillance dans l'exécution, par l'emprunteur, d'un contrat de location assorti d'une promesse de vente ou d'un contrat de location-vente, le prêteur est en droit d'exiger, outre la restitution du bien et le paiement des loyers échus et non réglés, une indemnité qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat et sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil, sera fixée suivant un barème déterminé par décret* ». À l'instar de l'article précédent, la sanction est également lourde parce que le prêteur peut réclamer le bien loué ainsi qu'une indemnité. Cette disposition peut aussi être écartée pour les crédits *ijara*.

Néanmoins, la règle énoncée à l'article L. 311-23 du Code de la consommation qui dispose que « *le prêteur pourra réclamer à l'emprunteur, en cas de défaillance de celui-ci, le remboursement des frais taxables qui lui auront été occasionnés par cette défaillance, à l'exclusion de tout remboursement forfaitaire de frais de recouvrement* ».

Il faut aussi effectuer les mêmes distinctions en matière de crédit immobilier. S'appliquera alors aux crédits islamiques l'article L. 312-22 du même Code¹¹²¹ en matière de crédit immobilier¹¹²², et l'article L. 312-29 en matière de location-vente ou de location assortie d'une option d'achat¹¹²³.

De plus, le droit français impose certaines obligations au banquier avant que les précédentes dispositions s'appliquent. Le banquier doit informer son client défaillant en vertu de L. 311-22-2¹¹²⁴, obligation qui s'étend à la souscription d'assurance selon l'article L. 311-22-3¹¹²⁵.

¹¹²¹ « *En cas de défaillance de l'emprunteur et lorsque le prêteur n'exige pas le remboursement immédiat du capital restant dû, il peut majorer, dans des limites fixées par décret, le taux d'intérêt que l'emprunteur aura à payer jusqu'à ce qu'il ait repris le cours normal des échéances contractuelles. Lorsque le prêteur est amené à demander la résolution du contrat, il peut exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, ainsi que le paiement des intérêts échus. Jusqu'à la date du règlement effectif, les sommes restant dues produisent des intérêts de retard à un taux égal à celui du prêt. En outre, le prêteur peut demander à l'emprunteur défaillant une indemnité qui, sans préjudice de l'application des articles 1152 et 1231 du code civil, ne peut excéder un montant qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat, est fixé suivant un barème déterminé par décret* ».

¹¹²² L'article R. 312-3 du Code de la consommation dispose que la majoration du taux prévue à l'article L. 312-22 ne peut pas excéder trois points d'intérêt.

¹¹²³ L'article R. 312-4 du Code de la consommation dispose que la majoration du taux prévue à l'article L. 312-29 ne peut pas excéder 2% de la part des versements correspondants à la valeur en capital du bien à effectuer jusqu'à la date prévue du transfert de propriété.

¹¹²⁴ « *Dès le premier manquement de l'emprunteur à son obligation de rembourser, le prêteur est tenu d'informer celui-ci des risques qu'il encourt au titre des articles L. 311-24 et L. 311-25 du présent code ainsi que, le cas échéant, au titre de l'article L. 141-3 du code des assurances.* »

426. – Révision de la clause pénale par le juge français. La clause pénale peut être révisée par le juge en vertu de l'article 1152 du Code civil. Si l'article 1226 dispose que « *la clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* », l'article 1152 précise les contours de la peine « *lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ». Dans un arrêt de la Cour d'appel de Colmar, les juges ont réduit les pénalités qui apparaissaient manifestement excessives dans une situation d'incohérence et d'incertitude sur le taux des intérêts. Bien que le taux EURIBOR n'a pas été fourni à la Cour, il a été indiqué, sur l'observation du rapporteur, que ce taux était publié au Journal des Banques, mais cette publication n'est pas arrivée à la Cour et qu'il est peu probable qu'elle le soit à l'Huissier de Justice chargé de l'exécution¹¹²⁶.

Est-ce que les articles L. 311-30 (crédit mobilier) et L. 312-22 (crédit immobilier) du Code de la consommation dont les taux des indemnités en cas de défaillance du client sont fixés par les articles D. 311-11 et R. 312-2 du même Code s'appliqueront entièrement en matière de crédit islamique ? Quand bien même elles seront reversées à une œuvre de charité, ces dispositions devront l'être notamment pour limiter le montant des indemnités. Toutefois, le dispensateur de crédit islamique n'est pas obligé d'appliquer lesdits taux. Il peut retenir des taux plus bas pour ne pas alourdir les charges pécuniaires d'un emprunteur défaillant.

Lorsqu'un contrat de crédit islamique comprend une clause *ribawi*, les parties peuvent agir en action pour demander sa nullité. Des actions ont été intentées dans différents pays, ce qui peut orienter le juge français.

« Cette alerte ne fait pas obstacle à ce que, si les difficultés de remboursement ne sont pas rapidement résolues, le prêteur puisse régler de manière temporaire et pour une durée fixée par lui la cotisation d'assurance du crédit pour lequel des impayés ont été constatés, afin de permettre le maintien de la couverture assurantielle ».

¹¹²⁵ « Lorsque la souscription d'une assurance a été exigée par le prêteur et que l'emprunteur a souscrit une assurance auprès de l'assureur de son choix, celui-ci est tenu d'informer le prêteur du non-paiement par l'emprunteur de sa prime d'assurance ou de toute modification substantielle du contrat d'assurance ».

¹¹²⁶ CA Colmar, Première Chambre civile, 27 décembre 2006, non publiée, mais archivée par nos soins.

d) La nullité des clauses « *ribawi* » dans les crédits islamiques

427. – Nullité selon la nature de la clause. Si le principe de la nullité de la clause d'intérêt est bien posé, les autres clauses de nature *ribawi* posent des difficultés. La clause d'indexation n'est pas nulle pour tous les types de crédit : seul le contrat de crédit *ijara* peut la stipuler.

Les clauses prévoyant des indemnités en cas de défaillance du client sont en principe nulles, mais elles sont tolérées pour que le client exécute ses engagements. Par contre, les indemnités en cas de remboursement anticipé ne sont pas tolérées.

Selon les cas, les parties peuvent invoquer, en droit français, l'application des sanctions exposées plus haut. La véritable difficulté concerne les clauses dissimulant de l'intérêt.

428. – Sanction du défaut de stipulation de l'intérêt et du TEG. Étant donné que la stipulation de l'intérêt est permise en droit français, la nullité n'est encourue que si l'intérêt n'est pas mentionné dans un écrit, ou encore, si le TEG fait défaut ou s'il est erroné¹¹²⁷.

Si la combinaison des articles 1907 du Code civil et de l'article L. 313-2 du Code de la consommation exige la mention écrite de l'intérêt, ainsi que de son taux, MM. Gavalda et Stoufflet affirment que « *la fixation par écrit du taux n'est pas exigée seulement pour le prêt au sens étroit du terme, mais pour toute forme de crédit au sens de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier* »¹¹²⁸. Ils précisent que l'« *indication dans un écrit du TEG est une mention substantielle prescrite ad validitatem et non seulement à titre de preuve. C'est bien un taux qui doit être mentionné et pas seulement le mode de calcul de l'intérêt. La mention doit figurer dans un document contractuel* »¹¹²⁹. Le manquement à cette obligation de mentionner le taux, et le TEG, est sanctionné par la nullité relative soumise à la prescription quinquennale¹¹³⁰. Cette sanction est encourue tant pour les crédits aux particuliers qu'aux professionnels¹¹³¹. Pour les premiers, le TEG figure dans l'offre préalable de crédit.

¹¹²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2006, JCP 2006, IV 1732 ; D. 2006, p. 913 ; Rev. dr. banc ; et fin., mai-juin 2006, p. 16, obs. Crédot et Samin.

¹¹²⁸ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 561.

¹¹²⁹ Idem ; voir aussi Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 957.

¹¹³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 24 septembre 2002, D. 2003, AJ, p. 369.

¹¹³¹ Cass. 1^{ère} civ., 22 janvier 2002, Bull. civ. I, n° 23 ; Cass. com., 5 octobre 2004, JCP 2004, IV, n° 3177.

La nullité est également encourue en cas de mention d'un TEG erroné. L'emprunteur ne sera obligé que pour le TEG indiqué¹¹³². « Dans le cas inverse – le moins vraisemblable en pratique – l'emprunteur pourra exiger un nouveau calcul du taux s'il existe un risque de perception excessive »¹¹³³. Dès lors, on doit s'interroger sur les conséquences de l'absence de stipulation de l'intérêt dans les crédits islamiques.

429. – Causes de la nullité des clauses « ribawi » en droit français. Plus généralement, les juges français peuvent-ils trancher un litige où les parties invoquent la nullité de la clause qui est « ribawi » bien qu'elle ne soit ni une condition de formation du contrat, ni une condition de validité du contrat de crédit ? Il serait audacieux d'admettre que la stipulation d'une telle clause soit une condition de validité ou de formalité du contrat de crédit islamique régi par le droit français. Toutefois, ce recours est recevable si une partie invoque un vice du consentement.

Bien que le contrat de crédit islamique ne stipule pas de l'intérêt, il nous semble qu'il doit cependant indiquer un taux de profit, qui intègre le TEG¹¹³⁴. Les dispositions de droit commun sont suffisamment précises pour envisager l'annulation d'une telle clause. MM. Malaurie, Aynès et Gautier indiquent à juste titre que « si le formalisme n'est pas respecté, ou mal respecté – l'une des mentions est inexacte (par ex. : discordance entre le tableau d'amortissement et le TEG indiqué) – le droit commun (vice du consentement, responsabilité, interprétation de volonté...) conserve son empire ». Par exemple, l'erreur sur le montant des mensualités de remboursement peut conduire à annuler le contrat lorsque cette erreur est déterminante¹¹³⁵. De plus, la banque doit rapporter la preuve de la fourniture des informations sur les avantages et les inconvénients du choix entre le recours au crédit et l'épargne figurant sur les autres comptes¹¹³⁶.

Dans la mesure où le droit de la consommation postule que le consommateur, en état d'infériorité, peut être dans une situation d'« inégalité d'information », l'erreur-obstacle (*malentendu radical*) ne vicie pas le consentement, mais le détruit parce qu'elle « résulte d'une absence totale de

¹¹³² Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2006, JCP 2006, IV, n° 1732 ; voir aussi C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 562.

¹¹³³ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 562.

¹¹³⁴ Voir infra, n° 466 – 467.

¹¹³⁵ CA Paris, 15^{ème} Ch., sect. B, 18 février 1993, BNP c/ M. Ghosch, LPA 24 sept. 1993, p. 10, note M. Martin.

¹¹³⁶ Poitiers, ch. Civ., 19 février 2008, CRCAM Charentes C/ Grimaldi, jurisdata, n° 2008.367325, R.T.D.com., Chronique crédit et titres de crédit, Dominique Legeais, octobre / décembre 2008, p. 831. Concernant la portée du devoir d'éclairer de l'établissement de crédit : Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005, Grimaldi, JCP E 2005, 1359, note Dominique Legeais, R.T.D.com 2005. 820, DL, Banque et Droit 2005, n° 104, p. 81, note Th. Bonneau, Rev. dr. banc. et fin., p. 203, F. Crédot et Y. Gérard.

compréhension de [l'] engagement de l'emprunteur. En d'autres termes, « ces études sont une sorte de démonstration en acte de ce que l'articulation du droit commun et des règles spéciales s'apprécie nécessairement au cas par cas »¹¹³⁷. Le juge peut alors prononcer la nullité d'un acte dont les volontés qui paraissent concordantes mais dissimulent un malentendu. Le formalisme informatif du droit de la consommation prévient les erreurs, bien qu'elle ne les guérissent pas.

Par exemple, la nullité peut être invoquée en matière de crédit *mourabaha* si le contrat n'indique ni le prix d'achat du bien ni la marge bénéficiaire ou encore si le contrat prévoit des pénalités de retard dont la destination est inconnue ou encore de manière générale toute stipulation qui rende le contrat non conforme à la loi islamique dans un cadre juridique français.

Il en ira de même pour le crédit *ijara* pour ces mêmes raisons, ainsi que pour les crédits participatifs dont la clé de répartition des profits et des pertes n'est pas connue au moment de la conclusion du contrat, ou qu'une clause de perception d'un profit fixe est prévue. Ce serait aussi le cas pour le crédit *salam* lorsque le contrat de crédit ne mentionne pas la nature, la qualité et la quantité du bien ou le prix de vente. De même, lorsque le lien de dépendance contractuelle est avérée entre le contrat de *salam* et celui du *salam* parallèle¹¹³⁸.

Par contre, il sera plus délicat d'invoquer l'illicéité de l'objet de la convention de crédit islamique en droit français, à moins de démontrer que l'objet n'est pas conforme à l'économie générale du contrat de crédit islamique.

Outre la nullité, la responsabilité du dispensateur de crédit islamique en droit français présente des difficultés d'encadrement¹¹³⁹.

¹¹³⁷ A. Danis-Fatôme, *L'absence de consentement et le crédit à la consommation*, in « *Droit commun et crédit aux particuliers* », Revue de dr. banc. et fin., mai juin 2004, Introduction de X. Lagarde, p. 216 - 217.

¹¹³⁸ Voir supra les cas de non-conformité islamique, n° 239.

¹¹³⁹ Notamment à la suite d'une annulation dont le fondement de cette responsabilité délictuelle, voir Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 433 – 436.

C) La responsabilité contractuelle des dispensateurs de crédit islamique en droit français

430. – Choix de la responsabilité contractuelle. La question de la responsabilité bancaire est importante au regard du nombre de décisions rendues par les tribunaux¹¹⁴⁰. Plus spécifiquement, la responsabilité contractuelle du dispensateur du crédit islamique peut être recherchée pour les fautes qu'il aurait commises à l'égard du client¹¹⁴¹, non seulement en raison de la genèse du *ribâ*, mais également en raison d'une mauvaise structuration du crédit (2). Il convient auparavant de connaître les causes « classiques » de sa responsabilité en droit français, causes devant être transposées au crédit islamique (1).

1) Les causes de responsabilité du dispensateur de crédit islamique envers son client

431. – Fondement juridique. La responsabilité contractuelle pèse sur le banquier et sur son client lorsqu'ils manquent à leurs obligations. Le manquement du banquier peut conduire à une responsabilité contractuelle fondée sur l'article 1147 du Code civil¹¹⁴² : « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêt, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ». Classiquement, cette responsabilité résulte soit d'une inexécution d'une obligation ou d'un devoir du

¹¹⁴⁰ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 732 à 743-1 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 308 à 314, et n° 597 à 632, R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, op. cit., n° 020. à 022.31.

Pour le régime commun de la responsabilité, voir Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} édition, 2011, n° 933 et 1011 ; Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 559 à 672 (pour la responsabilité contractuelle) et n° 673 à 1025 (pour la responsabilité délictuelle).

¹¹⁴¹ Par contre, ne seront pas exposées d'une part, la responsabilité du banquier envers la caution, et d'autre part, celle pouvant être recherchée lors d'une procédure collective parce que nos développements se concentrent sur les droits et les obligations résultant d'une convention de crédit. Voir cependant C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 550 à 568 pour la responsabilité du banquier envers les créanciers.

¹¹⁴² C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 569.

banquier, soit un retard dans leur exécution. Plus précisément, un banquier peut manquer à son obligation d'informer le client sur les conditions de formation et d'exécution du contrat de crédit, obligation qui doit être distinguée du devoir de conseil et de mise en garde¹¹⁴³ ainsi que du devoir de vigilance et de non-ingérence¹¹⁴⁴.

Pour rechercher la responsabilité du banquier, son manquement doit être caractérisé : « *le client ne saurait reprocher au banquier prêteur de lui avoir consenti un crédit ne correspondant pas à ses besoins ou à ses capacités que si l'erreur de choix est grossière et si la banque a pu en avoir conscience tandis que le client ne disposait pas des moyens d'appréciation appropriés* »¹¹⁴⁵. Ce serait le cas pour le dispensateur de crédit islamique lorsque le contrat produirait du *ribâ* du fait par exemple de conférer les mêmes caractéristiques de l'intérêt à la marge bénéficiaire (mode de calcul identique à l'intérêt composé, stipulation de pénalité de retard dont la destination est inconnue, stipulation de profit fixe dans les financements participatifs), ainsi que lorsque le crédit est mal structuré de sorte que l'adossement aux différents contrats ne reflète pas les règles devant les régir. Le premier stade de l'engagement bancaire est la fourniture des informations claires et précises notamment sur la nature du crédit, sa durée, et le taux d'intérêt, obligation qui doit être transposée pour les mises à disposition islamique de fonds.

432. – Obligation d'information en matière de crédit à la consommation. Selon M. Bonneau, l'information est, et générale, et particulière¹¹⁴⁶ : la générale est prévue par l'article L. 311-6 pour les crédits à la consommation ; la seconde dans l'offre préalable¹¹⁴⁷.

¹¹⁴³ Ibidem, op. cit., n° 493 : « *les parties à une convention de crédit doivent, comme tout contractant, agir loyalement et certains manquements à cette obligation pourraient, sous la qualification de dol, constituer, selon le droit commun, une cause d'annulation du contrat. Plus spécifique est l'obligation pour la banque, sollicitée aux fins d'ouvrir un crédit, d'informer le client sur l'opération, ses caractéristiques et, si besoin est, sa technique, de le mettre en garde contre les risques courus, voire de lui donner les conseils appropriés, par exemple, sur l'opportunité de contracter une assurance* ».

¹¹⁴⁴ Idem : « *le devoir d'information et de conseil est limité par le principe de non-ingérence du banquier dans les affaires de son client à qui il n'a pas à se substituer* ».

¹¹⁴⁵ Idem.

¹¹⁴⁶ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 706.

¹¹⁴⁷ La section 6 intitulé « *informations mentionnées dans le contrat* » du premier chapitre sur le crédit à la consommation du troisième livre sur l'endettement contenu dans la partie législative du Code de la consommation, contient les articles L. 311-18 à L. 311-19 qui exigent que le contrat soit établi par écrit ou tout support durable, ainsi que les informations sur la souscription d'une assurance.

On retrouve cette même exigence à l'article L. 312-5 du même Code : « *Tout document publicitaire ou tout document d'information remis à l'emprunteur et portant sur l'une des opérations visées à l'article L. 312-2 doit mentionner que l'emprunteur dispose d'un délai de réflexion de dix jours, que la vente est subordonnée à l'obtention du prêt et que si celui-ci n'est pas obtenu, le vendeur doit lui rembourser les sommes versées* ».

En vertu de l'article L. 311-6 du Code de la consommation, les informations doivent être suffisamment claires et précises¹¹⁴⁸ pour que le client puisse comparer différents crédits tout en appréhendant « *clairement l'étendue de son engagement* »¹¹⁴⁹. Le banquier doit également fournir, selon la même disposition, une « *fiche d'information* » qu'« *un décret en Conseil d'Etat fixe la liste et le contenu des informations devant [y] figurer pour chaque offre de crédit ainsi que les conditions de sa présentation. Cette fiche d'informations comporte, en caractères lisibles, la mention visée au dernier alinéa de l'article L. 311-5*¹¹⁵⁰ »¹¹⁵¹.

Cette obligation d'information se matérialise aussi par la fourniture d'une offre préalable de crédit, laquelle peut être complétée par un autre document donnant plus d'information à l'emprunteur¹¹⁵².

Il en est de même en matière de crédit immobilier.

432. – Obligation d'information en matière de crédit immobilier. En matière de crédit immobilier, ce sont les articles L. 312-7 du Code de la consommation (gratuité de transmettre l'offre préalable), L. 312-8 (contenu de l'offre)¹¹⁵³ et L. 312-9 (sur la souscription d'une assurance,

¹¹⁴⁸ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 264 – 265, Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 417-2 – 419.

¹¹⁴⁹ « *I. - Préalablement à la conclusion du contrat de crédit, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit donne à l'emprunteur, par écrit ou sur un autre support durable, les informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement.*

« *II. - Lorsque le consommateur sollicite la conclusion d'un contrat de crédit sur le lieu de vente, le prêteur veille à ce que la fiche d'informations mentionnée au I lui soit remise sur le lieu de vente.*

« *III. - Lorsque le prêteur offre à l'emprunteur ou exige de lui la souscription d'une assurance, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit informe l'emprunteur du coût standard de l'assurance, à l'aide d'un exemple chiffré exprimé en euros et par mois* ».

¹¹⁵⁰ Article L. 311-5, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation : « *Dans toute publicité écrite, quel que soit le support utilisé, les informations relatives au taux annuel effectif global, à sa nature fixe, variable ou révisable, au montant total dû par l'emprunteur et au montant des échéances, ainsi que la mention visée au dernier alinéa, doivent figurer dans une taille de caractère plus importante que celle utilisée pour indiquer toute autre information relative aux caractéristiques du financement, notamment le taux promotionnel, et s'inscrire dans le corps principal du texte publicitaire* ». Les autres alinéas exposent le régime de la publicité.

¹¹⁵¹ L'article R. 311-3 du Code de la consommation fournit la liste et le contenu des informations devant être contenu dans la fiche.

¹¹⁵² Article L. 311-7 du Code de la consommation : « *À sa demande, l'emprunteur reçoit sans frais, si le prêteur est disposé à lui consentir un crédit, outre les informations mentionnées à l'article L. 311-6, un exemplaire de l'offre de contrat.*

« *Toutes les informations complémentaires que le prêteur souhaite donner à l'emprunteur sont fournies dans un document distinct de la fiche mentionnée à l'article L. 311-6* ».

¹¹⁵³ Cette offre « *1° mentionne l'identité des parties, et éventuellement des cautions déclarées ; 2° précise la nature, l'objet, les modalités du prêt, notamment celles qui sont relatives aux dates et conditions de mise à disposition des fonds ; 2° bis pour les offres de prêts dont le taux d'intérêt est fixe, comprend un échéancier des amortissements détaillant pour chaque échéance la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts ; 2° ter pour les offres de prêts dont le taux d'intérêt est variable, est accompagnée d'une notice présentant les conditions et modalités de variation du taux d'intérêt et d'un document d'information contenant une simulation de l'impact d'une variation de ce*

conséquence du remboursement anticipé) qui exigent la fourniture d'informations de diverses natures.

433. – Manquement à l'obligation d'information et responsabilité. Une banque manque à son obligation d'information lorsqu'elle ne communique pas à son client « *des informations qui étaient de nature à lui permettre de reconsidérer l'opportunité de la transaction qu'il se préparait à conclure* »¹¹⁵⁴. Toutefois, le manquement à cette obligation n'est pas toujours de nature à engager la responsabilité du banquier : « *il faudra examiner la nature de l'opération, celle de l'information et voir si le client n'aurait pas dû savoir ou se renseigner lui-même. Il convient également de tenir compte de sa qualité car l'obligation d'information du banquier peut varier selon que le client est averti ou profane. Cette distinction est expressément faite par la Cour de cassation. Mais qu'il soit profane ou averti, le client doit prouver la faute du banquier, l'obligation d'information étant une obligation de moyen* »¹¹⁵⁵. Ne faut-il pas que cette obligation soit une obligation de résultat dans les crédits islamiques ? C'est bien au regard de la nature de ce type de crédit que le client décide de s'endetter. Cet argument est aussi valable pour les crédits de droit français, ce qui ne doit pas conduire à affirmer que l'obligation d'information d'un dispensateur de crédit islamique soit une obligation de résultat.

Il peut par ailleurs arriver que certaines informations ne soient pas clairement ou précisément transmises.

taux sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit. Cette simulation ne constitue pas un engagement du prêteur à l'égard de l'emprunteur quant à l'évolution effective des taux d'intérêt pendant le prêt et à son impact sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit. Le document d'information mentionne le caractère indicatif de la simulation et l'absence de responsabilité du prêteur quant à l'évolution effective des taux d'intérêt pendant le prêt et à son impact sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit ; 3° indique, outre le montant du crédit susceptible d'être consenti, et, le cas échéant, celui de ses fractions périodiquement disponibles, son coût total, son taux défini conformément à l'article L. 313-1 ainsi que, s'il y a lieu, les modalités de l'indexation ; 4° énonce, en donnant une évaluation de leur coût, les stipulations, les assurances et les sûretés réelles ou personnelles exigées, qui conditionnent la conclusion du prêt ; 4° bis mentionne que l'emprunteur peut souscrire auprès de l'assureur de son choix une assurance dans les conditions fixées à l'article L. 312-9 ; 5° fait état des conditions requises pour un transfert éventuel du prêt à une tierce personne ; 6° rappelle les dispositions de l'article L. 312-10 ».

¹¹⁵⁴ Cass. Com., 20 mars 2007, Caisse régionale de Crédit mutuel du Sud-Ouest c/ Aubineau, Juris-Data n° 2007-038116, Revue de dr. banc. et fin., juillet-août 2007, p. 12 et 13, note F.J. Crédot et T. Samin. En l'espèce, la banque avait obtenu de son client la cession de sa créance sur l'acquéreur de son stock d'eaux-de-vie, en contrepartie de la renonciation d'un warrant portant sur ce stock. Nous sommes sur le terrain de la réticence, sinon dolosive, du moins fautive selon les commentateurs de cet arrêt.

¹¹⁵⁵ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 418.

434. – Informations sur la structuration des crédits islamiques. Dès lors que les crédits islamiques sont qualifiables de crédit à la consommation ou de crédit immobilier, les dispensateurs de crédit islamique seront tenus par les dispositions du Code de la consommation.

De manière générale, l'information en matière de crédit islamique portera sur les éléments composant la rémunération du banquier (profit, taux, montant), sur la nature du ou des contrat(s) sous-jacent(s), sur les droits et les obligations des parties, sur les modalités de remboursement des fonds. Ainsi, il appartient au dispensateur de crédit islamique d'informer son client de l'absence de genèse de *ribâ* dans l'opération projetée tout en recherchant si l'emprunteur est averti ou non des techniques islamiques de mise à disposition de fonds.

Étant donné que les crédits islamiques présentent un degré de difficulté supplémentaire du fait d'une structuration adossée à un ou plusieurs contrats, le client devra en être informé par le banquier conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation¹¹⁵⁶. Le rôle des contrats sous-jacents doivent être expliqués de manière claire et précise pour que les clients connaissent leurs droits et ses obligations liés au crédit : « *l'étendue du devoir de la banque est, bien entendu, variable selon le degré de complexité de l'opération et selon la qualité du client* »¹¹⁵⁷.

Par exemple, le contrat de *mourabaha* ne peut être conclu qu'à la suite de l'achat du bien par le banquier¹¹⁵⁸. De même pour le contrat d'*ijara*, où la location du bien ne peut intervenir après son acquisition par le banquier¹¹⁵⁹. Il est des cas où l'objet de l'opération doit concorder avec l'intention du client, c'est-à-dire mesurer l'opportunité de la nature du financement (adossé ou participatif). Le banquier sera alors tenu de le conseiller.

435. – Devoir de conseil. Si l'obligation d'information est une obligation de transmission de données de nature à éclairer le consentement, elle diffère du devoir de conseil qui consiste à orienter le consentement du client¹¹⁶⁰. Selon M. Routier, « *le devoir de conseil se distingue plus sûrement de l'obligation d'information en ce qu'il incite à opérer certains choix sur de vagues critères*

¹¹⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 25 février 1997, Bull. civ. I, n° 75, p. 45 : « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit apporter la preuve de l'exécution de cette obligation* ».

¹¹⁵⁷ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 493.

¹¹⁵⁸ Voir infra, n° 510.

¹¹⁵⁹ Voir infra, n° 657.

¹¹⁶⁰ Devoir qui disparaîtrait cependant « *en faveur de l'obligation de mise en garde depuis quelques années* » selon S. Piedelièvre note sous Ch. Mixte, 29 juin 2007, D. 2007, n° 29, p. 2083.

Sur la portée du devoir d'éclairer le client par l'établissement de crédit, voir Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005, Grimaldi, JCP E 2005, 1359, note Dominique Legeais, R.T.D.com. 2005. 820, DL, Banque et Droit 2005, n° 104, p. 81, note Th. Bonneau, Rev. dr. banc. et fin., p. 203, F. Crédot et Y. Gérard.

d'opportunité – à livrer une opinion sur ce qu'il conviendrait de faire ou pas -, alors que l'obligation d'information repose sur des critères objectifs purs et précis ; le banquier se limitant à informer son client de manière assez passive et neutre. L'information serait donc destinée à informer, le conseil à orienter »¹¹⁶¹. Le manquement à ce devoir de conseil n'est pas toujours retenu. Dans un cas précis, la Cour de cassation avait jugé que le banquier n'avait pas de devoir de conseil envers son client¹¹⁶². Mais, elle a retenu la faute d'un banquier qui a fourni au client un conseil inadapte¹¹⁶³.

Le client attendra du dispensateur de crédit islamique de lui conseiller une structuration adéquate du crédit parce que l'avance de fonds doit, selon les objectifs du client, s'adosser sur un contrat de vente, de location ou de société. Lorsque le bien loué ou vendu ne convienne pas à l'activité du client, le client peut invoquer la fourniture de conseils inadéquats. De même, lorsqu'il orientera inopportunément vers un financement participatif qui rémunérerait forfaitairement le banquier en cas de fluctuation à la baisse du résultat de l'entreprise ou bien si ledit financement ferait peser plus de risques sur le client. Ici, le devoir de conseil ne doit-il pas laisser place au devoir de mise en garde ?

436. – Devoir de mise en garde. Outre le devoir de conseil, le banquier a un devoir de mise en garde¹¹⁶⁴. Existe-t-il une réelle différence entre les devoirs ? Pour MM. Gavalda et Stoufflet, le devoir de conseil est la forme renforcée du devoir de vigilance¹¹⁶⁵ ; alors que le devoir de mise en garde est la forme atténuée du devoir de conseil. Il existe une échelle d'appréciation, voire une gradation, entre ces deux types de devoir.

M. Routier indique qu'« *obligation de conseil et mise en garde sont assez voisines. La seconde pourrait être vue comme une déclinaison de la première. La parentèle est d'ailleurs manifeste car*

¹¹⁶¹ R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, op. cit., n° 551.11., voir aussi n° 552 à 552.17.

¹¹⁶² Cass., com., 24 septembre 2003, Bull. civ., n° 137.

¹¹⁶³ Cass., com., 8 avril 2008, Bull. civ, IV, n° 77.

¹¹⁶⁴ J. Lasserre-Capdeville, *Devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit*, note sous Cass. 1^{ère} Civ., 18 février 2009, pourvoi n° 08-11.221, note de D. 2009, n° 17, 1179 ; *Le banquier dispensateur de crédit face au principe de proportionnalité*, Banque et Droit, 2007, n° 113, p. 25 ; voir aussi Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 703 et suivants.

Voir aussi le dossier, *Problématiques autour du droit du crédit*, Revue Lamy Droit des Affaires, octobre 2008, avec les contributions de M. Storck, *L'obligation d'information, de conseil et de mise en garde du banquier dispensateur de crédit*, p. 82 – 87.

¹¹⁶⁵ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 569, spéc. n° 266 à 278 pour le devoir de vigilance qui consiste à ce que « *le banquier reste vigilant, son attention doit demeurer en éveil. La vigilance à laquelle il est tenu a pour seule limite la compétence qu'on peut attendre d'un professionnel et de ses collaborateurs et les possibilités qu'offre une entreprise correctement organisée et structurée. (...) Généralement, toutefois, le devoir de vigilance se limite à la détection des anomalies et irrégularités manifestes* ».

une action fondée sur le manquement de la banque à son obligation de conseil oblige les juges à rechercher si l'emprunteur peut ou non être regardé comme profane et, dans l'affirmative, si la banque a rempli son devoir de mise en garde¹¹⁶⁶. Mais une certaine autonomie existe et les situations ne doivent pas être confondues. [La mise en garde] suppose que le banquier attire l'attention de son client sur les dangers potentiels d'une opération donnée. Il s'agit donc d'une obligation qui va bien au-delà de l'obligation d'information, en soi assez neutre, mais qui reste en deçà de l'obligation de conseil consistant à préconiser pour agir dans un sens déterminé »¹¹⁶⁷. Il est alors important de distinguer ces deux devoirs parce qu'un client non averti des techniques de financement doit être mis en garde des conséquences du financement. L'auteur précise également que la mise en garde « consiste pour le banquier à attirer particulièrement l'attention du client sur les dangers d'une opération donnée. (...) Une telle obligation s'intercale entre l'obligation d'informer et l'obligation de conseil. La frontière n'est cependant pas toujours aussi nette, car la plupart du temps, la mise en garde peut être vue comme un conseil de prudence »¹¹⁶⁸. Ce devoir de mise en garde n'est-il pas devenu une obligation légale depuis l'adoption de la loi du 1^{er} juillet 2010¹¹⁶⁹ ?

L'article L. 311-8 du Code de la consommation dispose que « le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière, notamment à partir des informations contenues dans la fiche mentionnée à l'article L. 311-6. Il attire l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles du ou des crédits proposés et sur les conséquences que ces crédits peuvent avoir sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de paiement. Ces informations sont données, le cas échéant, sur la base des préférences exprimées par l'emprunteur ». Selon M. Routier, cet article met à la charge du banquier une obligation d'explication qui diffère de la mise en garde¹¹⁷⁰. Cependant, cet article exige que non seulement le banquier « explique » en quoi le crédit répond aux besoins du client, mais il doit également « attirer son attention » sur ses conséquences. La jurisprudence impose au banquier d'alerter les clients profanes du caractère risqué de l'emprunt projeté par rapport à leurs facultés de remboursement : la banque engage sa responsabilité envers

¹¹⁶⁶ Citant Cass. civ. 1^{ère}, 13 février 2007, Bull. civ., I, n° 59, in R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, op. cit., n° 551.13.

¹¹⁶⁷ R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, op. cit., n° 551.13.

¹¹⁶⁸ Idem.

¹¹⁶⁹ Loi n° 2010-737.

¹¹⁷⁰ R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, op. cit., n° 551.13.

l'emprunteur si elle ne justifie pas de l'avoir mis en garde sur l'importance de l'endettement¹¹⁷¹. Quand bien même le crédit serait excessif, l'emprunteur ne pourra pas rechercher la responsabilité du banquier en cas d'acceptation des risques suite à sa mise en garde¹¹⁷².

M. Bonneau démontre que l'étendue de la mise en garde est limitée parce que « *d'une part, elle impose seulement au banquier de vérifier la capacité financière de son client et de l'alerter de l'importance du risque encouru : seul le risque excessif doit être dénoncé et la mise en garde n'interdit pas au banquier de consentir le crédit (...); d'autre part, elle ne concerne que les emprunteurs profanes et non les emprunteurs avertis (...); enfin, l'emprunteur profane ne peut pas reprocher au banquier un manquement à son devoir de mise en garde s'il a lui-même manqué de loyauté à son égard en lui dissimulant l'existence de crédits en cours de remboursement* »¹¹⁷³. On peut conclure que le dispensateur de crédit islamique sera tenu de mettre en garde son client s'il n'est pas averti en matière de mise à disposition islamique de fonds.

437. – Distinction client averti et client non averti. Ce sont les arrêts du 12 juillet 2005 de la première chambre civile de la Cour de cassation qui ont posé les critères de distinction entre l'emprunteur non averti et l'emprunteur averti. Le banquier doit mettre en garde uniquement le premier¹¹⁷⁴. M. Piédelièvre considère néanmoins que les critères sont « *trop imprécis et trop fluctuants* »¹¹⁷⁵ notamment du fait qu'un professionnel peut avoir la qualité d'un emprunteur non averti : « *il est tentant dans le domaine du crédit de considérer comme initié celui qui agit à titre professionnel et comme non initié celui qui emprunte pour répondre à ses besoins familiaux, en tout cas, non professionnels. Telle n'est pas l'orientation de la jurisprudence. Ce qui est pris en considération, ce n'est pas la destination du prêt ou du crédit mais la compétence ou l'expérience*

¹¹⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 2004, Bull. civ., I, n° 166, in Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 737-1. Pour plus de détails, voir Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 417-1 et suivants ; et n° 432 et suivants ; C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 570 ; voir aussi Cass. com., 29 juin 2007, R.T.D.com. 2007.579, obs. D. Legeais.

¹¹⁷² Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005, D. 2005, AJ. 2276 et Com., 3 mai 2006, D. 2006 AJ. 1445.

¹¹⁷³ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 737-1. Selon la cour de cassation, « *le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en une perte de chance de ne pas contracter* », Cass., com. 20 octobre 2009, Bull. civ., IV, n° 127 ; Cass. com., 29 octobre 2009, pourvoi n° 08-20.274, Banque et Droit, n° 129, Chron. Th. Bonneau, p. 20.

¹¹⁷⁴ Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2005, n° 03-10.770, n° 02-13.155 et n° 03-10.921, D. 2005, AJ 2276, obs. X. Delpech, JCP G 2005, II., 10140, note A. Gourio ; JCP E 2005, p. 1359, note D. Legeais ; Banque et droit 2005, n° 104, p. 80, obs. Th. Bonneau ; voir aussi C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 620 ; R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, op. cit., n° 562.11.

¹¹⁷⁵ S. Piedelièvre note sous Cass., Ch. Mixte, 29 juin 2007, D. 2007, n° 29, p. 2082.

de l'emprunteur qu'il incombe aux juges du fond d'apprécier »¹¹⁷⁶. La jurisprudence retient donc « le critère du niveau de compétence de l'emprunteur en distinguant l'emprunteur profane, qui doit être mis en garde des risques encourus, de l'emprunteur averti, jugé apte à évaluer par lui-même ces risques »¹¹⁷⁷. En effet, les seize crédits contractés par un agriculteur et une institutrice ne sous-entendent pas la qualité d'emprunteur averti¹¹⁷⁸. De plus, bien qu'il existe plusieurs emprunteurs dont un seul est averti, le banquier est tenu de mettre en garde les autres emprunteurs sur les risques liés à l'opération.

Pour retenir le manquement au devoir de mise en garde, l'emprunteur doit rapporter la preuve que les crédits auraient été disproportionnés par rapport à sa capacité financière¹¹⁷⁹. L'article L. 311-9 du Code de la consommation dispose qu'« avant de conclure le contrat de crédit, le prêteur vérifie la solvabilité de l'emprunteur à partir d'un nombre suffisant d'informations, y compris des informations fournies par ce dernier à la demande du prêteur »¹¹⁸⁰. Le banquier islamique sera certainement lié par cette disposition. Il refusera d'octroyer un crédit si le client dépasse le taux d'endettement de type islamique. Ce taux est de 33% pour les fonds d'investissement¹¹⁸¹ alors qu'il n'existe pas de règle islamique indiquant un tel taux. Il devra ainsi s'inspirer de la méthode de « scoring » pratiquée par les banques conventionnelles qui consiste à traiter les données collectées sur le client en vue « d'une cotation établie selon les paramètres choisis par la banque »¹¹⁸².

En outre, « le banquier qui accomplit son devoir de mise en garde à l'égard d'un emprunteur non averti – dans le doute, à l'égard de l'emprunteur à propos duquel l'hésitation serait permise – ne saurait naturellement engager sa responsabilité. Mais ce n'est qu'à ce titre, puisque la mise en

¹¹⁷⁶ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 621.

¹¹⁷⁷ C. Houin-Bressand, *Bilan de la jurisprudence sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit*, in Dossier « *Le crédit responsable* », Rev. dr. banc. fin., septembre/octobre 2007, p. 78.

¹¹⁷⁸ Cette jurisprudence s'applique aux personnes morales, selon M. Piedelièvre, voir note sous C.Cas., Ch. Mixte, 29 juin 2007, D. 2007, n° 29, p. 2083.

¹¹⁷⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 21 février 2006, Juris-Data n° 2006-032291, Bull. civ. I, 2006, n° 91 et Cass. 1^{ère} Civ., 12 juillet 2006, Bull. civ. I, 2006, n° 398 ; voir aussi J. Lassere-Capdeville, *Le banquier dispensateur de crédit face au principe de proportionnalité*, art. préc., p. 25.

¹¹⁸⁰ Alinéa 2 : « Le prêteur consulte le fichier prévu à l'article L. 333-4, dans les conditions prévues par l'arrêté mentionné à l'article L. 333-5, sauf dans le cas d'une opération mentionnée au 1 de l'article L. 511-6 du code monétaire et financier ».

¹¹⁸¹ Voir aussi le « filtrage islamique », Annexe III.

¹¹⁸² MM. Gavalda et Stoufflet désigne la méthode du scoring comme un instrument de mesure de la « dignité du crédit », (op. cit., n° 537) : « pour prévenir les contestations, la banque prêteuse vérifie la capacité légale d'emprunter de son client et s'assure des pouvoirs de celui qui prétend l'engager. (...) « la dignité du crédit », expression, plus communément utilisée en Allemagne « Kreditwürdigkeit » qu'en France. (...) La décision d'octroi de crédit sont, en pratique, prises non pas isolément par un collaborateur de la banque, mais collectivement par un comité de crédit. Il existe un comité de crédit à plusieurs niveaux de chaque établissement de crédit (local, régional, national). Leur compétence dépend des montants en jeu ».

garde est un devoir autonome, qui se superpose aux autres obligations. Quand bien même aurait-il mis en garde l'emprunteur, le banquier peut donc engager sa responsabilité en manquant à l'une quelconque de ses autres obligations »¹¹⁸³. Dès lors, à l'instar du banquier conventionnel, le dispensateur de crédit islamique qui n'a pas exécuté ou qui a mal exécuté ses obligations engagerait sa responsabilité. Il peut s'agir du cas où il refuse d'avancer des fonds supplémentaires lorsque l'opération a été initialement mal évaluée ; ou lorsqu'elle génère du *ribâ* en raison d'un mauvais montage juridico-financier. En revanche, ces causes de responsabilité peuvent-elles varier en fonction du type de crédit islamique ?

2) La responsabilité du dispensateur de crédit islamique en fonction du type de crédit

438. – Responsabilité et structuration du crédit. Le dispensateur de crédit islamique peut être responsable lorsque la structuration d'une opération de crédit islamique génère du *ribâ* ou dénature les droits et les obligations des parties. Cette mauvaise structuration peut résulter d'un agencement non conforme au régime juridique du ou des contrat(s) sous-jacent(s) utilisé(s). Or, les membres du Comité de conformité islamique (*Sharia Board*) sont consultés pour donner leur avis (*fatwa*) sur le montage juridico-financier des crédits islamiques¹¹⁸⁴. Ils doivent alors être responsables d'une mauvaise structuration. Toutefois, la responsabilité de la banque qui octroie de tels crédits sera recherchée parce que ces membres donnent un avis de conformité, avis qui est consultatif.

Dès lors, le juge français ne saurait ni déclarer que le montage est défaillant, ni engagé la responsabilité des membres du Sharia board. Toutefois, le juge français doit tenir compte des règles françaises pour engager la responsabilité du banquier.

Par exemple, certaines opérations poussent le banquier à s'immiscer dans les affaires de son client, notamment en le poussant à investir dans des secteurs d'activité performant. Si l'investissement alourdit la dette du client, et permet au banquier de contrôler les activités du client, il convient de voir dans quelle mesure le banquier a effectivement rempli ses obligations d'information, de conseil et de mise à garde, sans oublier l'obligation de non-immixtion. Dans les crédits participatifs, il faut

¹¹⁸³ R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, op. cit., n° 562.17.

¹¹⁸⁴ Pour les risques de non-conformité islamique, voir supra, n° 239 – 241.

distinguer selon la nature du contrat sous-jacent. Le crédit *moucharaka* confère le rôle d'associé pouvant ou non gérer en commun avec son client-associé l'entreprise, alors que le crédit *moudaraba* ne lui confère uniquement la qualité de bailleur de fonds pouvant dans certains cas donner des directives d'investissement sans pour autant gérer l'affaire avec le client-gestionnaire¹¹⁸⁵.

Quant au crédit combinant la *moucharaka* dégressive et *ijara*, il aura simultanément la qualité d'associé et de bailleur d'un bien, mais dont les droits et les obligations attachés au bien seront transférés au client-associé-locataire au fur et à mesure des remboursements qui se répercutent sur le transfert de propriété du bien.

Le banquier peut également être impliqué dans les opérations de crédits adossés comme acheteur et vendeur d'un bien (crédit *mourabaha*, *tawarouq*, *salam*, *istisna*) ou bien comme acheteur et bailleur d'un bien (crédit *ijara*). Il suffit qu'il fasse supporter des obligations qui ne coïncident pas avec les exigences du droit musulman pour que le crédit devienne non conforme à la loi islamique.

Ainsi, quelque soit le crédit envisagé, la responsabilité contractuelle découlera d'une faute de la banque. En revanche, dans la mesure où les dispositions du Code civil régissent différemment les contrats pouvant servir de sous-jacent à une opération de crédit, faut-il choisir comme fondement de la responsabilité du dispensateur de crédit islamique : l'article 1147 du Code civil, ou bien les articles spécifiques à chaque contrat ? Il convient de retenir les dispositions spécifiques¹¹⁸⁶. Par contre, si elles ne sont pas assez précises pour retenir la responsabilité, l'article 1147 peut être invoqué. Ainsi, la responsabilité d'un banquier islamique doit résulter non seulement des manquements aux obligations et aux devoirs lui incombant normalement, mais aussi des manquements liés à une mauvaise structuration d'un crédit.

439. – Responsabilité et crédit participatif. En matière de crédit participatif, la responsabilité du banquier peut être recherchée lorsqu'il exige une rémunération fixe à la place d'une participation aux résultats de l'entreprise, ou lorsque la cession des parts du banquier (crédit *moucharaka* dégressive) assure une rémunération fixe et une garantie du capital. Il en sera de même pour les clauses fixant à la valeur nominale les parts dont la cession est programmée à chaque échéance.

¹¹⁸⁵ La seconde partie de nos développements expose de manière spécifique les régimes islamiques et français de chaque catégorie de crédit islamique.

¹¹⁸⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, op. cit., n° 954 : par exemple, les articles 1641 à 1649 du Code civil sont applicables en matière de « garantie des défauts de la chose vendue » (les articles L. 211-1 à 211-17 du Code de la consommation régissent les contrats de vente de biens meubles corporels), les articles 1721 à 1735 du

Par exemple, en matière de crédit immobilier, une obligation spécifique pèse sur le banquier, lorsque le taux d'intérêt est variable. Il est tenu, selon l'article L. 312-14-2 du Code de la consommation, « *une fois par an, de porter à la connaissance de l'emprunteur le montant du capital restant à rembourser* ». On peut transposer cette disposition au crédit participatif bien que le taux de profit attendu ne soit pas variable, mais que son application conduise à des versements des profits pouvant varier en fonction du résultat dégagé. Bien entendu, cette disposition ne s'applique pas pour le crédit *mourabaha* parce que le taux de la marge bénéficiaire ne peut pas être variable, alors que ce peut être le cas en matière de crédit *ijara* du fait de la permission indexation du loyer.

Par ailleurs, le banquier peut intervenir dans la gestion de l'affaire de son client. Ce point est assurément délicat à admettre en droit français parce que le banquier est sensé ne pas s'immiscer dans les affaires de son client.

440. – Crédit participatif et principe de non-immixtion. Le principe de non-ingérence est « *consacré implicitement par l'article L. 563-3 du Code monétaire et financier* »¹¹⁸⁷. Il se décompose en deux propositions, selon MM. Gavalda et Stoufflet : « *le banquier n'est pas obligé d'intervenir pour empêcher son client d'accomplir un acte irrégulier, inopportun ou dangereux et il n'est pas en droit de refuser l'exécution d'instructions du client au motif qu'elles ne lui paraîtraient pas judicieuses* »¹¹⁸⁸. Ce principe signifie-t-il que le banquier qui avance les fonds n'est plus responsable de l'affectation des fonds ? La Cour de cassation a jugé qu'une « *banque accordant un prêt à son client pour un investissement n'a pas à s'assurer de la qualité de cet investissement, sauf engagement particulier* »¹¹⁸⁹. On peut alors déduire que le banquier doit veiller à la nature des investissements de son client lorsque son engagement se traduit par une participation au capital d'une entreprise de laquelle dépendent ses revenus futurs parce que la Cour laisse une liberté aux parties en précisant « *sauf engagement particulier* »¹¹⁹⁰.

S'il n'est pas possible aux parties d'organiser leur relation contractuelle en matière de crédit, le banquier peut être qualifié de dirigeant de fait, ce qui peut conduire un client à rechercher sa

même Code pour le « contrat de louage », les articles 1788 à 1792-5 pour les louages d'ouvrage, l'article 1843-5 en matière d'action sociale en responsabilité contre les gérants ; et les articles 1999 à 2002 aux contrats de mandat.

¹¹⁸⁷ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 405 et 407 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 266 à 272.

¹¹⁸⁸ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 266.

¹¹⁸⁹ Idem : citant Cass. com., 17 mars 2004, *CDR Finances c/ Cauzette-Rey et SA Victorine Côte d'Azur*, Juris-data n° 023168.

¹¹⁹⁰ De même, il doit s'assurer que le bien loué dans un crédit *ijara* ne dépérisse pas par des actes anormaux du client.

responsabilité en vertu des articles L. 651-1 et L. 651-2 du Code de commerce¹¹⁹¹. Ce dernier concerne l'action en comblement du passif, cas où la qualité de dirigeant de fait peut être retenue. Or, « *le simple fait pour [le banquier] d'apporter des concours ne permet pas à lui seul de retenir une telle qualification : encore faut-il qu'il exerce en toute souveraineté et toute indépendance une activité positive de gestion et de direction ; sont insuffisants des actes de surveillance ou de contrôle* »¹¹⁹². Cette qualification de dirigeant de fait ne devrait pas être retenue si la convention de crédit stipule expressément que le banquier est un bailleur de fonds doté de pouvoir de surveillance ou de contrôle en laissant ou non la gestion et la direction au client.

Cette qualification ne devra pas être transposable pour les crédits adossés.

441. – Responsabilité et crédit « *mourabaha* ». Dans le crédit *mourabaha*, la responsabilité peut être recherchée si la marge bénéficiaire a les mêmes caractéristiques que l'intérêt, ou bien si la propriété du bien n'est pas transférée au moment de la conclusion du contrat de *mourabaha* notamment si le banquier a stipulé une clause de réserve de propriété¹¹⁹³.

En droit français, la responsabilité en cas de vice caché de la chose vendue peut être recherchée¹¹⁹⁴. En droit musulman, la clause d'exonération de responsabilité pour vices cachés ou de défaut de fabrication est licite en matière de crédit *mourabaha*¹¹⁹⁵. La convention de crédit peut stipuler une clause de non recours contre le banquier en cas de vices cachés, clause qui prend le soin de désigner le vendeur initial du bien comme le responsable.

442. – Responsabilité et crédit « *istisna* ». En droit français, l'obligation pesant sur les banquiers ne va pas jusqu'à imposer un cadre contractuel plutôt que tel autre pour réaliser un projet de construction¹¹⁹⁶. Toutefois, en matière de crédit *istisna*, le banquier sera contractuellement lié par cette forme d'obligation parce que les parties liées par ce genre de contrat doivent appliquer son

¹¹⁹¹ En vertu de l'article L. 651-2 du Code de commerce : « *lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables* ».

¹¹⁹² Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 734.

¹¹⁹³ Voir infra, n° 527.

¹¹⁹⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, op. cit., n° 954

¹¹⁹⁵ Voir infra, n° 634.

¹¹⁹⁶ Cass., civ., 1^{ère}, 14 janvier 2009, Bull. civ., n° 10.

régime juridique¹¹⁹⁷. Puisque le dispensateur de crédit a les mêmes droits et obligations qu'un entrepreneur, un manquement relatif à la non maîtrise des délais et des coûts de réalisation, de l'absence de mention de la clause sur les pénalités de retard en cas de non-respect des échéances peuvent être jugées comme des fautes contractuelles.

443. – Responsabilité et crédit « ijara ». Le crédit *ijara* doit concilier le principe de non transfert des responsabilités incombant à la banque en tant que crédit-bailleur et la nécessité de se protéger contre d'éventuels abus du crédit-preneur. La banque doit donc explicitement stipuler les recours du client contre le fournisseur pour vice caché ou défaut de fabrication, la nature du premier versement comme étant un apport personnel au lieu d'un dépôt de garantie¹¹⁹⁸.

444. – Responsabilité du banquier et opération complexe. Prenons l'exemple d'une opération de construction d'un bien immobilier, opération qui deviendra de plus en plus complexe et qui nécessitera de connaître la qualité du client et de la banque dans les différentes phases de l'opération. Il peut s'agir d'une opération fondée sur le contrat d'*istisna* combiné à un *ijara*. Lorsque les spécifications de construction présentent certains risques qui peuvent affecter le montant des remboursements du fait de l'augmentation du coût de la construction, le client devrait alors payer un loyer plus élevé en raison du coût de la construction, et du prolongement du délai de livraison. Ainsi, cela a pour conséquence de retarder le transfert de propriété. Ces risques devront être communiqués au client qui n'est pas le maître de l'ouvrage pendant la phase de construction, parce que ce sera le banquier qui l'est. Par contre, le client deviendra le locataire pendant la période de location, voire l'acheteur s'il lève l'option d'achat.

Il se peut aussi que les parties aient constitué une société dans ce projet de construction, ce qui conduit à un partage des pertes lorsque l'opération s'adosse à un contrat de *moucharaka* ou de *moudaraba*. Dans le cas d'adjonction d'une *moucharaka*, le partage des pertes dépendra des apports des parties. Dans l'autre cas, les pertes d'ordre financier ne pèseront que sur le bailleur de fonds. Dans les deux cas, la responsabilité du banquier peut résulter d'un manquement à une stipulation du contrat qui lui impose d'avancer des fonds supplémentaires en cas de survenance d'une difficulté

¹¹⁹⁷ Voir infra, n° 577 – 585.

¹¹⁹⁸ Voir infra, n° 657 – 695.

dans la construction. Il peut intentionnellement ne pas avancer les fonds pour que le retard de la livraison entraîne le paiement de loyers supplémentaires.

En outre, la responsabilité du banquier peut être retenue si le client n'avait pas été mis en garde pour les risques pouvant survenir, ce qui alourdirait le montant du remboursement et renforcerait sa dépendance vis-à-vis du banquier.

Selon le degré de sophistication de l'opération, le banquier doit s'assurer de la qualité du client. En droit français, il n'existe pas de présomption de personne avertie ou non ; et donc, même les professionnels peuvent ne pas être avertis¹¹⁹⁹. Même si le client est apte à honorer ses engagements, la Cour de cassation considère que les emprunteurs profanes doivent bénéficier d'une information sur les choix patrimoniaux liés aux crédits¹²⁰⁰. Toutefois, « *les magistrats ont déjà estimé, il y a peu de temps, que des mensonges ou des omissions de la part de l'intéressé concernant son patrimoine, et plus particulièrement la présence d'autres crédits, l'empêchaient de réclamer le bénéfice de l'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit* »¹²⁰¹. La responsabilité du banquier sera recherchée s'il a « imposé » un investissement lourd, dangereux à un client dont la capacité financière et les rendements attendus ont été mal évalués.

445. – Crédit islamique, crédit ruineux et crédit responsable. En droit français, le banquier peut commettre une faute dans l'octroi de crédit¹²⁰² si le crédit est ruineux, « *c'est-à-dire des crédits dont le coût est « insupportable pour l'équilibre de la trésorerie de la société et incompatible pour elle avec toute rentabilité* »¹²⁰³ ; « *dès lors que le montant du crédit n'est pas proportionné aux facultés réelles de remboursement de l'entreprise emprunteuse* »¹²⁰⁴, cas de soutien abusif ou de maintien artificiel de l'activité du débiteur¹²⁰⁵. Cette logique se trouve aussi dans les crédits accordés aux particuliers pour lesquels « *le caractère excessif de l'endettement peut se déduire de la comparaison du montant des mensualités du prêt et du montant mensuel des revenus perçus par le débiteur* »¹²⁰⁶.

¹¹⁹⁹ C.Cas., Ch. Mixte, 29 juin 2007, D. 2007, n° 29, p. 2081, note S. Piedelièvre.

¹²⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005, arrêt Grimaldi, Bull. civ. I, n° 326

¹²⁰¹ J. Lasserre-Capdeville, *Devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit*, D. 2009, n° 17, 1179, note sous Cass. 1^{ère} Civ., 18 février 2009, pourvoi n° 08-11.221.

¹²⁰² Voir pour les cas de refus de crédit, Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 738.

¹²⁰³ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 737.

¹²⁰⁴ Idem.

¹²⁰⁵ Sur le fondement de l'article 650-1 du Code de commerce : « *Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* ».

¹²⁰⁶ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., note 1185, p. 577 citant Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2006, Bull. civ., I, n° 398.

Un dispensateurs de crédit islamique peut parallèlement octroyer un crédit ruineux, qui peut engager sa responsabilité.

Doit-on parler de crédit responsable à propos des crédits islamiques ? Le crédit responsable a pour objectif d'éviter l'octroi de fonds qui conduirait à l'insolvabilité manifeste du client¹²⁰⁷, ce qui est un crédit ruineux. Le crédit responsable agit en amont car il est une forme de prévention du risque de crédit au moyen de l'anticipation de l'aléa d'un endettement excessif du consommateur, alors que le second apparaît en aval lorsque le crédit a été accordé.

M. X. Lagarde considère que le crédit responsable doit être adapté aux besoins de l'emprunteur et sera exposé, selon les cas, à un risque plus ou moins élevé¹²⁰⁸. Plus précisément, il s'agit « *d'une obligation faite au prêteur de mesurer l'opportunité d'octroi du crédit à l'aune de la capacité vérifiée du consommateur à rembourser* »¹²⁰⁹. Il revient donc au banquier de collecter les informations utiles sur les ressources disponibles après amputation des charges financières, qu'elles soient liées directement au crédit ou qu'elles soient évolutives au regard des nouvelles perspectives affectant le foyer ou l'entreprise emprunteuse. Cette collecte d'information fixera le seuil d'endettement, seuil qui doit être en corrélation avec la capacité financière du client à restituer les fonds empruntés. Dans le cas contraire, « *le banquier commet une faute en consentant des crédits ruineux, c'est-à-dire des crédits dont le coût est « insupportable pour l'équilibre de la trésorerie de la société et incompatible pour elle avec toute rentabilité » ; une telle faute peut être retenue à l'encontre du banquier même si l'entreprise emprunteuse n'est pas dans une situation irrémédiablement compromise* »¹²¹⁰. Les juges ont refusé de suivre l'argument des banquiers qui consistait à invoquer le principe de non-ingérence dans la mesure où ils ne peuvent pas apprécier l'opportunité des crédits¹²¹¹. Or, l'immixtion suppose une action positive du banquier ; et « *la*

¹²⁰⁷ PE et Cons. UE, Proposition de directive, COM (2002) 443 final, 11 septembre 2002, JOCE n° 331E, 31 décembre 2002, p. 200 ; proposition modifiée du 28 octobre 2004, COM (2004) 747 final et du 7 octobre 2005, COM (2005) 483 final ; voir aussi la réforme du crédit à la consommation, présentée au conseil des ministres 22 avril 2009 ainsi que la Directive européenne relative aux contrats de crédit aux consommateurs, 2008/48/CE du 23 avril 2009 qui consiste à garantir une commercialisation plus responsable et mieux prévenir le surendettement où le crédit renouvelable doit donner lieu à un amortissement minimum du montant prêté à l'occasion de chaque échéance ; et où les obligations et les responsabilités des prêteurs en matière d'évaluation de la solvabilité des emprunteurs sont plus importantes. La directive a été transposée en droit français par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010.

¹²⁰⁸ X. Lagarde, *Le crédit responsable*, Contributions réunies et présentées par Xavier Lagarde, Rev. dr. banc. et fin., septembre-octobre 2007, p. 72.

¹²⁰⁹ A. Boujeka, *Le crédit responsable en droit communautaire*, in Dossier « *Le crédit responsable* », Rev. dr. banc. et fin., septembre/octobre 2007, p. 76.

¹²¹⁰ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 736.

¹²¹¹ Com., 11 mai 1999, Bull. civ. IV, n° 95 ; D. 1999. IR. 155 ; R.T.D. com. 1999. 733, obs. M. Cabrillac.

banalisation actuelle des techniques de crédit ne peut conduire à poser un principe d'ignorance de leur danger »¹²¹².

À cet égard, le crédit islamique n'est pas forcément un crédit responsable dans la mesure où il peut être ruineux, notamment lorsque la participation aux pertes pèse très lourdement sur le client, ou lorsque le crédit *ijara* transfère les obligations incombant normalement au crédit-bailleur, ou lorsque le montant des remboursements dans le crédit *mourabaha* n'est pas clairement communiqué au client en adoptant par exemple la méthode de calcul des intérêts composés ou capitalisés.

Par ailleurs, peut-on affirmer que le crédit islamique contient une dimension sociale plus appuyée que le crédit conventionnel ?

446. – Crédit islamique et responsabilité sociale. Comment trouver le lien de causalité entre le concours bancaire et un préjudice environnemental ? La réponse se trouve en partie « *dans le droit du crédit-bail à l'occasion de laquelle l'établissement de crédit est parfois considéré comme détenteur des biens occasionnant des nuisances* », auquel il faut adjoindre l'article L. 511-1 du Code de l'environnement¹²¹³. Un courant doctrinal estime qu'il faut étendre ces considérations quelle que soit la forme de crédit accordé à l'exploitant¹²¹⁴. Dans le bloc de constitutionnalité, l'article 4 de la Charte de l'environnement a consacré le principe du pollueur-payeur. « *Les émissions indirectes des banques françaises représentent 1,32 gigatonne de dioxyde de carbone en 2004, soit 5,06% des émissions mondiales totales. Cela représente 3,2 fois les émissions totales de la France* »¹²¹⁵. Dès lors, peut-on rechercher la responsabilité sociale de ces banques ? Comme le souligne un auteur, « *dès lors que le financement de la structure polluante ou dangereuse a permis à celle-ci d'exister, le sinistre occasionné par cette structure ne serait pas produit sans l'intervention du bailleur du fonds* »¹²¹⁶. Sont donc responsable les banques, qu'il ait ou non la qualité de crédit-bailleurs, et plus généralement les bailleurs de fonds.

Ainsi, la responsabilité civile des bailleurs de fonds du fait des dommages occasionnés par les activités financées implique implicitement mais nécessairement une logique de participation des

¹²¹² S. Piedelièvre note sous Cass., Ch. Mixte, 29 juin 2007, D. 2007, n° 29, p. 2084.

¹²¹³ Position des juridictions administratives et des juges civils du concept de troubles anormaux de voisinages (Civ. 2^{ème}, 8 juillet 1987, Bull. civ. II, n° 150).

¹²¹⁴ M. Bayle, *La responsabilité des bailleurs de fonds pour préjudice environnemental : Proposition de réforme*, D. 2007, n° 34, p. 2398 ; F. G. Trébulle, *Entreprise et environnement*, JCP E 2007. 1957.

¹²¹⁵ « *Banques françaises, banques fossiles ?* », Rapport de synthèse par D. Lambert-Perez et S. Godinot, Les Amis de la Terre France, finance@amisdelaterrefrance.org.

financiers aux charges incombant à une société polluante. Le fondement de cette responsabilité ne sera pas les articles 1382 et 1383 du Code civil, mais plutôt l'article 1384 alinéa 1 qui sanctionne les préjudices nés du fait d'autrui. Bien entendu, dans un groupe de société, lorsque le(s) patrimoine(s) est (sont) confondu(s), il faut invoquer le bon fondement pour rechercher la responsabilité du banquier. Certains montages permettront néanmoins d'isoler les risques industriels et environnementaux dans des entités ad hoc qui pourront émettre des titres sur différents marchés dédiés à l'environnement¹²¹⁷.

Au regard de l'éthique promue par l'Islam, la responsabilité sociétale du dispensateur de crédit ne devrait-il pas être recherchée ? Le comité de conformité islamique (*Sharia board*) doit-il être le garant de cette forme de responsabilité ? Si on tient compte d'une part du corpus juridique islamique, et d'autre part la destination des fonds islamiques, la responsabilité sociale devra être recherchée, et ce de manière plus poussée au regard des montages juridiques.

Même si ce n'est pas le cas, dès lors que la faute du banquier est retenue dans cette logique, le dédommagement devrait en cas de « *concours significatifs* » correspondre à un montant « *par détermination d'un pourcentage minimum de concours financiers cumulés au profit de l'entreprise civilement responsable, par rapport à la valeur des actifs que celle-ci affecte à la mise en œuvre de l'activité d'où est né le préjudice* »¹²¹⁸. Cette position devra alors être retenue pour les banquiers islamiques. Selon une enquête sur les banques islamiques, 52% ont une politique de réduction des activités ayant un impact négatif sur l'environnement et, 55% ont des quotas pour investir dans le social, le développement durable ou l'environnement¹²¹⁹. Si un dispensateur de crédit islamique affiche de telles politiques, s'il ne respecte pas ses engagements, il devra répondre de ses agissements en droit français.

Finalement, bien qu'un juge français ne puisse pas contrôler la nature islamique d'une mise à disposition de fonds, il devrait, à l'instar de son homologue britannique, se fonder sur un rapport d'experts en loi islamique. S'il constate un manquement du banquier, les préjudices financiers et

¹²¹⁶ M. Bayle, *La responsabilité des bailleurs de fonds pour préjudice environnemental : Proposition de réforme*, art.préc., p. 2398.

¹²¹⁷ Th. Bonneau et F. G. Trébulle, *Banquier et crédit « polluants »*, Mélanges AEDBF-France, 2004, p. 47. G. Martin, *Les techniques financières de transfert des risques : L'exemple des cat bonds*, in Dossier les risques environnementaux de l'entreprise, Cahiers du Droit de l'entreprise, 2006/5, 32.

¹²¹⁸ M. Bayle, *La responsabilité des bailleurs de fonds pour préjudice environnemental : Proposition de réforme*, art. préc., p. 2402.

¹²¹⁹ *Social Responsibility Trends at Islamic Financial Institution*, Based on 2009 Social Responsibility Survey, préc., p. 12-13.

moraux peuvent être retenus par le juge français¹²²⁰. D'ailleurs, en vue d'accomplir son obligation d'information, le banquier doit communiquer au client le taux effectif global, exigence légale devant s'appliquer aux crédits islamiques.

Section II) L'application du régime juridique du TEG aux opérations de crédit islamique

447. – TEG applicable aux crédits islamiques et « TEG islamique ». En droit français, la liberté de fixer le taux de l'intérêt est encadrée tant par les dispositions législatives et réglementaires, que par les juges. Lorsqu'il s'agit d'intérêt dans les crédits, le taux effectif global (TEG) intervient comme un outil de contrôle de la rémunération des banquiers. La jurisprudence a une conception extensive du TEG, de manière à intégrer toutes formes de rémunération non prévues par les textes dans l'assiette du TEG, parce qu'elle a défini des critères d'inclusion dans l'assiette du TEG. Si ces critères permettent d'intégrer ou non des postes de rémunération du banquier dans l'assiette de TEG, certains postes, comme la souscription de parts sociales ou des primes d'assurance, clivent non seulement les juges, mais également la doctrine.

Un niveau supplémentaire de difficulté apparaît lorsque le TEG doit s'appliquer aux opérations de crédit islamique. Si un baquier octroi un crédit islamique, est-il obligé de mentionner le TEG dans le contrat de crédit ? Lorsque les conditions seront réunies, le dispensateur de crédit islamique doit non seulement mentionner le TEG dans la convention de crédit islamique (§1), mais également expliquer les mécanismes de tous les postes de rémunération (§2).

¹²²⁰ R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, op. cit., n° 021.31. : « À l'égard des client, la responsabilité serait ainsi contractuel. En effet, toute opération effectuée par le banquier pour son client suppose naturellement à la base une relation contractuelle, et corrélativement, une responsabilité pour le banquier qui ne remplit pas correctement les obligations que le contrat met à sa charge ». L'auteur nous informe aussi que « l'inexécution d'un engagement contractuel peut causer un dommage au cocontractant qui doit pouvoir obtenir réparation. Le fait dommageable, c'est la plupart du temps le refus de payer ce qui était dû. Le préjudice est alors avant tout financier (...). Le préjudice est aussi moral pour le discrédit que le refus de paiement aura occasionné ».

§1) Le champ d'application extensif du TEG

448. – Outil de contrôle de la rémunération des banquiers. Le TEG est perçu comme un outil de contrôle du coût du crédit. Les subtilités de sa mise en application constituent un ensemble d'éléments utiles pour comprendre le concept de TEG sans intérêt. Si sa mention est obligatoire dans tout contrat de prêt en vertu de l'article L. 313-2 du Code de la consommation, les contrats de crédit islamique ne devront-ils pas le mentionner (B) parce que son champ d'application est extensible au regard des critères d'inclusion dégagés par la jurisprudence et la doctrine (A) ?

A) La détermination de l'assiette du TEG

449. – Assiette variable. Malgré une absence de définition du TEG, la loi donne une liste des postes de rémunération du banquier (1), lesquels intègrent l'assiette du TEG au regard de deux critères définis par la jurisprudence et la doctrine (2).

1) Une définition du TEG par énumération

450. – Redondance des dispositions législatives. Deux dispositions législatives définissent le TEG. En réalité, l'article L. 313-4 du Code monétaire et financier reprend *in extenso* les articles L. 313-1 et L. 313-2 du Code de la consommation¹²²¹. L'article L. 313-1 du Code de la consommation ne définit pas réellement le TEG, mais il donne une liste de postes de rémunération du banquier pour la « *détermination du TEG* » ; alors que l'article L. 313-2 du même Code oblige sa mention dans tous les contrats de prêt.

451. – Assiette composite du TEG. L'article L. 313-1 du Code de la consommation dispose que « *dans tous les cas, pour la détermination du taux effectif global du prêt, comme pour celle du taux effectif pris comme référence, sont ajoutés aux intérêts les frais, commissions ou rémunérations de*

toute nature, directs ou indirects, y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaires intervenus de quelque manière que ce soit dans l'octroi du prêt, même si ces frais, commissions ou rémunérations correspondent à des débours réels ». Ce premier alinéa montre que l'intérêt ne participe pas à lui seul de la composition du TEG. En fait, tout ce qui concourt à rémunérer le banquier intègre l'assiette du TEG.

Le second aliéna prévoit néanmoins des cas d'exclusion : *« toutefois, pour l'application des articles L. 312-4 à L. 312-8¹²²², les charges liées aux garanties dont les crédits sont éventuellement assortis ainsi que les honoraires d'officiers ministériels ne sont pas compris dans le taux effectif global défini ci-dessus, lorsque leur montant ne peut être indiqué avec précision antérieurement à la conclusion définitive du contrat* ». Les charges financières non déterminables au moment de la conclusion du contrat semblent être exclues. Lorsque leur montant est connu, elles peuvent donc intégrer le TEG.

Le TEG change cependant de nomination pour certains crédits. Le troisième aliéna dispose que *« pour les contrats de crédit entrant dans le champ d'application du chapitre Ier du présent titre, le taux effectif global, est dénommé « Taux annuel effectif global »* », c'est-à-dire pour les crédits à la consommation régis par les articles L. 311-1 et suivants du Code de la consommation¹²²³. Logiquement, ne sont pas alors compris dans l'assiette du TAEG *« les frais d'acte notarié* ». L'article 311-1, alinéa 5, du Code de la consommation définit *« le coût du crédit [comme étant le] coût total du crédit dû par l'emprunteur, tous les coûts, y compris les intérêts, les commissions, les taxes et autres frais que l'emprunteur est tenu de payer pour la conclusion et l'exécution du contrat de crédit et qui sont connus du prêteur, à l'exception des frais d'acte notarié. Ce coût comprend également les coûts relatifs aux services accessoires au contrat de crédit s'ils sont exigés par le prêteur pour l'obtention du crédit, notamment les primes d'assurance. Ce coût ne comprend pas les frais dont l'emprunteur est redevable en cas d'inexécution de l'une de ses obligations prévue au contrat de crédit* ». Cette disposition reprend la conception extensive du TEG tant en y intégrant les services liés au crédit (si ce sont des conditions d'octroi du crédit), qu'en y excluant les clauses pénales ou les autres indemnités en cas d'inexécution du contrat de crédit par l'emprunteur.

En revanche, l'article L. 313-1 du même Code poursuit en disposant que *« pour les prêts qui font l'objet d'un amortissement échelonné, le taux effectif global doit être calculé en tenant compte des*

¹²²¹ Depuis la loi du 1^{er} juillet 2010, n° 2010-737.

¹²²² Ces articles visent la publicité et l'offre de crédit immobilier.

¹²²³ Voir aussi article R. 313-1, III, du Code de la consommation

modalités de l'amortissement de la créance ». Cette précision concerne plutôt les crédits immobiliers¹²²⁴.

Finalement, cet article montre, d'une part, que le coût du crédit ne provient pas uniquement de l'intérêt, et d'autre part, diverses sortes de rémunérations du banquier, ainsi que celles versées à des intermédiaires ayant permis la conclusion du contrat de crédit, composent le TEG¹²²⁵.

452. – TEG et coût réel du crédit. Selon M. Bonneau, « *le TEG est le taux réellement pratiqué pour une opération de crédit* »¹²²⁶. Tous les postes de rémunération du banquier doivent être convertis en taux. Mais, un taux ne donne pas forcément une idée immédiate du coût réel du crédit. L'alinéa 6 de l'article L. 311-1 du Code de la consommation dispose que le « *taux débiteur [est] le taux d'intérêt exprimé en pourcentage fixe ou variable, appliqué au capital emprunté ou au montant de crédit utilisé, sur une base annuelle. Le taux débiteur est fixe lorsque le contrat de crédit prévoit soit un taux débiteur constant sur toute la durée du contrat de crédit, soit plusieurs taux débiteurs constants appliqués à des périodes partielles prédéterminées ; dans ce dernier cas, le taux est fixe uniquement pour ces périodes partielles, dans les autres cas, le taux débiteur est variable ou révisable* ». Ce texte donne une autre dénomination au taux d'intérêt. Il est un taux débiteur pour appuyer la spécificité de l'opération visée, c'est-à-dire de l'ouverture de crédit¹²²⁷. Cette disposition ne s'appliquerait pas alors aux crédits islamiques parce qu'ils ne stipulent pas une clause d'intérêt. Par

¹²²⁴ Le dernier alinéa de cet article dispose qu'« *un décret en Conseil d'Etat déterminera les conditions d'application du présent article* ». Voir les Décret n° 2010-1005 du 30 août 2010 prévu à l'article L. 311-4 du code de la consommation tel que modifié par l'article 4 de la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation relatif au contenu et aux modalités de présentation de l'exemple représentatif *utilisé* pour les publicités portant sur des crédits renouvelables et fixant les modalités d'entrée en vigueur de l'article 4 de cette même loi ; et Décret n° 2011-135 du 1^{er} février 2011 relatif aux modalités de calcul du taux effectif global.

¹²²⁵ C. Gavalda et J. Stofflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 512 à 530 ; Th Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 63 à 69.

¹²²⁶ Th. Bonneau, op. cit., n° 69.

¹²²⁷ Article R. 313-2 du Code de la consommation : « *Pour une autorisation de découvert ou une facilité de découvert, lorsque le taux annuel effectif global est calculé avant leur utilisation, le calcul est effectué selon la méthode définie par la formule figurant en annexe au présent code et mentionnée au III de l'article R. 313-1.*

« *Après utilisation d'une autorisation de découvert, d'une facilité de découvert ou d'un dépassement, le taux annuel effectif global est calculé en rapportant le montant du crédit à prendre en considération, selon la méthode des nombres définie par le B de l'annexe du décret n° 2002-928 du 10 juin 2002 pris en application de l'article 1er du décret n° 2002-927 du 10 juin 2002, à une période d'un jour à l'expiration de laquelle il est réputé remboursé en même temps que les agios y afférents. À cet effet, chacun des soldes débiteurs successivement inscrits en compte au cours de l'intervalle séparant deux arrêts contractuels est multiplié par sa propre durée en jours.*

« *Pour les découverts destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle, le taux effectif global est calculé en rapportant le montant du crédit à prendre en considération, selon la méthode des nombres mentionnée à l'alinéa précédent, à une période d'un jour à l'expiration de laquelle il est réputé remboursé en même temps que les agios y afférents. À cet effet, chacun des soldes débiteurs successivement inscrits en compte au cours de l'intervalle séparant deux arrêts contractuels est multiplié par sa propre durée en jours* ».

contre, les renseignements donnés sur les modalités d'application du taux d'intérêt, ainsi que ceux sur le TEG applicable aux découvert selon l'article R. 313-2, devraient l'être. Ce sera plus simple pour exprimer en taux tant la marge bénéficiaire que le taux de participation.

Étant donné que le TEG demeure un instrument de contrôle du coût du crédit par les autorités publiques et les juges, les subtilités de sa mise en application constituent un ensemble d'éléments utiles à définir le TEG applicable aux opérations de crédit islamique. Or, deux principes encadrent le TEG classique. Il s'agit d'une part celui de globalité et d'autre part celui de l'effectivité.

453. – Globalité. S'agissant de sa globalité, le TEG doit refléter la pratique bancaire en matière de fixation du coût du crédit. L'article L. 313-1 du Code de la consommation la caractérise parce qu'il indique que le TEG comprend outre l'intérêt, les frais, les commissions, ainsi que les rémunérations de toute nature nécessaires à prêter des sommes d'argent. La « rémunération de toute nature » qui comprend notamment les rémunérations versées aux intermédiaires, ainsi que, dans certains cas, les frais résultant de la constitution des sûretés ou ceux liés aux actes notariés, peuvent intégrer les rémunérations du dispensateurs de crédit islamique, notamment au regard de la conception englobante du TEG. D'ailleurs, la Cour de cassation a exigé, pour une banque mutualiste, que les frais liés à la souscription des parts sociales soient inclus dans le TEG dès lors que cette souscription est une condition d'octroi du crédit¹²²⁸.

454. – Effectivité. L'article R. 313-1 du Code de la consommation part d'une hypothèse classique d'un prêt pour calculer le TEG pour appliquer effectivement le mécanisme du TEG : *« le calcul du taux effectif global repose sur l'hypothèse que le contrat de crédit restera valable pendant la durée convenue et que le prêteur et l'emprunteur rempliront leurs obligations selon les conditions et dans les délais précisés dans le contrat de crédit. Pour les contrats de crédit comportant des clauses qui permettent des adaptations du taux d'intérêt et, le cas échéant, des frais entrant dans le taux effectif global mais ne pouvant pas faire l'objet d'une quantification au moment du calcul, le taux effectif global est calculé en partant de l'hypothèse que le taux d'intérêt et les autres frais resteront fixes par rapport au niveau initial et s'appliqueront jusqu'au terme du contrat de crédit »*. Cette disposition permet certes de déterminer avec précisions le TEG lorsque l'hypothèse de base concorde avec l'octroi de crédit. En revanche, lorsque les postes de rémunération ne sont pas déterminables au

¹²²⁸ Voir infra, n° 456.

moment du calcul (« ne pouvant pas faire l'objet d'une quantification au moment du calcul »), le TEG repose sur une projection.

Pour rester au plus proche de la réalité, le droit communautaire a opté pour la méthode « équivalente » pour le calcul du TAEG (taux annuel effectif global) qui doit traduire « l'équivalence entre des prêts d'une part et des remboursements et des charges d'autre part »¹²²⁹. Depuis, la directive du 16 février 1998¹²³⁰, les crédits à la consommation obéissent à la méthode européenne¹²³¹. Depuis la loi du 1^{er} juillet 2010, et de son décret d'application¹²³², l'article R. 313-1 du Code de la consommation dispose que « le taux effectif global est dénommé « taux annuel effectif global » et calculé à terme échu, exprimé pour cent unités monétaires, selon la méthode d'équivalence définie par la formule figurant en annexe au présent article ». La méthode de l'équivalence retenue pour le TAEG applique-t-elle réellement le principe de l'effectivité ?

455. – Effectivité douteuse. Défissant la méthode de calcul du TAEG, le second alinéa du III, de l'article R. 313-1 du Code de la consommation, dispose que « le taux annuel effectif global est calculé actuariellement et assure, selon la méthode des intérêts composés, l'égalité entre, d'une part, les sommes prêtées et, d'autre part, tous les versements dus par l'emprunteur au titre de ce prêt pour le remboursement du capital et le paiement du coût total du crédit au sens du 5° de l'article L. 311-1, ces éléments étant, le cas échéant, estimés »¹²³³. Ce texte prévoit une égalité entre l'avance de fonds et le remboursement des fonds, et ce en retenant la méthode des intérêts composés. Il est assez difficile de comprendre une égalité entre l'avance des fonds et les fonds augmentés par des intérêts et autres postes de rémunération. D'ailleurs, cette égalité est écornée par deux autres précisions dans le texte : d'une part, une estimation est envisageable lorsque les éléments rémunérateurs ne peuvent être précisément connus au jour de la conclusion du crédit, et d'autre part, la méthode de calcul se fonde sur la technique des intérêts composés. On a vu que cette technique des intérêts composés consiste à intégrer dans le capital remboursable des intérêts pour calculer les intérêts subséquents dus par l'emprunteur.

¹²²⁹ Article 1 bis de la directive n° 90-88 du 22 février 1990.

¹²³⁰ Du Conseil et du Parlement européen, n° 98-7.

¹²³¹ Pour plus de détail, V. J. Dubos, actualisé par P. Coudert, art. préc., n° 96.

¹²³² Décret n° 2011-135 du 1^{er} février 2011 relatif aux modalités de calcul du taux effectif global.

¹²³³ Une disposition similaire concerne les crédits destinées aux professionnels : l'article R. 313-1, II, 2^{ème} alinéa, dispose que « le taux de période est calculé actuariellement, à partir d'une période unitaire correspondant à la périodicité des versements effectués par l'emprunteur. Il assure, selon la méthode des intérêts composés, l'égalité entre, d'une part, les

À ce stade, il nous semble que la partie réglementaire du Code de la consommation pousse à des pratiques qui ne sont pas effectivement transposables aux crédits islamiques. Si le taux de profit (marge bénéficiaire et taux de participation) ne doit pas être un taux fondé sur le calcul des intérêts composés, il doit intégrer l'assiette du TEG au regard des critères d'inclusion.

2) Les critères d'inclusion des éléments rémunérateurs dans le TEG

456. – Deux critères alternatives. Selon MM. Gavalda et Stoufflet, les conditions d'inclusion dans l'assiette du taux effectif global sont claires. Il suffit de distinguer les éléments au service du crédit des éléments qui ne le sont pas¹²³⁴. Ainsi, toutes les formes de rémunérations entrent dans le TEG lorsqu'ils sont directement liés à l'obtention du crédit¹²³⁵ ou lorsqu'ils constituent une condition d'octroi du crédit.

457. – Rémunérations incluses dans l'assiette du TEG. Le TEG comprend en outre les impôts et taxes contractuellement mis à la charge de l'emprunteur, la rémunération résultant d'un mandat de gestion imposé à l'emprunteur, la prime perçue par l'emprunteur pour la réduction du taux, le coût de réaménagement du prêt, les frais de forçage¹²³⁶ ainsi que le coût des garanties¹²³⁷. Un autre arrêt a jugé que les frais liés à la souscription d'une assurance-incendie entre dans l'assiette du TEG dès lors qu'elle conditionne l'octroi du crédit¹²³⁸.

sommes prêtées et, d'autre part, tous les versements dus par l'emprunteur au titre de ce prêt, en capital, intérêts et frais divers, ces éléments étant, le cas échéant, estimés ».

¹²³⁴ J. Gavalda et J. Stoufflet, op. cit., n° 380 et s. Il en est de même pour M. T. Bonneau, op. cit., n° 69.

¹²³⁵ T. Bonneau, op. cit., n° 69 : « si les frais, les commissions et les rémunérations sont obligatoirement liés, ils constituent des éléments entrant dans l'assiette du TEG ; si ce n'est pas le cas, ils sont exclus de cette assiette ». Il peut s'agir des frais de dossier, des frais de timbre et d'enregistrement, des frais liés aux actes notariés, du coût des sûretés, des primes d'assurances-incendies ou d'assurance-vie, des rémunérations versées à un intermédiaire.

¹²³⁶ D. Legeais, chron. R.D.T. com. avril juin 2008, p. 399.

¹²³⁷ S'ajoutent à cette liste, « le total des perceptions forfaitaires demandées en sus des intérêts en ventilant celles correspondant aux frais de dossiers et celles correspondant aux frais par échéance ». Sont donc inclus « les postes de décaissements induits par l'opération » (J. Dubos, actualisé par P. Coudert, *Intérêt et commissions : Fixations des taux d'intérêt*, préc., n° 112 ; voir aussi J. Dubos, *Intérêts et commissions : Cours, capitalisation et paiement des intérêts*, préc.).

¹²³⁸ Cass. Civ., 1^{ère}, 26 mai 2011, n° 10-13.861.

Ne sont pas comprises les primes d'assurance non obligatoire, les pénalités de retard, les indemnités pour remboursement anticipé¹²³⁹.

Sont donc incluses les dépenses qui constituent normalement une charge réelle pour l'emprunteur¹²⁴⁰, ce qui n'est pas forcément le cas lorsqu'ils lui sont remboursés (par ex. les frais d'enregistrement). Les juridictions de fonds ne suivent pas forcément la position de la Cour de cassation. Les juges d'appel de Dijon ont retenu que seules doivent être intégrées l'assiette du TEG les sommes « *qui représentent une charge définitive* »¹²⁴¹. Cette vision serait réductrice parce que l'article L. 313-1 du Code de la consommation ne prévoit nullement que c'est uniquement les charges définitives qui doivent être incluses¹²⁴². Par extension, la question de la souscription des parts sociales dans le but d'appliquer le principe du partage des profits et des pertes serait possible bien que ladite souscription soit un actif remboursable, selon la Cour de cassation¹²⁴³. Dans le crédit *mourabaha*, seuls doivent être incluses les dépenses directes ayant permis l'achat puis la revente du bien au client¹²⁴⁴.

Il en découle que le TEG applicable aux opérations de crédit islamique peut comprendre de nouveaux postes de rémunération s'ils sont une condition d'octroi du crédit ou s'ils sont liés directement au service du crédit. Non seulement seront inclus le taux de profit, mais aussi des frais, des commissions ou des primes d'assurance conformes à la loi islamique.

458. – Rémunérations exclues de l'assiette du TEG. En matière de crédits immobiliers, doivent donc être exclus du calcul du TEG, conformément à l'article L. 313-11 aliéna du Code de la

¹²³⁹ La Cour de cassation a jugé que les indemnités de remboursement anticipé n'ont pas vocation à intégrer le TEG parce qu'elles ne peuvent pas constituer une condition d'octroi du crédit, voir Cass. Civ 1^{ère}, 27 septembre 2005, Banque et Droit, n° 105, janvier-février 2006, p. 59, obs. Th. Bonneau.

¹²⁴⁰ D. Legeais, chron. préc., p. 397 : « *le coût total du crédit pour le consommateur devrait inclure les coûts, y compris les intérêts, les commissions, les taxes, la rémunération des intermédiaires de crédit et les autres frais que le consommateur est tenu de payer dans le cadre du crédit, à l'exception des frais de notaire. La connaissance réelle que le prêteur a des coûts devrait être évaluée objectivement en tenant compte des règles de diligence professionnelle* ».

¹²⁴¹ CA Dijon, Ch. civ. B, 19 mars 2009 in « Chronique de droit bancaire », sous la direction de J. Stoufflet et de N. Mathey, JCP E, 29 octobre 2009, p. 12, n° 16.

¹²⁴² Idem : En l'espèce, « *le fait qu'il existe une incertitude sur l'intervention du fonds (de garantie) créé par la société de caution mutuelle, qui le cas échéant pourra se traduire in fine par un remboursement à l'emprunteur d'une partie des sommes, est inopérant* ». La Cour d'appel de Paris a admis que ces souscriptions fassent parties de l'assiette du TEG (CA Paris, 15^{ème} Ch. B, 6 octobre 2005, même réf.).

¹²⁴³ Cass. Civ. 1^{ère}, 23 novembre 2004, Bull. civ. I, n° 289, p. 243 ; Revue de dr. banc. et fin., janv.-fév. 2005, p. 14, obs. Crédot et Gérard.

¹²⁴⁴ Article 4/4, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer* : « *The institution is not entitled to include in the base cost of the item, for the purpose of calculating the Murabaha price, any amounts other than the direct expenses that are paid to a third party. It is not permissible, for example, for the institution to add to the cost of the item payments made to its own staff for their work, and the like* ».

consommation¹²⁴⁵, les charges liées aux garanties qui l'assortissent, ainsi que les honoraires d'officiers ministériels, lorsque leur montant ne peut être indiqué avec précision antérieurement à la conclusion définitive du contrat. Doivent également être exclues, les primes ou cotisations d'assurance-incendie, car elles ne se rapportent pas aux risques inhérents à la personne de l'emprunteur, mais relèvent de la bonne gestion de tout immeuble, qu'il soit ou non financé par un prêt¹²⁴⁶.

Dès lors que le dispensateur de crédit islamique a fixé l'assiette du TEG, il devra le mentionner dans le contrat de crédit.

B) La mention obligatoire du TEG dans les contrats de crédit islamique

459. – Fondement juridique de la mention obligatoire du TEG. L'article L. 313-2 du Code de la consommation dispose que « *le taux effectif global déterminé comme il est dit à l'article L. 313-1 doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt* ». Ce texte ne vise ni les opérations de crédit, ni les contrats de crédit. Faut-il comprendre que seuls sont visés les prêts au sens civilistes, et non les autres formes de mise à disposition ? La mention du TEG dans les contrats de crédit-bail n'est pas obligatoire parce que le client paie des loyers, le Code de la consommation prévoit des méthodes de calcul du TEG pour différents types de crédit. Sont encadrés les découverts¹²⁴⁷, les crédits destinés aux professionnels¹²⁴⁸, les contrats d'affacturage¹²⁴⁹, les opérations d'escompte¹²⁵⁰ et dans les opérations d'épargne-logement¹²⁵¹.

¹²⁴⁵ « Toutefois, pour l'application des articles L. 312-4 à L. 312-8, les charges liées aux garanties dont les crédits sont éventuellement assortis ainsi que les honoraires d'officiers ministériels ne sont pas compris dans le taux effectif global défini ci-dessus, lorsque leur montant ne peut être indiqué avec précision antérieurement à la conclusion définitive du contrat ».

¹²⁴⁶ Lamy Droit Économique, 2010, n° 5813.

¹²⁴⁷ Article R. 313-2 du Code de la consommation : « Pour une autorisation de découvert ou une facilité de découvert, lorsque le taux annuel effectif global est calculé avant leur utilisation, le calcul est effectué selon la méthode définie par la formule figurant en annexe au présent code et mentionnée au III de l'article R. 313-1 ». Ce texte devra alors s'appliquer dans les crédits adossés au contrat de *tawarruq*.

¹²⁴⁸ Article L. 313-1, II du Code de la consommation : « Pour les opérations de crédit destinées à financer les besoins d'une activité professionnelle ou destinées à des personnes morales de droit public ainsi que pour celles mentionnées à l'article L. 312-2, le taux effectif global est un taux annuel, proportionnel au taux de période, à terme échu et exprimé pour cent unités monétaires. Le taux de période et la durée de la période doivent être expressément communiqués à l'emprunteur.

Par ailleurs, la jurisprudence ne s'attache pas à la qualification de prêt pour obliger le banquier à mentionner le TEG. « *Il reste que pour certains juges du fond, l'article L. 313-2 du Code de la consommation, qui impose de mentionner le TEG dans tout contrat de prêt, a vocation à s'appliquer à tout crédit consenti sous quelque forme que ce soit et non pas seulement aux crédits à la consommation ou immobiliers* »¹²⁵². Selon MM. Dubos, et Coudert, « *depuis la loi du 28 décembre 1966, le taux qui doit être écrit ne peut être que le TEG. Cette règle vise les prêts civils et commerciaux auxquels la Cour de cassation*¹²⁵³ *en fait indistinctement une application* »¹²⁵⁴. Cette mention permet donc au banquier de remplir son obligation d'information¹²⁵⁵. Rappelons aussi que « *les crédits peuvent être consentis aux consommateurs mais également aux professionnels. S'agissant de ces derniers, l'hésitation était permise dans la mesure où l'exigence d'une stipulation écrite du TEG figure dans le Code de la consommation. Mais la Cour de cassation a choisi de conférer à ce texte une portée générale. Il importe donc peu que le prêt ait une finalité professionnelle* »¹²⁵⁶.

« Le taux de période est calculé actuariellement, à partir d'une période unitaire correspondant à la périodicité des versements effectués par l'emprunteur. Il assure, selon la méthode des intérêts composés, l'égalité entre, d'une part, les sommes prêtées et, d'autre part, tous les versements dus par l'emprunteur au titre de ce prêt, en capital, intérêts et frais divers, ces éléments étant, le cas échéant, estimés.

« Lorsque la périodicité des versements est irrégulière, la période unitaire est celle qui correspond au plus petit intervalle séparant deux versements. Le plus petit intervalle de calcul ne peut cependant être inférieur à un mois.

« Lorsque les versements sont effectués avec une fréquence autre qu'annuelle, le taux effectif global est obtenu en multipliant le taux de période par le rapport entre la durée de l'année civile et celle de la période unitaire. Le rapport est calculé, le cas échéant, avec une précision d'au moins une décimale.

« Si le crédit prend la forme d'une ouverture de droits de tirage destinée à financer les besoins d'une activité professionnelle, le taux effectif global est calculé sur la totalité des droits mis à la disposition du client ».

¹²⁴⁹ Article R. 313-1-1 du Code de la consommation : « *Lorsqu'il s'agit d'une avance réalisée dans le cadre d'un contrat d'affacturage, le taux effectif global est un taux annuel, proportionnel au taux de période et exprimé pour cent unités monétaires.*

« Le montant de l'avance à prendre en considération pour le calcul du taux effectif global est rapporté, selon la méthode des nombres, à une période d'un jour. « Ce taux est calculé selon la formule figurant en annexe au présent article ».

¹²⁵⁰ Article R. 313-3 : « *Lorsqu'il s'agit d'une opération d'escompte, le taux de période s'entend du rapport qui s'établit entre les intérêts et frais divers dus par l'emprunteur au titre de l'escompte et le montant de l'effet escompté. La période est égale au nombre de jours de calendrier, de la date de négociation exclue jusqu'à la date réelle d'échéance de l'effet incluse ; cette période ne peut être retenue pour une durée inférieure à dix jours ».*

¹²⁵¹ Article R. 313-5 : « *Lorsque l'octroi d'un prêt est subordonné à une phase d'épargne préalable, le taux effectif global est calculé sans tenir compte de cette phase d'épargne ».*

¹²⁵² Lamy Droit économique, 2010, n° 5819.

¹²⁵³ Cass. com., 17 mai 1982, BC IV, n° 181 ; et Cass. com., 11 janvier 1984, BC IV, n° 15, arrêts explicites.

¹²⁵⁴ J. Dubos, actualisé par P. Coudert, art. préc., n° 112.

¹²⁵⁵ « *Le prêteur qui a accordé un crédit suivant une offre préalable ne comportant pas de formulaire détachable de rétractation doit être déchu de son droit aux intérêts* », Cass. 1^{re} civ., 14 janvier 2010, n° 08-20.403, Rev. dr. ban. et fin., mars-avril 2010, p. 54, commentaires X. Lagarde et N. Mathey.

¹²⁵⁶ J. Dubos, actualisé par P. Coudert, art. préc., n° 112. Voir Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 2002 : JurisData n° 2002-012662 ; JCP N 2002, 1529, note A. Morin ; Rev. dr. ban. et fin., mars-avr. 2002, act. 40, p. 65, obs. F. Crédot et Y. Gérard : Sont aussi concernés les actes notariés constatant un prêt à finalité professionnelle ; voir également Cass. com., 5 oct. 2004 :

Le TEG est donc obligatoirement mentionné dans l'offre de crédit du crédit à la consommation et du crédit immobilier¹²⁵⁷. De même pour les découverts¹²⁵⁸, et pour l'affacturage lorsque le facturé a la faculté de prélever des sommes sur le compte-courant par anticipation de l'échéance¹²⁵⁹. En outre, qu'il s'agisse d'une convention établie par un acte sous seing privé ou par un acte authentique, le TEG doit figurer dans le contrat¹²⁶⁰.

Dès lors que le crédit islamique est qualifié en l'un ou l'autre type de crédit, la mention du TEG deviendra obligatoire. Concourent, en outre, à cette obligation de mentionner le TEG dans les contrats de crédit, les obligations en matière de publicité¹²⁶¹, ainsi que la valeur juridique de la mention du TEG.

460. – Valeur juridique de la mention du TEG. La mention du TEG dans les contrats de crédit est « *prescrite ad validitatem et non seulement de preuve* »¹²⁶². Cela signifie que le contrat de crédit n'est valide que si le TEG est mentionné dans le contrat.

JurisData n° 2004-025093 ; JCP E 2004,1609. – Cass. com., 5 oct. 2004 : JurisData n° 2004-025093 ; Banque et droit janv.-févr. 2005, n° 99, p. 68, Th. Bonneau. – Cass. 1re civ., 3 mai 2007 : JurisData n° 2007-038378.

¹²⁵⁷ Voir les articles L. 311-10 et L. 312-8 du Code de la consommation.

¹²⁵⁸ Cass. com., 9 févr. 1988 et Cass. com., 12 avr. 1988 : JCP G 1988, II, 21026, note C. Gavalda et J. Stoufflet ; R.T.D. com. 1988, p. 475, obs. M. Cabrillac et B. Teysse ; D. 1988, jurispr. p. 309, concl. Jéol.

¹²⁵⁹ Cass. 1^{re} Civ., 30 mai 2006, n° 03-17.646, Sté GPV c/ Sté GE FactoFrance Heller, Rev. dr. ban. et fin., Janv.-Fév. 2007, p. 13, note F. J. Crédot et T. Samin : « *le mécanisme d'affacturage participe à la fois de l'assurance et du crédit étant donné que le factor règle de façon plus ou moins anticipée le fournisseur et qu'il assume les risques de non paiement en cas de défaillance du débiteur* ».

¹²⁶⁰ D. Legeais, *La rémunération du prêteur*, J.-cl. Commercial, fasc. 356, n° 54 à 58 : Cass. 1re civ., 22 janv. 2002 : JurisData n° 2002-012662 ; D. 2002, p. 884, note A. Lienhard ; D. 2002, p. 2670, note Debet ; Banque et droit mars-avr. 2002, n° 82, p. 54, obs. Th. Bonneau ; JCP N 2002, p. 1341, obs. L. Leveneur ; JCP E 2003, 466, note J. Stoufflet ; R.T.D. civ. 2002, p. 287, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP N 2002, 1529, note A. Morin. – Cass. com., 5 oct. 2004 : JurisData n° 2004-025093 ; JCP E 2005, 133, obs. S. Piedelièvre ; R.T.D. com. 2005, p. 153, obs. D. L. – Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2008 : JurisData n° 2008-045627

¹²⁶¹ Article L. 311-4 du Code de la consommation : « *Toute publicité, quel qu'en soit le support, qui porte sur l'une des opérations visées à l'article L. 311-2 et indique un taux d'intérêt ou des informations chiffrées liées au coût du crédit mentionne de façon claire, précise et visible les informations suivantes à l'aide d'un exemple représentatif :*

« *1° Le taux débiteur et la nature fixe, variable ou révisable du taux, sauf pour les opérations de location-vente ou de location avec option d'achat, ainsi que les informations relatives à tous les frais compris dans le coût total du crédit pour l'emprunteur ; 2° Le montant total du crédit ; 3° Le taux annuel effectif global, sauf pour les opérations de location-vente ou de location avec option d'achat ; 4° S'il y a lieu, la durée du contrat de crédit ; 5° S'il s'agit d'un crédit accordé sous la forme d'un délai de paiement pour un bien ou un service donné, le prix au comptant et le montant de tout acompte ; 6° Le montant total dû par l'emprunteur et le montant des échéances* ». Voir aussi l'article L. 311-5 Code de la consommation : « *Dans toute publicité écrite, quel que soit le support utilisé, les informations relatives au taux annuel effectif global, à sa nature fixe, variable ou révisable, au montant total dû par l'emprunteur et au montant des échéances, ainsi que la mention visée au dernier alinéa, doivent figurer dans une taille de caractère plus importante que celle utilisée pour indiquer toute autre information relative aux caractéristiques du financement, notamment le taux promotionnel, et s'inscrire dans le corps principal du texte publicitaire* ».

¹²⁶² C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 515.

La sanction de l'absence d'un écrit fixant le taux d'intérêt conventionnel est la substitution par le taux d'intérêt légal¹²⁶³. La stipulation de l'intérêt et la stipulation du taux de cet intérêt se confondent partiellement de sorte que le défaut de la seconde n'a pas forcément des répercussions sur la première : *« la stipulation du taux d'intérêt est nulle sans que cette nullité frappe la stipulation de l'intérêt : le taux légal doit être substitué au taux convenu. Il s'agit d'une nullité relative, la mention du TEG étant exigée uniquement dans l'intérêt de l'emprunteur. En conséquence, l'action en nullité se prescrit par 5 ans ; seul l'emprunteur peut se prévaloir de la nullité ; il peut également la confirmer »*¹²⁶⁴. C'est pourquoi la stipulation de l'intérêt doit être expresse alors que la stipulation du taux d'intérêt doit être écrite¹²⁶⁵. *« À défaut de stipulation expresse, aucun intérêt ne sera dû par le débiteur »*¹²⁶⁶.

Des auteurs affirment que *« le TEG ne fait l'objet d'aucun consentement »*, alors que *« seul le taux de l'intérêt conventionnel fait l'objet d'un accord entre les parties »*¹²⁶⁷. Mais, la Cour de cassation a jugé que *« l'omission du taux effectif global dont la mention est exigée dans un contrat de prêt est exclusivement sanctionnée par la substitution au taux d'intérêt contractuel le taux d'intérêt légal »*¹²⁶⁸. En conséquence, *« l'incidence financière peut être plus lourde qu'une simple substitution du taux légal au taux conventionnel, qui constitue en temps normal la sanction d'un défaut d'indication ou d'une indication erronée du TEG pratiqué. (...) Il convient donc d'être particulièrement vigilant lors de la détermination du TEG en veillant à ne pas oublier les postes de frais qui méritent d'être intégrés dans son calcul »*¹²⁶⁹. La chambre criminelle de la Cour de cassation a adopté le même principe en ce qui concerne l'intégration des frais qui sont une condition d'octroi du crédit. *« Les chambres civiles se font l'écho de cette jurisprudence et retiennent, a contrario, que le « coût d'une assurance facultative dont la souscription ne conditionne pas l'octroi du prêt, n'entre pas dans la détermination du taux effectif global » »*¹²⁷⁰. Il en est de même pour la

¹²⁶³ Cass. Com., 13 mars 2007, Rev. dr. ban. et fin., juillet-août 2007, p. 15, note F.J. Crédot et T. Samin.

¹²⁶⁴ Th Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 69.

¹²⁶⁵ Ibidem, n° 68 et 69 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 514 : *« toutefois, l'article 1906 du Code civil tempère cette exigence en disposant que l'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés ne peut les répéter, ni les imputer sur le capital »* ; voir aussi D. Schmidt et P. Lutz, *Réflexion sur les articles 1907 alinéa 2 du Code civil et 4 de la loi du 28 décembre 1966*, art. préc.

¹²⁶⁶ Th Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 68.

¹²⁶⁷ R. Martin, obs. sous Cass. Com., 10 mai 1994, D. 1994, 550, Col 2 ; F. J. Crédot et T. Samin, note sur Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, Rev. dr. ban. et fin., n° 3, mai – juin 2006, p. 16 et 17.

¹²⁶⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 octobre 2010, n° 09-13. 864.

¹²⁶⁹ X. Lagarde, note sous Cass. Civ., 1^{ère}, 26 mai 2011, n° 10-13.861, Revue de dr. banc. et fin., Septembre-octobre 2011, p. 33.

¹²⁷⁰ Idem.

commission d'intervention qui rémunère le banquier lorsque l'emprunteur dépasse le montant maximum d'un découvert¹²⁷¹.

La stipulation d'un TEG erroné est aussi sanctionnée par la nullité du TEG¹²⁷². Selon la Cour de cassation, « *la mention erronée du TEG dans un avenant à un contrat de prêt, dans lequel le taux d'intérêt est licite et le TEG exactement mentionné, entraîne le retour au taux antérieur stipulé au contrat et non l'application du taux d'intérêt légal* »¹²⁷³.

461. – Mention du TEG dans les contrats de crédit islamique. Étant donné que le crédit islamique écarte la clause d'intérêt, il échapperait au formalisme tant de la stipulation expresse de l'intérêt, que de la stipulation écrite de son taux ainsi que de la mention obligatoire du TEG¹²⁷⁴. Cette analyse est fautive pour deux raisons. D'une part, l'article L. 313-2 du Code de la consommation exige la mention du TEG dans tout contrat de prêt, en ne précisant pas s'il s'agit de prêt à intérêt ou non. Mais, se pose la question de savoir si tous les types de crédits islamiques sont des prêts au sens du droit civil. Les contrats de *mourabaha*, d'*istisna*, d'*ijara*, de *moucharaka* ou de *moudaraba* ne sont pas des contrats de prêts. Toutefois, la structuration des mises à disposition de fonds adossant sur l'un et/ou l'autre contrat doit conduire à les qualifier d'opération de crédit. C'est cette dernière qualification qui imposera de mentionner dans les conventions de crédit islamique le TEG. Et, d'autre part, en droit musulman, le verset 282 de la deuxième sourate exige non seulement un écrit mais aussi deux témoins lorsque les parties contractent une dette, prescription étonnante au regard de la date de révélation (environ 615 après Jésus-Christ).

Il reste par ailleurs à déterminer l'assiette du TEG applicable aux crédits islamiques.

¹²⁷¹ CA Riom, ch. Com., 9 février 2011, n° RGRG10/00650, M. Jean-Clause M. et a. C/ SA Société Générale ; CA Rouen, Ch. Proximité, 25 novembre 2010, n° RG 08/03715, Me Berel, mandataire liquidateur de la SARL Centrale de déstockage et a. c/ SA CIC Banque Scalbert Dupont – Crédit industriel de Normandie ; CA Poitiers, 2^{ème} ch. Civ., 188 janvier 2011, Caisse de crédit mutuel de Poitiers Hôtel de ville c/ M. Benoît D. et a. ; J. proximité Strasbourg, 29 mars 2011, n° RG 91-10-000683, M. Gilles M. C/ SA Banque CIC Est, voir aussi Rép. min. n° 1984, JO Sénat Q, 15 septembre 2011, p. 2392, in Revue de dr. banc. et fin., Septembre-octobre 2011, p. 30, note X. Lagarde et N. Mathey.

¹²⁷² Cass. 1^{re} Civ, 7 mars 2006, Rev. dr. ban. et fin., n° 3, mai – juin 2006, p. 16 et 17, note de F. J. Crédot et T. Samin.

¹²⁷³ Cass. 1^{ère} Civ., 27 février 2007, Sté Auxifip c/ Cne de Roubaix, D. 2007, n° 14, p. 938, note C. Rondey ; Rev. dr. Ban. et fin., juillet-août 2007, p. 13 et 14, note F.J. Crédot et T. Samin.

¹²⁷⁴ La preuve de la première sera régie par l'article 1326 du Code civil alors que l'exigence de l'écrit de la seconde résulte de la combinaison des articles 1907 alinéa 2 du Code civil et L. 313-2 du Code de la consommation : Cass. 1^{ère} Civ., 24 juin 1981, BC I, n° 233 et 234 ; JCP G, 1982, II, 19713, note M. Vasseur ; JCP CI, 1983, II, 14001, n° 58, note Gavalda et Stoufflet ; Cass. 1^{ère} Civ., 12 mai 1982, BC I, n° 175 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 janvier 2002, Bull. civ. I, n° 22, p. 17. La preuve de la première sera régie par l'article 1326 du Code civil alors que l'exigence de l'écrit de la seconde résulte de la combinaison des articles 1907 alinéa 2 du Code civil et L. 313-2 du Code de la consommation.

§2) Les composantes du TEG applicable aux opérations de crédit islamique

462. – « **TEG islamique** » ? Le TEG applicable aux crédits islamiques ne doit pas mentionner l'intérêt. Il doit être remplacé par un profit, ou plus précisément par un taux de profit déterminable soit par la clause de participation, soit par la marge bénéficiaire, soit par les deux simultanément (A). En outre, ledit TEG doit comprendre des nouveaux types de frais (B), de nouvelles formes de commissions (C) ainsi que de primes d'assurance (D) inhérentes aux opérations de crédit islamique.

A) La substitution de l'intérêt par le profit

463. – **TEG et coût du crédit islamique.** Au Royaume-Uni, le coût du financement est communiqué grâce l'« Annual Percentage Rate » qui est l'équivalent du taux d'effectif global¹²⁷⁵. L'Islamic Bank of Britain – première banque de détail islamique en activité en Grande-Bretagne – annonce les taux de profit pour les différents types de crédits (*mourabaha*, *ijara*, *moucharaka* dégressive combinée à l'*ijara*). Par exemple, le taux du crédit *mourabaha* se situait entre 7,9 et de 10,9% selon que le crédit est un crédit à la consommation ou un crédit immobilier¹²⁷⁶.

En droit français, pour écarter toute critique sur l'opacité du coût du crédit islamique, ce dernier doit être encadré comme le crédit conventionnel, mais en stipulant une clause de participation (2) et/ou une marge bénéficiaire (3) alors même qu'il existe de très forte ressemblance entre le calcul du profit et celui de l'intérêt (1).

¹²⁷⁵ Mathieu Vasseux, *The next chapter in islamic finance, Higher rewards but higher risks*, Oliver Wyman, 2009, p. 24.

¹²⁷⁶ Voir les tableaux, Annexe V.

1) Le calcul du profit : une méthode similaire à celle du calcul du montant de l'intérêt

464. – Taux de profit versus taux d'intérêt. Les banques conventionnelles se réfèrent à un taux appelé « taux de base bancaire » pour fixer le taux d'intérêt. Propre à chaque établissement de crédit, les banques tiennent compte du taux de refinancement auprès de la banque centrale ou celui fixé par le marché interbancaire. S'il existe une liberté dans la stipulation de l'intérêt, des auteurs indiquent que le taux d'intérêt « *en revanche, échappe au strict principe de l'autonomie de la volonté* »¹²⁷⁷.

En pratique, une banque islamique tient compte du rendement du capital employé. Ceci en appliquant le ratio résultat net/capitaux propres (Return on Equity)¹²⁷⁸ ainsi que le taux de rendement interne (Return on Investment). Ce dernier taux est le moyen d'analyser la rentabilité d'un investissement en égalisant les flux versés (investissement) et les flux futurs (profits nets, « *cash flow* » disponible). La décision pour fixer le taux de profit peut revenir au conseil d'administration. Par exemple, si le taux d'intérêt est de 10% et que le taux de rendement interne est de 8%, le conseil choisira soit le taux découlant du marché, soit son taux de rendement interne, soit la moyenne des deux pour s'aligner sur la concurrence.

Mais, le véritable enjeu pour l'industrie bancaire islamique est de déterminer de nouvelles références de rentabilité, à savoir un taux de profit qui devra remplacer à terme les taux d'intérêt pour rester en accord avec son esprit. Il s'agit en définitive de remplacer les références aux taux LIBOR, EURIBOR, EONIA¹²⁷⁹ comme référentiel pour se rémunérer. À cet égard, un auteur a proposé une méthodologie qui s'articule autour des indicateurs tant économiques que sociales¹²⁸⁰. Deux séries d'indicateurs en constituent le socle. Le premier tient compte :

¹²⁷⁷ Isabelle Petel-Teyssié, *Prêt à intérêt*, J.-CL., Code civil, Articles 1905 à 1908, fasc. 1, n° 30.

¹²⁷⁸ Ce dernier est néanmoins subjectif parce que le rendement augmente lorsque les capitaux propres diminuent. En conséquence, les fonds propres sont substitués par l'endettement pour assurer un effet de levier.

¹²⁷⁹ L'EURIBOR est la référence privilégiée pour tous les montages financiers de court terme, qu'ils fassent ou non intervenir les marchés financiers, et pour les opérations de couverture contre les risques.

¹²⁸⁰ Nous reprenant dans les grandes lignes les propositions formulées par M. Ameen Ahsan Muliyaithil, *Alternative to Benchmarking on LIBOR*, diffusées par ifbnet@yahoo.com ; voir aussi M. A. El-Gamal, *Islamic Finance, Law, Economics and Practice*, Cambridge University Press, 2006, p. 77 – 80. Il faut aussi rappeler que les banques islamiques disposent d'un taux de profit proposé par Reuters, voir supra, n° 9 – 10.

- soit de la moyenne des taux de rendement interne (TRI) de toutes les sociétés cotées sur une place financière donnée, dès lors que les titres ont été filtrés ;
- soit de la moyenne des TRI des sociétés dans un même secteur d'activité. Ce taux devra permettre d'évaluer une entreprise par rapport à toutes les autres ou encore par rapport au taux de croissance du secteur d'activité dans lequel elle évolue.

Quant au second, il permettra d'ajuster le taux de profit grâce à un taux de croissance globale qui correspondra à la moyenne du taux de croissance d'un pays, d'un secteur d'activité économique ou d'une entreprise. Cet ajustement devra s'appliquer aux opérations de crédit islamique conclues par des sociétés évoluant dans un secteur d'activité visée par l'objet dudit taux.

Ces deux indicateurs peuvent aussi être complétés par les indices conformes à la loi islamique établis par exemple par Dow Jones, FTSE ou Standard & Poor's.

M. El-Gamal indique qu'un autre moyen serait de prendre en référence les marchés des *sukuk* à travers les nombreuses places financières. Plus spécialement, ces instruments de fourniraient un panier pour déterminer un taux de profit de référence¹²⁸¹. Ceci nous rapproche des taux des marchés obligataires.

465. – Taux de profit dépendant des facteurs socio-économiques. Par contre, ce taux ne doit pas se contenter uniquement d'indicateurs économiques. Elle devra aussi s'attacher à l'environnement de toutes les entreprises susceptibles d'emprunter des fonds. Ici, le souci est de tisser des liens étroits avec la sphère de l'économie réelle. De plus, il faut tenir compte des facteurs sociaux-économiques tels que les dépenses en direction des ressources humaines et la contribution sociale des entreprises. Dès lors, le taux de création d'emploi, le « taux d'investissement interne » et/ou le taux de renouvellement du personnel pourront concourir à constituer le panier du taux de profit islamique.

Le « taux d'investissement interne » est un taux qui indique si les sociétés ont investi dans la formation de son personnel. L'investissement « interne » sera comparé à l'indice qui mesure le moral des salariés, en tenant compte des programmes d'évolution hiérarchique ou des programmes de formation aux concepts de l'économie et de la finance islamique.

Enfin, ce taux doit nécessairement refléter la contribution sociale des entreprises. Seraient pris en compte les investissements effectués dans les secteurs de l'éducation, de la préservation de l'environnement, de la recherche et le développement (R&D) ainsi que ceux finançant les

¹²⁸¹ A. El-Gamal, *Islamic Finance, Law, Economics and Practice*, op. cit., p. 79 – 80.

programmes de financement destinés à éradiquer la pauvreté. Dans ce dernier cas, les programmes et les chiffres seront obtenus, par les banques islamiques, via les informations comptables indiquant les montants payés au titre de la *zakat*¹²⁸² et/ou les dons (*sadaqa*) finançant des activités philanthropiques.

S'agissant des financements participatifs, le distributeur de crédit islamique doit forcément indiquer un taux de participation.

2) La substitution de l'intérêt par la clause de participation

466. – Distinction clause de participation et frais liés à la souscription de parts sociales. Après une période de balbutiement, la Cour de cassation a admis la validité des clauses de variation du taux d'intérêt¹²⁸³. Par analogie, n'est-il pas possible d'insérer des clauses de rémunération variable qui refléterait la participation aux résultats d'une entreprise ? C'est certes envisageable. En revanche, une distinction importante doit être effectuée dans la mesure où la clause de participation qui remplacerait l'intérêt se différencie des frais liés à la souscription de parts sociales.

467. – Jurisprudence constante sur l'intégration des frais liés à la souscription des parts sociales. Dans un arrêt du 23 novembre 2004, la Cour de cassation a jugé que lesdites parts entrent dans l'assiette du TEG lorsque les statuts d'une banque mutualiste imposent aux emprunteurs de prendre la qualité de sociétaires¹²⁸⁴. Alors même que des juridictions de fonds et une partie de la doctrine critiquent cette position, la Haute juridiction a réitéré sa position à plusieurs reprises¹²⁸⁵.

¹²⁸² Voir supra, n° 19, 180 – 183.

¹²⁸³ Suite aux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, du 1^{er} décembre 1995, Rev. dr. banc. fin., 1996, p. 46, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; JCP G 1996, II, 22565, note J. Ghestin, Revue Banque 1996, p. 82, obs. J.-L. Guillot.

¹²⁸⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 23 novembre 2004, Bull. civ. I, n° 289, p. 243 ; Revue de droit banc. et fin., janv.-fév. 2005, p. 14, obs. Crédot et Gérard : en l'espèce, l'organisme était un crédit mutuel au sens de la loi du 10 septembre 1947 relatives aux coopérations. Son article 3 disposait qu'elles ne pouvaient admettre des tiers, non sociétaires, à bénéficier de leur concours. Or, l'article L. 512-55 du CMF leur [caisses de crédit mutuel] permet de recevoir des dépôts des personnes physique ou morale et admettre des tiers non sociétaires à bénéficier de leurs concours ou de leurs services.

¹²⁸⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 8 juillet 2007, pourvoi n° 04-18.668, arrêt n° 1232, Époux Maire c/ Caisse de crédit mutuel d'Auxerre La Fontome ; Cass. 1^{ère} Civ., 6 décembre 2007, pourvoi n° 05-17.842, arrêt n° 1412, Thomas c/ CRCAM du Morbihan, R.T.D.com., mars/avril 2008, p. 159, chron. D. Legeais ; Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 2010, n° 09-67-089, FS+P+B+I, M. F. Idelot c/ Sté Casden banque populaire : Jurisdata n° 2010-023213, Revue dr. banc. et fin., mars-avril 2011, note F. J. Crédot et Th. Samim, p. 55.

La difficulté est de savoir si l'article L. 313-1 du Code de la consommation qui affirme « *sont ajoutés aux intérêts* » interdit une substitution de la clause d'intérêt par une clause de participation. Ce texte est suffisamment général pour que des nouvelles formes de rémunération intègrent l'assiette du TEG, lesquelles devant être distinguées des frais et des commissions « classiquement » exigés pour les crédits conventionnels. Plus précisément, la clause de participation peut substituer l'intérêt parce que le TEG comprend également les « *rémunérations de toute nature* ».

468. – Divergence entre la Cour de cassation et la Cour d'appel d'Orléans. En ce qui concerne la souscription de parts sociales, un des motifs du refus de les intégrer dans l'assiette du TEG de la Cour d'appel d'Orléans était de juger que les parts sociales constituent « un actif remboursable »¹²⁸⁶ alors que la Cour de cassation a jugé que si elle est une condition d'octroi du crédit, elle doit l'intégrer. Cette divergence résulte de deux arguments qui se situent à différents stade de l'opération. La Cour d'appel se positionna sur le dénouement de l'opération de crédit alors que la Cour de cassation sur les conditions de formation du contrat du crédit. Néanmoins, ces deux décisions opposées offrent un fondement juridique à un TEG sans intérêt. Avant la Cour d'appel, le jugement rendu par le Tribunal d'instance de Poitiers qui a jugé que les parts sociales ne représentent que « *la contrepartie financière d'un apport en numéraire* » alors que les frais dont il est question à l'article L. 313-1 du Code de la consommation sont des « *débours exposés à fonds perdus* » tout en affirmant que lesdites parts sont des actifs remboursables¹²⁸⁷. Finalement, la Cour de cassation a réitéré sa position¹²⁸⁸.

469. – Divergence doctrinale. Une partie de la doctrine s'oppose à cette intégration au motif que le TEG présenterait un risque d'indétermination du critère de lien direct. MM. Crédot et Samin qui s'opposent à l'intégration des frais liés aux parts sociales estiment qu'« *il ne faut pas confondre dépense certaine, frais, débours ou commissions avec une participation au capital du prêteur, un*

¹²⁸⁶ CA d'Orléans, Ch. commerciale, économique et financière, 6 avril 2006, inédit, Rev. dr. banc. et fin., juillet-août 2006, p. 10, note F. J. Crédot et T. Samin.

¹²⁸⁷ TI Poitiers, 13 mars 2009, Idelot c/ SA Casden BP, Chronique de Droit bancaire, sous la direction de J. Stofflet et de N. Mathey, JCP E, 29octobre 2009, p. 12, n° 17 ; voir aussi TGI Orléans, 16 janvier 2009, Lagrageuil c/ SA Banque populaire Val de France, Rev. Dr. banc. et fin., juillet-août 2009, commentaires F.-J. Crédot et T. Samin, p. 44 et 45.

¹²⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 2010, n° 09-67-089, FS+P+B+I, M. F. Idelot c/ Sté Casden banque populaire : Jurisdata n° 2010-023213, RD banc. et fin., mars-avril 2011, note F. J. Crédot et Th. Samim, p. 54.

investissement »¹²⁸⁹. Or, c'est ce que recherche le crédit islamique. Selon eux, « *sans verser dans le byzantinisme juridique ou alimenter le byzantinisme jurisprudentiel, on ne peut que constater que les sommes concernées ici n'ont aucunement la nature de frais ou de commission ou de rémunération. Mais cela importe peu pour les hauts conseillers de la première chambre civile. Gênés par l'objection, ils l'évacuent, l'escamotent, la contournent, en faisant de la condition de l'obtention du crédit le seul critère d'inclusion de ces sommes dans le TEG. Peu importe pour eux que s'agissant de la souscription de parts sociales, les versements considérés servent à l'acquisition d'un actif financier (...) Peu importe aussi que les parts sociales soient (sauf hypothèse assez théorique de la faillite de la banque mutualistes ou coopératives concernée) remboursables* »¹²⁹⁰. Tous ces arguments servent en réalité à « légaliser » la substitution de la clause d'intérêt par la clause de participation. De plus, et assez étrangement, les auteurs commentèrent conjointement un autre arrêt portant cette fois-ci sur l'intégration de la « *somme payée par l'emprunteur au titre de la constitution d'un fonds de garantie créé par la société de caution mutuelle pour garantir la bonne exécution du prêt dont le montant est déterminé lors de la conclusion du prêt* »¹²⁹¹.

MM. Gavalda et Mathey émettent une grande réserve aux décisions du Tribunal de Poitiers en invoquant la finalité du TEG qui est d'effectuer des « *comparaisons afin de permettre au candidat à l'emprunt de prendre simplement sa décision de recourir à tel prêt plutôt qu'à un autre* »¹²⁹². M. R. Routier affirme que « *les juridictions de fond – sans doute ragaillardies par une certaine doctrine, elle-même minoritaire, et hostile à la première chambre civile sur cette question – ont manifesté ici leur résistance. La portée de leurs décisions ne devrait toutefois pas être exagérée : en méconnaissant la finalité du TEG, elles encourent la censure. Il est dès lors permis de penser qu'elles sont davantage la marque d'un combat d'arrière-garde, que l'annonce d'un revirement* »¹²⁹³. Ainsi, selon ce dernier courant doctrinal, il revient aux parties à une convention de crédit de déterminer la nature de leur engagement ainsi que les conséquences pécuniaires. D'ailleurs, « *pour justifier la solution, il est aussi permis de faire valoir que le risque de non-remboursement de*

¹²⁸⁹ Note F. J. Crédot et T. Samin, note sous CA d'Orléans, Ch. commerciale, économique et financière, 6 avril 2006, inédit, Rev. Droit banc. et fin., juillet-août 2006, p. 12.

¹²⁹⁰ F. J. Crédot et Th. Samim, note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 2010, n° 09-67-089, FS+P+B+I, M. F. Idelot c/ Sté Casden banque populaire, RD banc. Et fin., mars-avril 2011, p. 55.

¹²⁹¹ Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 2010, n° 09-14-977, FS+P+B+I, M. A. Amanieu c/ Sté Crédit Lyonnais, RD banc. et fin., mars-avril 2011, note F. J. Crédot et Th. Samim, p. 55 : Cette somme concerne « *à titre d'exemple les retenues sur bordereaux d'escompte d'effets ou de mobilisation ou d'achat (pour les affactureurs) de créances professionnelles et qui sont constitutives d'un gage-espèces* ».

¹²⁹² Chronique de Droit bancaire, sous la direction de J. Stoufflet et de N. Mathey, JCP E, 29 octobre 2009, p. 12, n° 18.

¹²⁹³ *Ibidem*, n° 19.

la part existe même s'il est assez théorique »¹²⁹⁴. En revanche, si l'on considère que la souscription des parts sociales est un frais¹²⁹⁵, les frais liés à l'évaluation de ces parts sociales, tant au stade de la conclusion du contrat qu'au stade du dénouement de l'opération, devront aussi être inclus dans l'assiette du TEG en matière de crédit participatif.

470. – Obligation d'intégrer le profit dans le TEG. Trois raisons nous poussent à admettre que le profit doit faire partie de l'assiette du TEG. D'une part, M. Prüm indique que les emprunteurs doivent aujourd'hui s'habituer au développement des taux variables¹²⁹⁶. En effet, si le droit français admet la variabilité de l'intérêt, il doit en être de même pour la clause de partage des profits et des pertes.

D'autre part, le Code général des impôts assimile les intérêts versés par le prêteur mutualiste – en qualité de société émettrice – en un dividende, qui seront plafonnés par l'article 4 de la loi de 1947. Ce doit être aussi le cas lorsque l'intérêt est remplacé par le « profit ». La rémunération du banquier sera déterminé *a posteriori* selon une clé de répartition fixée dans le contrat de financement, tout en ayant en tête que les parts sociales ont pour effet d'octroyer des droits pécuniaires et politiques qui sont variables selon le montage financier ?

Enfin, si une banque justifie que la souscription de parts sociales doit intégrer l'assiette du TEG en raison d'un montage juridico-financier spécifique, c'est-à-dire comme une condition d'octroi de prêt, les juges en tiendront certainement compte en raison de la liberté contractuelle en matière de fixation du mode de rémunération du banquier.

471. – Nouvelle forme de TEG pour les banques participatives. Cette nouvelle forme de rémunération peut être étendue à toutes les banques dès lors qu'elles ont une politique participative qui conditionne l'octroi de crédit à la souscription de parts sociales. Ici, la difficulté est de savoir comment le TEG peut absorber la variabilité en cas de gain ou de perte. Par exemple, lorsque le client est défaillant, c'est-à-dire lorsque l'opération dégage une perte, les banques islamiques

¹²⁹⁴ D. Legeais, *La rémunération du prêteur*, J.-cl. Commercial, fasc. 356, n° 41.

¹²⁹⁵ Cf. la critique de MM. Crédot et Samim, note préc. sous Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 2010, n° 09-67-089, FS+P+B+I, M. F. Idelot c/ Sté Casden banque populaire, RD banc. Et fin., mars-avril 2011, p. 55 : « *ce sont pas non plus le vocabulaire employé par ces auteurs (MM. Gavalda et Mathey) qui peut convaincre de la justesse des arrêts commentés. Ceux-ci n'emploient-ils pas pour les sommes en cause le terme de frais ? (voir le titre du commentaire de D. Legeais, Inclusion dans le TEG des frais liés à la souscription des parts sociales exigée pour l'obtention d'un crédit et des frais de garanties auprès d'une société de caution mutuelle). Argument d'autorité doctrinale ou pétition de principe ?* ».

organisent une procédure amiable de liquidation des biens et des actifs sous-jacents, au cours de laquelle les parts des cocontractants seront prises en compte pour répartir les pertes, ainsi que le boni de liquidation le cas échéant.

Ainsi, le TEG pourra être restructuré en diminuant la valeur des parts sociales dans le but de notifier la modification du montant des échéanciers qui devaient normalement être payés. Cette pratique est possible parce que la Cour de cassation a admis l'intégration dans le TEG des frais liés à la restructuration de la dette¹²⁹⁷. Plus précisément, il s'agissait du coût de réaménagement du prêt que le banquier avait qualifié de « prime » qui greffait le capital restant dû. Cette « prime » entre dans l'assiette du TEG parce qu'elle est la contrepartie de l'octroi d'une réduction du taux d'intérêt initialement prévu¹²⁹⁸.

Ainsi, les montages islamiques établissent un nouveau rapport juridique entre le banquier et le client : le rapport de créancier à débiteur sera remplacé ou complétée par un rapport d'associé-associé. Sont concernés non seulement les contrats de *moudaraba* ou de *mousharaka*, mais également le crédit immobilier qui combine la *mousharaka* dégressive et l'*ijara* ; alors que les crédits *mourabaha*, *ijara*, *salam* ou *istisna*, substitue totalement l'intérêt par la marge bénéficiaire.

3) La substitution par la marge bénéficiaire

472. – Substitution plus aisée. En pratique, la marge bénéficiaire se fonde sur les taux des marchés interbancaires comme le LIBOR ou l'EURIBOR. En droit français, la substitution sera aisée dans la

¹²⁹⁶ A. Prüm, in *L'information, gage de sécurité*, Table ronde introduite et animée par A. Prüm, E. Ducoulombier, N. Hobbs, T. Samin et H. Wopen, in dossier « *Rémunération du crédit en Europe* », Rev. dr. banc. et fin., p. 80.

¹²⁹⁷ Cass. 1^{ère} Civ., 27 février 2007, Sté Auxifip c/ Cne de Roubaix, D. 2007, n° 14, p. 938, note C. Rondey ; Rev. dr. banc. et fin., juillet-août 2007, p. 13 et 14, note F.J. Crédot et T. Samin ; Banque et Droit, n° 114, p. 17 – 19, note Th. Bonneau.

Voir, aussi, l'article L. 312-14-1 du Code de la consommation : « *En cas de renégociation de prêt, les modifications au contrat de prêt initial sont apportées sous la seule forme d'un avenant. Cet avenant comprend, d'une part, un échéancier des amortissements détaillant pour chaque échéance le capital restant dû en cas de remboursement anticipé et, d'autre part, le taux effectif global ainsi que le coût du crédit calculés sur la base des seuls échéances et frais à venir. Pour les prêts à taux variable, l'avenant comprend le taux effectif global ainsi que le coût du crédit calculés sur la base des seules échéances et frais à venir jusqu'à la date de la révision du taux, ainsi que les conditions et modalités de variation du taux. L'emprunteur dispose d'un délai de réflexion de dix jours à compter de la réception des informations mentionnées ci-dessus* ».

¹²⁹⁸ Th. Bonneau, note sous Cass. 1^{ère} Civ., 27 février 2007, Sté Auxifip c/ Cne de Roubaix, Banque et Droit, n° 114, p. 19 : néanmoins, en l'espèce, « *les juges ne se sont pas laissés prendre à l'illusion créée par l'inclusion de la prime au capital restant dû qui était totalement injustifiée puisqu'elle ne constituait pas une somme mise à la disposition de l'emprunteur* ».

mesure où le montant de la marge bénéficiaire correspond au montant des intérêts et que l'Administration fiscale qui a déjà consacré la neutralité fiscale¹²⁹⁹, plus précisément la déductibilité des profits des banquiers islamiques pour les opérations de *mourabaha*, de *tawarruq*, d'*istisna* et d'*ijara*, de la même manière que les intérêts versés par les emprunteurs conventionnels.

Bien que « *dans le cas d'un acte ayant pour objet de constater une vente et un prêt, le TEG ne comprend que les frais relatifs au prêt* »¹³⁰⁰, alors qu'il doit nécessairement intégrer la composante vente.

Par ailleurs, le TEG applicable aux opérations de crédit islamique doit aussi comprendre des nouvelles formes de frais.

B) L'inclusion des frais inhérents aux opérations de crédit islamique

473. – Frais réels. De même qu'en droit français, les charges administratives et d'exploitations relatives à l'octroi de crédit constituent des rémunérations légitimes et licites des banques islamiques¹³⁰¹. Classiquement, sont concernés les frais d'ouverture de dossier, de garantie et d'assurance. En revanche, les frais de report et d'impayés ne peuvent être inclus dans le TEG car ils sont éloignés par rapport à l'octroi effectif de crédit.

474. – Frais liés à la rédaction des documents contractuels. Ces frais devront être intégrés dans l'assiette du TEG applicable à toutes les formes de crédit islamique. En revanche, il existe des spécificités en droit musulman. Par exemple, dans le crédit *mourabaha*, le banquier et son client doivent partager les frais liés à l'établissement des documents contractuels¹³⁰² notamment pour acquérir le bien auprès du vendeur (frais liés à la production de crédit documentaire, de lettre de

¹²⁹⁹ Instructions fiscales du 23 juillet 2010, précit.

¹³⁰⁰ Lamy Droit du financement, 2010, n° 3282.

¹³⁰¹ H. Döndüren, op. cit., p. 435 et 605 ; H. Algabid, Les banques islamiques, Thèse, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Préface de C. Gavalda, *Économica*, 1990, p. 72 à 81.

¹³⁰² Article 2/4/3, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, Murabaha to the Purchase Orderer : « *The expenses of preparing the documents of the contract between the institutions and the customer are to be divided between the two parties (the institution and the customer), provided they do not agree that the expenses are to be borne by one of the parties, and provided those expenses are fair, that is, they reflect the amount of work involved, so that they do not implicitly include a commitment fee or a facility fee* ».

crédit ou tout autre instrument émis par une institution financière). Il en sera de même pour toutes les autres formes de crédit islamiques.

475. – Frais liés à l'évaluation de l'actif sous-jacent et des apports. Concernant le délicat problème de l'inclusion des frais liés à l'évaluation de la valeur réelle de l'actif sous-jacent, ils doivent nécessairement intégrer le TEG islamique parce que ces frais sont directement liés au service du crédit¹³⁰³. Il en est de même pour les frais d'évaluation des apports qui peuvent être des apports en numéraire, en nature ou en industrie.

En matière de crédit immobilier qui combine la *moucharaka* dégressive et l'*ijara*, on peut citer deux types de frais que l'Islamic Bank of Britain perçoit. Il s'agit des « frais d'administration » et des « frais d'évaluation de la propriété ».

476. – Frais liés à la mise en place des « Sharia Board ». Certaines banques font supporter aux clients les frais liés à la constitution et à la rémunération des membres du « *Sharia Board* ». D'autres considèrent qu'il leur revient de le prendre en charge. S'il n'existe pas de mention explicite, de tels frais devront être inclus dans le TEG.

477. – Autres frais. D'autres frais peuvent peser sur le client. Il peut s'agir des frais de toute transaction assimilable à un prêt pour la continuité de l'opération, des frais liés aux opérations d'achat d'instrument financiers à terme en vue de couvrir les fluctuations affectant tant le taux de profit que le prix d'acquisition du bien, les indemnités payées par la banque islamique au fournisseur en cas de manquement du débiteur à ses obligations, tout paiement dû en raison de l'appel à garantie ou en raison de la détérioration du bien en évitant que le client soit assujéti deux fois à ses paiements, ou encore des frais liés à l'émission de *sukuk* le cas échéant. Tous ces frais doivent être soit au service du crédit, soit une condition d'octroi de crédit. Il en sera de même pour les commissions.

¹³⁰³ Les documents établissant la relations de prêteur/emprunteur comme la copie de la promesse d'achat ou de vente, le mandat de recevoir le bien, objet du contrat de crédit islamique.

C) L'inclusion des commissions inhérentes aux opérations de crédit islamique

478. – Distinction intérêt et commission. Le service rendu pour obtenir un crédit est une composante de la rémunération du banquier. Il existe de nombreuses variétés de commissions eu égard la variété de crédit. On est aujourd'hui face à un « *développement quantitatif et qualitatif des commissions [qui] est un indicateur de l'essor des banques* »¹³⁰⁴. Cela montre une tendance à l'implication de plus en plus marquée des établissements de crédit en prodiguant conseil et assistance, ainsi qu'ingénierie financière. « Librement » établies par les établissements de crédit, elles sont néanmoins encadrées par les juges en vue de contrôler la rémunération excessive, voire usuraire, des dispensateurs de crédit. En effet, certaines sont purement et simplement de l'intérêt du fait que la frontière devient ténue entre celui-là et la commission. « *La Cour de cassation refuse de considérer que la commission ne rémunère pas un service lié au crédit. Sont exclues les commissions qui pour la Cour de cassation « rémunèrent un simple service indépendamment de toute prise de risque par la banque* » »¹³⁰⁵. Cette position consolide l'idée partagée avec le droit musulman que toute rémunération suppose une prise de risque. Nous allons ainsi mettre en évidence la différence de nature peu évidente entre les intérêts et les commissions (1) pour donner des exemples de commissions conformes à la loi islamique pouvant intégrer le TEG (2).

1) Une différence de nature peu évidente entre les intérêts et les commissions

479. – Commission et rémunération d'un service réel. L'intérêt qui est la rémunération de l'argent prêté se distingue de la commission qui est la rémunération d'une prestation de service réellement rendu par le banquier¹³⁰⁶. Si, dans les deux cas, le service bancaire est rémunéré, le prêt à

¹³⁰⁴ J. Dubos, actualisé par P. Coudert, art. préc., n° 47 et plus spécifiquement n° 50 et 51 commissions liées au conseil, à l'assistance et l'ingénierie financière.

¹³⁰⁵ D. Legeais, *La rémunération du prêteur*, J.-cl. Commercial, fasc. 356, n° 36, qui cite les arrêts de la première chambre du 12 juin 1990 (R.T.D. com. 1990, p. 618) et de la chambre criminelle du 10 septembre 2003 ([JurisData n° 2003-020477](#) ; Revue de dr. banc. et fin. 2004, act. 191, obs. F. Crédot et Y. Gérard).

¹³⁰⁶ W. Al-Zuhayli, *op. cit.*, Tome 1, p. 352 : « *Commissions and fees that Islamic financial institutions charge for their services may be though to be forbidden ribâ. However, most of the activities of those institutions take the form of rental*

intérêt est un service spécifiquement rendu pour la production de fruit d'un capital immobilisé, où le banquier ne participe pas réellement à ladite production contrairement à la commission. Néanmoins, cette dernière ne peut pas être fixée par rapport au montant de l'avance de fonds¹³⁰⁷. Elle doit être une contrepartie réelle d'un service. Il peut exister un doute sur les commissions de gestion d'un service financier ou comptable, d'un patrimoine comme un parc immobilier ou d'un ensemble industriel, ou encore d'un actif ou d'un passif financier. Dès lors qu'elles « rémunère(nt) des prestations de service réelles, souvent connexes à des opérations de crédit »¹³⁰⁸, elles devront intégrer l'assiette du TEG.

480. – Intérêts déguisés en commission. Si la commission ne représente pas la contrepartie d'une véritable prestation de service, elle peut être qualifiée d'intérêt déguisé. En effet, la différence de nature entre l'intérêt et la commission n'est pas aisée¹³⁰⁹. La particularité des commissions s'entend non pas dans la fixation préalable de son taux, mais en fonction de l'intensité du travail fourni par le banquier, sans que cela paraisse comme une forme cachée d'intérêt ; dont leur montant est déterminé soit par l'usage de la place, soit par la convention des parties.

Entrent toutefois dans l'assiette du TEG, la commission de découvert. Elle se divise cependant en deux pour la détermination de l'usure depuis le décret du 25 juin 1990¹³¹⁰ : d'une part, celle perçue pour les intérêts débiteurs ; et d'autre part, les « véritables » commissions. La première correspond donc à un intérêt. Il en est de même pour « la commission d'immobilisation ou de permanence, complément d'intérêt déguisé, qui n'a d'autre objet que de majorer le taux d'intérêt débiteur »¹³¹¹.

481. – Commissions incluses dans l'assiette TEG. Peuvent être incluses dans l'assiette du TEG, les commissions d'ouverture de crédit¹³¹², d'irrévocabilité, celles attachées aux avances consenties

(e.g. of a deposit box or storage room) and hiring of labor services (e.g. in maintaining such space, or preparing paperwork for transactions), or agency in exchange for a fee. All such fees and commissions are permissible and should not be confused for the forbidden ribâ”.

¹³⁰⁷ Pour une étude comparative entre les commissions et les intérêts voir notamment, J. Dubos, actualisé par P. Coudert, *Intérêt et commissions : Fixations des taux d'intérêt*, J-CI, Banque-Crédit-Bourses, Fasc. 510 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit.

¹³⁰⁸ J. Dubos, actualisé par P. Coudert, art. préc., n° 47 et plus spécifiquement, n° 48.

¹³⁰⁹ Voir C. Gavalda et J. Stoufflet, op. cit., n° 268 à 268-2.

¹³¹⁰ Décret d'application (n° 90-506) de la loi du 31 décembre 1989 portant modification de la loi de 1966.

¹³¹¹ J. Dubos, actualisé par P. Coudert, art. préc., n° 84.

¹³¹² Telles que la commission de réalisation du prêt, les commissions afférentes à l'encaissement des effets escomptés dès lors qu'elles ont un lien direct avec le prêt octroyé (Ph. Delebecque et M. Germain, *Traité de droit commercial*, Tome 2, n° 2388-1).

par l'établissement de crédit, les commissions d'endossement en matière d'escompte, les commissions liées aux opérations de cession de créance, les commissions versées aux intermédiaires ou s'attachant à un mandat de gestion¹³¹³. Si elles sont permises en droit français, ce n'est pas toujours le cas en droit musulman. En effet, les commissions de plus fort découvert sont considérées comme un complément d'intérêt parce qu'elles sont calculées proportionnellement sur la position débitrice la plus élevée en frappant les points d'utilisation des crédits ouverts en compte pendant une période considérée¹³¹⁴.

482. – Commissions exclues de l'assiette du TEG. N'est pas comprise dans l'assiette du TEG, la commission de mouvement qui est calculée sur le volume des mouvements et non *pro rata temporis*. Elle permet à la banque d'être rémunérée pour le service de tenu de compte. Il en est de même pour la commission de service et sa taxe qui, en matière d'escompte et de mobilisation de créances commerciales, correspondent à un service distinct du crédit malgré la rémunération de l'encaissement proprement dit de la créance pour le compte du client.

Comme les commissions d'engagement ou de confirmation rémunèrent l'« immobilisation virtuelle »¹³¹⁵ de fonds, et qui sont normalement calculées *pro rata temporis* sur le montant du crédit, le risque de requalification en intérêt existe¹³¹⁶. Sont aussi exclues de l'assiette du TEG, les commissions d'encaissement, d'envoi à l'acceptation, les commissions de notification en matière de cession de créance à moins qu'elles soient une condition de mise à disposition de fonds imposée par le banquier, les commissions de prorogation d'échéance qui peuvent être assimilées en une clause pénale, les commissions de tenue de compte ou de mouvement qui rémunèrent des services distincts du crédit (découvert)¹³¹⁷.

Il en est de même pour les commissions de prorogation d'échéance qui peuvent être assimilées en une clause pénale, interdites aussi par le droit musulman.

¹³¹³ Cass. 1^{ère} Civ., 12 juin 1990, Bull. civ., I, n° 161 ; R.T.D.com. 1990, p. 618, obs. Cabrillac et Teyssié : « le mandat et le prêt formaient un tout qui a conditionné le prêt ».

¹³¹⁴ C. Gavavlda et J. Stoufflet, op. cit., n° 263.

¹³¹⁵ J. Dubos, actualisé par P. Coudert, art. préc., n° 82.

¹³¹⁶ Ibidem, n° 84 : calcul en fonction de la durée réelle du crédit et non sur la durée forfaitaire (360 jours).

¹³¹⁷ C. Gavavlda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 524.

Dans le crédit *mourahaba*, il n'est pas permis de percevoir des commissions d'engagement¹³¹⁸ tout comme la commission pour avance de fonds¹³¹⁹ alors qu'une commission pour une étude de projet demandée par le client devrait l'être¹³²⁰.

2) L'inclusion des commissions conformes à la loi islamique dans le TEG

483. – Commission d'intermédiation dans les crédits adossés. Toutes les fois que la commission est la contrepartie d'un service réel, elle doit entrer dans l'assiette du TEG. Dans le crédit *mourabaha*, l'instruction fiscale du 23 juillet 2010 a distingué le « profit » de la commission pour le service de mise en place de l'opération¹³²¹. Elle « *correspond à ce que perçoit le Financier au titre de sa seule intermédiation, à l'exclusion de toute autre prestation ou profit (notamment la plus-value réalisée sur la cession de l'actif). Elle doit être conforme aux pratiques usuelles en la matière* »¹³²². Cette commission d'intermédiation doit donc intégrer l'assiette du TEG.

484. – Commissions de performance dans les crédits participatifs. Selon une étude réalisée par Moody's, les banques islamiques du Golfe se rémunèrent largement par des commissions. Elles perçoivent des « *management fees* » (issus de la technique du *wakala*) et les « *performance fees* » (découlant de la *moudaraba*). Cela est dû au fait que lesdites banques s'attachent plutôt à des activités de courtage, d'investissement dans les actions, voire d'opérations ayant un fort effet de levier¹³²³. Il peut même arriver que le banquier verse une « *incentive fee* » qui découle de la

¹³¹⁸ Article 2/4/1, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer* : « *It is not permissible for the institution to receive a commitment fee from the customer* » qui le définit comme « *the percentage or amount which the institution takes from the customer to start processing the transaction even though a sale contract may not be concluded* ».

¹³¹⁹ Article 2/4/2, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer* : « *It is not permissible for the institution to receive a fee for providing a credit facility* ».

¹³²⁰ Article 2/4/5, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer* : « *It is permissible for the institution to take a fee for a feasibility study that it undertakes, if the study is based on the request by the customer and is for his benefit, and he agreed to pay the fee from the outset* ».

¹³²¹ Instruction fiscale relative à la *mourabaha*, préc., § 4 : le « *Profit comprend comptablement et fiscalement un Revenu couvrant notamment les coûts de financement ainsi qu'éventuellement une Commission couvrant notamment les coûts de gestion et de mise en place du Financier ; prix, Commission e et Revenu sont déterminés ou déterminables et connus des deux contractants le jour de la conclusion du contrat* ».

¹³²² Idem, § 10, voir aussi l'instruction fiscale relative à l'*istisna*, § 7.

¹³²³ *Islamic banks in the GCC : a comparative analysis*, Moody's Global banking, March 2008, www.moody.com.

technique de la *moucharaka* si la gestion de la « société » constituée par la banque et le client dépasse le seuil de rentabilité fixée par les parties. Elle est versée au client-gestionnaire. Il peut paraître étrange qu'une opération de crédit rémunère l'emprunteur.

485. – Commissions dans les crédits « *hawala* ». Par contre, seront comprises dans l'assiette du TEG certaines commissions liées à l'escompte telles que la commission de traitement, la commission d'acceptation, la commission d'avis de sort, la commission sur remise brûlante qui est exigée lorsque l'escompte est si rapproché de l'échéance que le banquier doit recouvrer l'effet de toute urgence avec la possibilité de percevoir un intérêt très faible¹³²⁴. Á cet égard, il faut les prendre en compte en matière de crédit *hawala* qui peut aussi servir de support à l'affacturage de type islamique¹³²⁵. Ce sont les remises de bordereaux des factures qui transfèrent la propriété des créances au « *factor* » qui demande le paiement à l'adhérent en contrepartie d'une quittance subrogative. En échange de la remise du bordereau et de la quittance, le *factor* règle l'adhérent en inscrivant sur le compte courant ouvert à celui-ci le montant des créances transférées. D'un point de vue islamique, il peut percevoir des commissions telles que la commission d'affacturage proprement dite dont le montant est calculé sur le montant total des factures transférées, la commission spéciale de financement ou la commission d'anticipation assise sur les prélèvements effectués par l'adhérent par anticipation sur l'échéance moyenne des règlements, et éventuellement, la commission d'engagement sur les billets à ordre.

Dans les crédits par anticipation, il est possible d'exiger une commission dite de financement. Elle est proche de la commission d'affacturage et/ou d'engagement. Elle rémunère un service et ne conditionne pas le financement puisqu'elle ne représente que l'utilisation des fonds. Elle est la contrepartie du service de la subrogation et du recouvrement. Ce service diffère du service rendu dans le crédit par tirage éventuel, ce qui conduit à intégrer cette commission dans l'assiette du TEG. Ici, le financement a néanmoins un caractère facultatif et se distingue d'une opération de crédit notamment toutes les fois que le *factor* ne tire pas sur le solde du compte courant.

En définitive, toutes les commissions qui sont au service du crédit doivent entrer dans l'assiette du TEG. Mais, qu'en est-il des primes d'assurance ?

¹³²⁴ Ph. Delebecque et M. Germain, *Traité de droit commercial*, Tome 2, op. cit., n° 2293.

¹³²⁵ Cass. 1^{re} Civ., 30 mai 2006, n° 03-17.646, Sté GPV c/ Sté GE FactoFrance Heller, RDBF, Janv.-Fév. 2007, p. 13, note F. J. Crédot et T. Samin : « *le mécanisme d'affacturage participe à la fois de l'assurance et du crédit étant donné*

D) L'inclusion des primes d'assurance

486. – Assurance, condition d'octroi du crédit. La Cour de cassation a admis que certaines primes d'assurance intègrent l'assiette du TEG au titre des frais directs et indirects. C'est notamment le cas de l'assurance incendie¹³²⁶. En revanche, la Cour d'appel d'Orléans ne partageait pas cette analyse au motif que l'assurance incendie est une charge qui incombe à tout propriétaire diligent indépendamment des modalités de financement de son immeuble¹³²⁷ : « *ne doivent être intégrées au taux effectif global que les charges ayant un lien direct et exclusivement liées au prêt* »¹³²⁸. Or, la Haute Juridiction précise par un arrêt rendu le 13 novembre 2008 que lorsque la banque rend obligatoire à l'emprunteur la souscription d'une assurance, peu important si elle est souscrite auprès d'un tiers, elle doit intégrer le TEG¹³²⁹.

487. – « Takaful », assurance islamique. En matière de crédit islamique, toutes charges pesant sur l'emprunteur doivent être incluses dans le TEG si elles sont obligatoires et si elles ont un lien direct avec l'octroi du crédit. À l'instar de la banque islamique, le secteur de l'assurance islamique appelée « *takaful* » est aussi une alternative à l'assurance conventionnelle¹³³⁰.

Le « *takaful* » combine en fait le contrat de « *moudaraba* » et de « *tabourrou* », ce dernier étant un don. Ainsi, s'il est obligatoire, il devra être inclus dans l'assiette du TEG applicable aux crédits islamiques.

que le factor règle de façon plus ou moins anticipée le fournisseur et qu'il assume les risques de non paiement en cas de défaillance du débiteur ».

¹³²⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 23 nov. 2004, n° 02-13.206, Juris-Data n° 2004-025798.

¹³²⁷ Chambre commerciale, économique et financière, 6 avril 2006, inédit, Rev. Droit banc. et fin., juillet-août 2006, p. 10, note F. J. Crédot et T. Samin.

¹³²⁸ En l'espèce, de l'assurance incendie est une charge dépourvue de lien direct avec le prêt.

¹³²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-17.737, RDTcom. janvier-mars 2009, Chronique D. Legeais, p. 188. Voir aussi Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, n° 10-25.737, FD, Époux C. c/ SARL Caisse de crédit mutuel des Sables d'Olonne, JurisData n° 2012-015800 ; JCP E et A, J. Djoudi, p. 43 : le coût de l'assurance facultative (en l'espèce une assurance incendie) n'entre pas dans le champ d'application du TEG si elle n'est pas une condition d'octroi du crédit. En revanche, dès lors que l'assurance est une condition d'octroi du prêt, et non une condition de poursuite de l'exécution du contrat, elle intègre l'assiette du TEG selon un autre arrêt rendu le même jour : Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, n° 11-21.687, FD, SA Crédit foncier de France c/ B., JuisData n° 2012-015797, JCP E et A, J. Djoudi, p. 43.

¹³³⁰ Pour une étude spécifique, voir *Islamic Banking and Finance, What It Is and What It Could Be*, op. cit., p. 321 et suivants ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 217 et suivants.

Dans le crédit adossé à la *mourabaha* ou à l'*ijara*, la banque qui donne mandat à l'emprunteur de prendre livraison du bien auprès du fournisseur au nom et pour le compte de la banque pourra couvrir les risques afférents à ces opérations sous forme d'assurance « dommage ».

En définitive, le crédit islamique ne peut être encadré en France s'il s'insère harmonieusement dans le cadre juridique défini pour les mises à dispositions de fonds. Si le fait de ne pas stipuler l'intérêt n'est pas un obstacle à distribuer des crédits islamiques, demeurent cependant des obligations liées à la transparence de la rémunération du banquier, ainsi que celles liées à la structuration particulières des mises à disposition islamique de fonds.

Partie II) Le cadre juridique spécial des opérations de crédit islamique

488. – Spécificités des crédits islamiques en droit français. Le second volet du cadre juridique français des opérations de crédit islamique consiste à mettre en évidence les spécificités des différentes catégories de crédit islamique. Ce cadre spécial exposera non seulement les règles islamiques encadrant les crédits adossés à des contrats sous-jacents, mais également les règles de droit français devant les encadrer. Il s'agit ainsi de définir les fondements juridiques et les régimes juridiques français des mises à disposition islamiques de fonds en l'absence de texte de nature réglementaire et législative portant sur cette catégorie de crédit.

Il existe ainsi des contraintes qui se situent à deux niveaux : le premier niveau de contrainte est imposé par le Droit musulman qui consiste à écarter la pratique du prêt à intérêt, tout en permettant d'avancer des fonds grâce à la combinaison des contrats de vente, de location et de société ; et le second est imposé par le Droit français qui ne définit aucunement les droits et les obligations des banquiers ainsi que de leurs clients pour ce genre de crédit. En ce qui concerne ce dernier niveau, la législation est particulièrement exigeante en matière de crédits destinés aux consommateurs. Pour passer ces contraintes, l'analyse de la nature des contrats-jacents et les modalités de mise à disposition des fonds est nécessaire. C'est pourquoi il faut relever non seulement les points de convergence, mais également les points de divergence entre ces deux Droits. Ce travail a en fait débuté en doctrine notamment par le biais aussi des consultations en matière bancaire islamique¹³³¹. Deux ouvrages sur les contrats spéciaux exposent brièvement, mais substantiellement, la nature des activités bancaires islamiques. Il s'agit, d'une part, celui de MM. Malaurie, Aynès et Gautier, et d'autre part, celui de M. Bénabent. Ils se focalisent sur les subterfuges éludant la prohibition du *ribâ* quand bien même ils admettent qu'un encadrement juridique français se dessine¹³³², et d'autre part,

¹³³¹ Voir supra, n° 35 – 36.

¹³³² Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit, 2011, n° 940 : « Afin de permettre au monde islamique de pratiquer le commerce, tout en respectant à la lettre la loi religieuse, le droit musulman utilise des subterfuges juridiques (*hiyal*) pour rémunérer les apporteurs de capitaux : ce sont des techniques inspirées soit de la société, soit de la vente, soit même, du bail (...) Afin d'attirer la clientèle musulmane attachée à la rigueur coranique, les banques françaises (comme d'autres banques occidentales) pratiquent maintenant ces procédés sous le nom de « finance islamique » dont les récentes instructions fiscales tirent les conséquences, par exemple, dans l'équivalent français de la *mukhatara* (qui désigne « la double vente » pour les auteurs, mais qui doit correspondre à la *mourabaha*) ». Voir aussi A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., 2011, n° 1111.

MM. Gavalda et Stoufflet nous informent que des opérations de crédits islamiques peuvent se fonder sur l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier¹³³³, ce qui ressort aussi des instructions fiscales relatives à la *mourabaha*, à l'*istisna* et à l'*ijara*¹³³⁴. Nos développements consisteront à affirmer que le droit français peut encadrer une nouvelle catégorie d'opération de crédit pouvant compléter les autres catégories. En procédant étape par étape, nous distinguons au sein des opérations de crédit islamique, deux sous-catégories : D'une part, ce que nous désignons par « opération de crédit adossée », c'est-à-dire les mises à disposition de fonds s'adossant à un bien, dont la structuration repose sur des contrats de vente tels que la *mourabaha*, le *tawarruq*, le *salam*, et l'*istisna*, ainsi que sur des contrats de location comme l'*ijara* et l'*ijara muntahia biltamlik* (Chapitre I), et d'autre part, les opérations de crédit désignés par l'expression « opération de crédit participatif », s'adossant aux contrats de société comme la *moucharaka* et la *moudaraba* (chapitre II).

¹³³³ *Droit bancaire*, op. cit., n° 49 : « Des institutions financières exerçant une activité de réception de fonds et de prêt en conformité avec les règles du droit coranique se sont implantées dans certains pays européens. Leur principale particularité est qu'ils ne perçoivent pas d'intérêts de leurs emprunteurs et n'en versent pas à leurs déposants. La rémunération des capitaux prend la forme d'une participation aux produits d'investissement (voir la bibliographie des auteurs). De telles institutions peuvent-elles être agréées en France en qualité d'établissement de crédit ? Sous réserves qu'elles répondent à l'ensemble des conditions posées par la législation française un tel argument semble possible. Si l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier ne range les crédits parmi les opérations de banque que s'ils ont un caractère onéreux, le texte ne précise pas la forme de cette rémunération. (...) Une banque de ce type a été créée en Angleterre en septembre 2004. Par ailleurs, des banques européennes, et notamment des banques françaises, proposent à leur clientèle des financements respectant les normes du droit islamique ».

¹³³⁴ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, préc., relative à la *mourabaha*, à l'*istisna* et à l'*ijara*.

Chapitre I) Le cadre juridique français des opérations de crédit adossé à un bien

489. – Articulation du droit musulman et du droit français. Le cadre juridique des opérations de crédit adossées à un bien a pour objet de définir les régimes juridiques français des différentes formes de mise à disposition de fonds de nature islamique. L'avance de fonds du banquier consiste, pour ce genre de crédit, à acquérir un bien en vue soit de le revendre grâce à un des contrats de vente de droit musulman tels que la *mourabaha*, le *tawarruq*, le *salam* et l'*istisna* (section I), soit de le louer grâce à un des contrats de louage comme l'*ijara*, l'*ijara wa iktina* et l'*ijara muntahia biltamleek* (section II).

Section I) Les régimes juridiques des opérations de crédit adossées aux contrats de vente

490. – Quatre types de contrat de vente. Bien qu'il existe une grande variété de contrat de vente en droit musulman qui servent à structurer une opération de crédit¹³³⁵, quatre types de contrat seront retenus du fait de leur utilisation courante par les banques islamiques. Il s'agit de la *mourabaha*, du *tawarruq*, de l'*istisna* et du *salam*.

En tant que contrat sous-jacent qui donne le nom à l'opération de crédit, il convient d'abord de connaître son régime juridique islamique avant le régime juridique de l'opération proprement dite, ce dernier obéissant à un régime particulièrement proche de celui du contrat sous-jacent (sous-section I). En effet, les crédits islamiques reproduisent le concept du contrat sous-jacent avec des adaptations nécessaires dans une logique bancaire. Cela signifie que son régime juridique ne s'applique pas dans sa plénitude parce que l'opération est le résultat d'une combinaison de contrat. Ainsi, le régime juridique d'une opération de contrat dépend plus ou moins fortement du régime

¹³³⁵ Voir supra, n° 131 – 137, 150 à 157.

juridique du contrat sous-jacent. Par la suite, il conviendra de définir leurs régimes juridiques (sous-section II) et fiscaux (sous-section III) français.

Sous-section I) Les régimes juridiques islamiques des opérations de crédit adossées aux contrats de vente

491. – Standards Charia de l'AAOIFI. Les sources principales des contrats sous-jacents sont le Coran et la Tradition de Mohamed¹³³⁶. Le régime juridique de chaque contrat est exposé par la doctrine islamique¹³³⁷. Á cet égard, l'AAOIFI a publié des standards Charia spécifiques pour régir les opérations bancaires et financières adossées à la *mourabaha*¹³³⁸, au *tawarruq*¹³³⁹, au *salam*¹³⁴⁰ et à l'*istisna*¹³⁴¹. Ainsi, ces régimes juridiques seront analysés au regard des positions des jurisconsultes musulmans, ainsi qu'au regard des pratiques bancaires. Il convient d'abord de poser les principes généraux des contrats de vente en droit musulman (§ préliminaire) avant de définir les régimes juridiques islamiques des opérations de crédit *mourabaha* (§1), *tawarruq* (§2), *salam* (§3) et *istisna* (§4). Du fait de la similitude entre certaines opérations, il faut distinguer d'une part les crédits *mourabaha* et les crédits *tawarruq* dans la mesure où ce dernier inverse certaines règles applicables au premier ; et d'autre part, les crédits *salam* et les crédits *istisna* parce que ce dernier consiste à livrer une chose à fabriquer ; et que le *salam* a pour objet le paiement comptant d'un bien qui ne peut être livré que postérieurement au jour de la conclusion du contrat.

¹³³⁶ Voir supra, n° 54 à 124.

¹³³⁷ M. Obaidullah, op. cit., p. 68 ; T. Usmani, op. cit. ; Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 82 – 91 ; B. Kettel, op. cit., p. 76 ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 61 – 76 ; M. Sidi Mohamed, *La mourabaha, comme mode d'intervention dans les banques islamiques*, in *Introduction aux techniques de financement islamique*, actes de séminaires, n° 37, Banque Islamique de Développement-IRTI, 1^{ère} édition, Djeddah, Arabie Saoudite, 1996, p. 123 – 130 ; M. Benthairbi, *Al- Bai bi taksit* ou la vente à tempérament pratiquée par les banques islamiques, in *Introduction aux techniques de financement islamique*, actes de séminaires, n° 37, Banque Islamique de Développement-IRTI, 1^{ère} édition, Djeddah, Arabie Saoudite, 1996, p. 88 – 121.

¹³³⁸ Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*.

¹³³⁹ Standard Sharia n° 30, AAOIFI, *Monetization (Tawarruq)*.

¹³⁴⁰ Article 3/2/1, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 10, *Salam and Parallel Salam*.

¹³⁴¹ Bien que nous n'ayons pas pu accéder aux standards de l'AAOIFI, le régime de l'*istisna* est bien défini par W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 267 - 278 ; M. Obaidullah, op. cit., p. 95 – 99 ; M. A. El-Gamal, op. cit., p. 90 ; T. Usmani, op. cit., p. 122 à 125 ; Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 86 ; B. Kettel, op. cit. ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 102 – 124.

§ préliminaire) Les principes généraux du droit musulman de la vente

492. – Spécificités des règles de validité du contrat de vente. En droit musulman, la vente est définie comme « *l'échange d'une chose ayant une valeur par une autre chose, et par consentement mutuel* »¹³⁴². M. Ayub indique les choses échangées sont nécessairement un bien meuble ou immeuble en contrepartie du paiement du prix¹³⁴³. Le contrat se forme par la réunion de l'offre du vendeur (« *ijab* ») et l'acceptation de l'acheteur (« *qaboul* »)¹³⁴⁴. La chose doit avoir une valeur marchande justifiant le paiement d'un prix dont le montant doit être précisément fixé par les cocontractants¹³⁴⁵. L'acheteur peut payer le prix soit au comptant, soit à crédit¹³⁴⁶.

La vente classique appelée « *moussawama* » consiste à livrer une chose en contrepartie du paiement de son prix sans que l'acheteur ait connaissance de la marge bénéficiaire. S'il a eu connaissance, mieux si cette marge est indiquée dans le contrat, la vente devient une *mourabaha*¹³⁴⁷ dont le paiement du prix peut se réaliser tant au comptant qu'à terme¹³⁴⁸.

493. – Existence de l'objet de la vente. L'objet de la vente doit exister au moment de la vente. La vente d'une chose inexistante est nulle nonobstant le consentement des cocontractants¹³⁴⁹. Cependant, les contrats de *salam* et d'*istisna* sont considérés comme des exceptions au principe de l'existence de la chose au moment de la conclusion du contrat. Le *salam* nécessite le paiement comptant d'une chose à livrer à terme, chose qui peut ne pas exister au moment de la conclusion du contrat, et l'*istisna* consiste en fait à construire ou à fabriquer une chose en contrepartie du paiement d'un prix. Ainsi, son objet est une chose future.

¹³⁴² M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 60. Pour le régime juridique, voir les *fatwas* de l'Imam Abou Hanifa, in *El-Ihtiyar*, Traduit de l'arabe en turc par Celâl Yeniceri, Samil Yayinevi, Istanbul, 2012, p. 153 à 165 ; voir aussi W. Al-Zuhayli, *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence (Al-Fiqh Al-Ilisami wa Adillatuh)*, Tome 1, p. 1 à 365 ; M. Ayub, *Understanding Islamic Finance*, op. cit., p. 129 à 152 ; voir aussi supra, n° 132 à 158.

¹³⁴³ M. Ayub, *Understanding Islamic Finance*, op. cit., p. 130.

¹³⁴⁴ Abou Hanifa, *El-Ihtiyar*, op. cit., §1 à 3, p. 153 - 154.

¹³⁴⁵ M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 62.

¹³⁴⁶ Ibidem, p. 61 ; M. Ayub, *Understanding Islamic Finance*, op. cit., p. 139.

¹³⁴⁷ Voir infra, n° 508.

¹³⁴⁸ M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 59 : « *la mourabaha n'implique pas nécessairement le concept de paiement différé, comme le croit généralement ceux qui ne sont pas informés de la jurisprudence islamique et qui ont entendu parler de la mourabaha seulement dans les transactions bancaires* ».

494. – Détermination de l'objet de la vente. L'objet de la vente doit être déterminé en termes de quantité et de qualité si c'est un bien meuble ou immeuble¹³⁵⁰. Parfois, des précautions sont prises pour s'assurer de la vente.

495. – Détermination et procédé d'identification. Cette détermination peut se concrétiser par le procédé d'identification comme le fait d'apposer la mention « vendue à untel par untel » sur la chose. Les juristes emploient les expressions « *chose connue et identifiée par les parties* » pour poser la règle de la détermination de l'objet de la vente¹³⁵¹. Par exemple, la vente d'un des appartements d'un immeuble en construction ne permet d'identifier la chose qui sera livrée à l'acheteur, la vente est alors nulle en raison d'une indétermination de la chose. Ainsi, le vendeur doit être plus précis en indiquant que ledit appartement se trouve, par exemple, à tel étage, ou qu'il comporte tel numéro.

496. – Chose appartenant au vendeur. La chose, objet de la vente, doit appartenir au vendeur au moment de la conclusion du contrat de vente. La vente d'une chose qui n'appartient pas au vendeur est nulle.

497. – Détention physique et possession juridique. Ici, la propriété peut prendre la forme d'une détention physique ou d'une possession juridique sans détention conférant tous les droits et obligations liées à la chose.

À ce stade, il convient de distinguer la vente de la promesse de vente, distinction qui s'appuie sur ces premières règles. M. Usmani précise que la vente devient « réelle » si la chose existe et appartient au vendeur alors que si le vendeur ne possède pas la chose au moment de la conclusion du contrat, il ne peut conclure qu'une promesse de vente¹³⁵². En effet, les hanafites considèrent que si le vendeur ne détient pas les biens meubles, leur vente n'est pas valide¹³⁵³.

Par contre, lorsque le prix est payé comptant malgré une livraison à terme de la chose, la vente est appelée « *salam* »¹³⁵⁴.

¹³⁴⁹ Ibidem, p. 60.

¹³⁵⁰ Abou Hanifa, *El-Ihtiyar*, op. cit., § 4 à 12, p. 154 – 155.

¹³⁵¹ M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 61.

¹³⁵² Ibidem, p. 62.

¹³⁵³ Abou Hanifa, *El-Ihtiyar*, op. cit., § 14, p. 157.

¹³⁵⁴ Voir infra, n° 550.

498. – Prix certain. Parmi les conditions de validité de la vente, le droit musulman exige une certitude quant au montant du prix¹³⁵⁵. Ce prix ne doit subir aucune variation même lorsque'il est payé de manière échelonnée.

En fait, il n'est pas permis d'indiquer deux montants selon que le prix est payé au comptant ou à terme en laissant le choix à l'acheteur d'exécuter à sa guise le contrat.

Les parties peuvent néanmoins prendre un indice ou un taux pour calculer le total montant à payer sans que ce montant ne puisse subir l'effet de l'inflation.

499. – Indexation. En effet, l'indexation du prix de vente est prohibée parce qu'elle est susceptible de générer du *ribâ* et du *gharar*. En réalité, ce sont principalement les crédits adossés à la *mourabaha* qui sont soumis à cette interdiction.

500. – Livraison certaine. La chose vendue doit être livrée à la date fixée par les parties. Toute incertitude entachant la date de livraison rend la vente nulle¹³⁵⁶, sous réserve des cas de force majeure.

501. – Interdiction de différer simultanément le paiement du prix et la livraison de la chose. Le droit musulman qualifie de vente *ribawi* la vente où, et le paiement du prix, et la livraison de la chose sont fixées à une date future¹³⁵⁷. Seule une des deux obligations ne peut être différée : si c'est la livraison qui est différée, la vente est un *salam* ; si c'est le paiement du prix qui l'est, il s'agit d'un *bay al mouajjal* dont la variante dans une logique de paiement à tempérament est la *mourabaha*¹³⁵⁸.

502. – Interdiction de la promesse synallagmatique de vente. La promesse synallagmatique de vente est également interdite parce que les parties diffèrent leur consentement mutuel à une date ultérieure créant une incertitude qui entache la validité d'une vente¹³⁵⁹.

¹³⁵⁵ M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 64.

¹³⁵⁶ Ibidem, p. 63.

¹³⁵⁷ Abou Hanifa, *El-Ihtiyar*, op. cit., § 13, p. 157.

¹³⁵⁸ Ibidem, § 68-2, p. 163 ; M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 64.

¹³⁵⁹ M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 66.

Par contre, la promesse unilatérale de vente ou d'achat est permise parce qu'elle n'engage qu'une personne¹³⁶⁰. Elle est souvent assortie à la location lorsque le locataire souhaite acquérir un bien après l'avoir loué.

503. – Interdiction des « ventes aléatoires ». En raison de la genèse du *gharar*, toute condition éventuelle est interdite. Le *gharar* apparaît aussi si la chose vendue présente des caractéristiques échappant à toute connaissance précise et pouvant conduire à des litiges portant sur le montant du prix à payer¹³⁶¹.

504. – Interdiction des « ventes conditionnées ». Une transaction ne doit pas conditionner une vente. Il s'agit d'interdire par exemple la conclusion d'une vente si l'acheteur est obligé de conclure une autre transaction comme le fait d'employer le fils du vendeur ou comme le fait de vendre sa voiture en contrepartie de la vente d'un immeuble¹³⁶².

505. – Interdiction des ventes ayant un objet illicite (*haram*). La chose vendue ne doit être ni une chose interdite pour la consommation (viande porcine, viande non halal, boisson alcoolisée), ni une chose nuisible pour la santé (tabac, stupéfiant, etc), ni une chose alimentant un commerce illicite (vente d'un immeuble pour l'exercice de la prostitution), ni une chose grevée de *ribâ* (obligation, action, etc.), ni un fonds de commerce destiné à vendre des choses interdites par la loi islamique¹³⁶³.

506. – Exigence d'un écrit dans les ventes à crédit. En vertu du verset 282 de la deuxième sourate, un écrit est de rigueur lorsque les parties contractent une dette : « *Ô les croyants ! Lorsque vous contractez une dette à terme, consignez-la par écrit et qu'un rédacteur requis par vous en enregistre les clauses avec fidélité* »¹³⁶⁴. Ce verset utilise le terme « *dayn* » signifiant une dette qui naît dans les crédits adossés parce que le prix est différé.

Parmi les ventes à crédit, le *tawarruq* est une mise à disposition de fonds adossé à transfert temporaire d'un bien au client de la banque. Il consiste à « transformer » un bien en une somme

¹³⁶⁰ Ibidem, p. 67.

¹³⁶¹ Idem.

¹³⁶² W. Al Zuhayli, op. cit., p. 47 à 53.

¹³⁶³ Idem.

¹³⁶⁴ *Le Noble Coran, Nouvelle traduction françaises des sens des versets* par Mohamed Chiadmi, Éditions Tawhid, 2006.

d'argent grâce à une succession de vente. La *mourabaha* est une mise à disposition de vente en vue de transférer définitivement le bien au client d'une banque.

§1) Le régime juridique islamique de l'opération de crédit « *mourabaha* »

507. – Définition. Le terme « *mourabaha* » partage avec le « *ribâ* » le même radical « *r b h* » qui désigne la croissance, l'augmentation, le surplus tant qualitatif que quantitatif d'une chose matérielle ou immatérielle. Plus spécifiquement, le contrat de *mourabaha* est un contrat qui lie un acheteur qui donne l'ordre à un vendeur de lui acheter un bien dont le prix sera augmenté d'une marge et payé de manière échelonnée¹³⁶⁵. Ce contrat constitue le second contrat de vente dans une opération de crédit : le banquier achète d'abord un bien auprès d'un fournisseur, et ce grâce à un contrat de vente ordinaire ; puis, il revend à crédit le bien à son client. C'est lors de cette deuxième étape que le contrat de *mourabaha* est conclu entre le banquier et le client. Le surplus dans la *mourabaha* se génère par une facilité de caisse octroyé par le banquier-vendeur au client-acheteur.

508. – Source de la légalité islamique. Le verset 275 de la deuxième Sourate du Coran – qui autorise de manière générale la vente, mais qui interdit formellement la pratique de l'intérêt – constitue le fondement juridique de la légalité islamique du contrat de *mourabaha*.

Il faut rechercher dans la pratique de Mohamed un fondement plus précis¹³⁶⁶. En effet, Ibn Massoud, un compagnon de Mohamed, considérée comme un juriste accompli, ne voyait pas d'inconvénient à ce que la marge bénéficiaire soit déterminée de manière forfaitaire ou par le biais d'un pourcentage dès lors que le *gharar* est écarté. Cette position est actuellement intégrée dans le corpus juridique islamique¹³⁶⁷. Ainsi, on comprend que la vente est valide toutes les fois qu'elle ne contient pas les caractéristiques des ventes pouvant conduire à des transactions usuraires et aléatoires.

¹³⁶⁵ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 353 – 366.

¹³⁶⁶ Rappelons que les propos, les prises de position ou les transactions effectuées par les compagnons du Prophète ont force de loi tant qu'ils ne sont pas contredits par un texte explicite, voir notamment Khallaf, op. cit., p. 53 et suivants.

¹³⁶⁷ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 354.

509. – Variété d'utilisation. Les deux tiers des transactions bancaires islamiques se fondent sur ce contrat¹³⁶⁸ du fait probablement que le crédit *mourabaha* ressemble beaucoup au crédit conventionnel. La flexibilité de ce contrat lui a permis de s'adapter à différentes sortes de financements : financement de bien meuble ou immeuble, le financement de projet, la structuration des fonds d'investissement ou leur mode de gestion, ou encore le refinancement des banques islamiques¹³⁶⁹. Elle n'était pas originellement destinée aux opérations de crédit comme on peut être poussé à le croire actuellement. En effet, elle a été transformée en un mode de financement pour les besoins de l'industrie bancaire islamique¹³⁷⁰.

Il existe en outre des *mourabaha* inversées, des *mourabaha* parallèles, des back-to-back *mourabaha*, ou encore des opérations de crédit long terme notamment en participant conjointement à financer un projet¹³⁷¹. Pour ces dernières, il est donc possible de structurer un crédit syndiqué qui impliquera soient uniquement des banques islamiques, soit la collaboration de banques islamiques et de banques conventionnelles si la loi islamique est respectée. En revanche, la structuration du crédit doit être cependant réalisée sous la supervision d'un Sharia Board¹³⁷².

Les standards de l'AAOIFI ne traitent que de la « *Murabaha to the purchase orderer* », c'est-à-dire de la « *mourabaha avec ordre d'achat* » ; alors que ceux de l'IFSB encadrent tant la « *mourabaha assortie d'une promesse d'achat* » que celle qui ne l'est pas¹³⁷³. En France, il n'est question dans les textes fiscaux que de la *mourabaha avec ordre d'achat*¹³⁷⁴.

Le crédit *mourabaha* rémunère le banquier grâce à la stipulation d'une marge bénéficiaire dont le montant est souvent calculé grâce à une référence de taux d'intérêt, notamment le London InterBank

¹³⁶⁸ M. Boudjellal, *Three decades of experimentation: Rethinking the theory of Islamic banking*, art. préc. p. 24 ; M. A. El-Gamal, *Islamic Finance, Law, Economics and Practice*, op. cit., p. 56.

¹³⁶⁹ *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Rapport préc., 35 : « *Aujourd'hui, on la retrouve dans des structures financières complexes, bien loin de son utilisation d'origine. Ainsi, est-elle utilisée par les banques islamiques pour placer leur trésorerie dans des instruments liquides à court terme, équivalents islamiques des créances interbancaires* ».

¹³⁷⁰ M. T. Usmani (op. cit. p. 94) indique que l'utilisation de la *mourabaha* n'est qu'une étape pour éluder les opérations fondées sur l'intérêt et n'est pas vraiment le mode idéal du financement islamique à l'instar de la *moudaraba* et de la *mousharaka*.

¹³⁷¹ B. Kettel, op. cit., p. 65 ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 63-65.

¹³⁷² B. Kettel, op. cit., p. 66 : Un tel financement a été réalisé au Pakistan avec la participation de banques islamiques et conventionnelles. Le projet s'appelait Hub River qui a impliqué entre autre Islamic Investment Company (chef de file et filiale à 100% de Dar Al-Maal Al-Islami) et Citigroup. Ce dernier était l'arrangeur qui fournit 115 millions de dollars pour une période de six mois à l'Autorité chargée du développement des ressources aqueuses et des énergétiques du Pakistan. D'ailleurs, il convient de distinguer la comptabilité de la syndication de celle de chaque banque en vue notamment de distinguer les flux financiers entre les différentes banques

¹³⁷³ Voir Islamic Financial Services Board, *Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institutions) offering only islamic financial services*, préc.

¹³⁷⁴ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, préc., 4/FE/S1/10 relative aux opérations de *mourabaha*.

Offered Rate (LIBOR). Une fois que les parties ont retenu le taux de référence, elles peuvent lui affecter un ou plusieurs points de base supplémentaires. Ce taux doit rester inchangé lors de l'exécution du contrat de crédit au risque d'être contraire à la loi islamique, quoique le versement des pénalités de retard soit admise à condition que ces sommes ne constituent pas un poste du bilan de la banque, mais soient versées à une œuvre de charité¹³⁷⁵.

Le mécanisme de l'opération de crédit *mourabaha* présente donc des particularités par rapport au crédit à intérêt (A) parce qu'il applique une série de règles islamiques pour écarter la stipulation du *ribâ* (B)¹³⁷⁶.

A) Le mécanisme de l'opération de crédit de « *mourabaha* »

510. – Opération « intermédiée ». L'opération de crédit *mourabaha* fait intervenir trois protagonistes¹³⁷⁷. L'opération prend alors le nom de « *mourabaha avec ordre d'achat* »¹³⁷⁸, où l'ordre d'acquérir le bien auprès d'un fournisseur est donné par le client au banquier. Le premier contrat n'est pas un contrat de *mourabaha*. Il est un simple contrat de vente où le banquier achète au comptant et en son nom propre le bien. Le véritable contrat de *mourabaha* n'est conclu qu'après cet achat préalable, et qu'entre le client et le banquier.

¹³⁷⁵ M. T. Usmani, op. cit., p. 87-88.

¹³⁷⁶ Pour les autres formes de vente de droit musulman, et leurs distinctions d'avec la vente *mourabaha*, voir supra, n° 155 à 163.

¹³⁷⁷ *Sharia Opinions (Fatwa) on Murabaha*, Dallah Al-Baraka Group, Department of Research & Development, Compiled & classified by Dr. Ahmed Mohieddin Ahmed, Reviewed by Dr. Abdul Sattar Abu Ghuddah, p. 60.

¹³⁷⁸ Cette dénomination résulte des normes définies par l'organisme de standardisation des normes islamiques, comptables et d'audit de l'Accounting and Auditing and Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI), voir Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*.

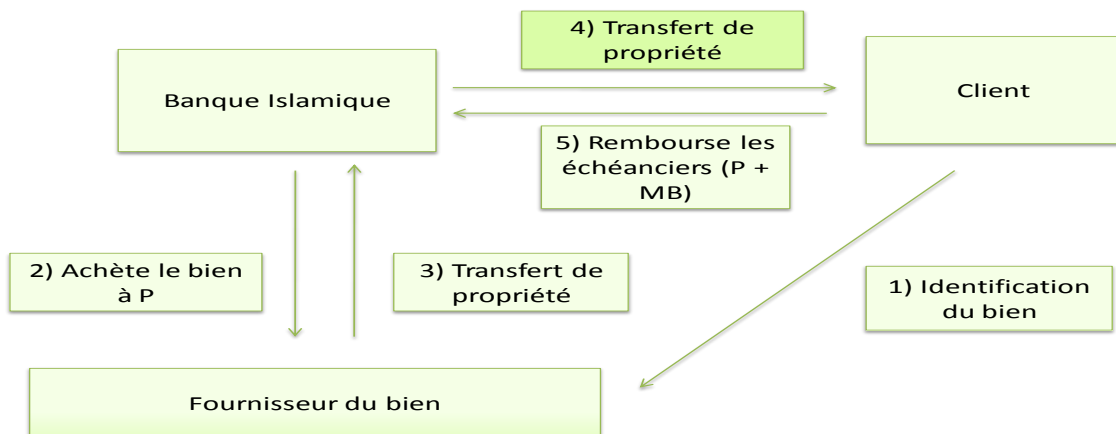


Schéma d'une opération de crédit *mourabaha*,

Source : A. Hassoune, Conférence inaugurale du Diplôme d'université Finance Islamique, 21 janvier 2008, École de Management de Strasbourg, Université de Strasbourg.

P = prix d'achat par la banque

MB = marge bénéficiaire

Le crédit *mourabaha* étant une opération triangulaire, la banque est un intermédiaire entre le vendeur initial et le client. Ce dernier est à la fois acheteur et emprunteur qui promet d'acheter le bien commandé à la banque, en remboursant soit de manière différée, soit à tempérament les fonds avancés.

Toutefois, ni le taux de profit doit être variable, ni le calcul de la marge bénéficiaire doit être identique aux intérêts composés. La première prohibition résulte de l'application du régime de la prohibition du *gharar* qui exige une connaissance précise du montant de la marge bénéficiaire au moment de la conclusion du contrat. C'est une exigence de transparence qui caractérise la *mourabaha*. Quant à l'impossibilité de fixer le montant de la marge bénéficiaire comme les intérêts composés – qui consiste à capitaliser l'intérêt généré en vue de l'intégrer dans la base de calcul des intérêts – est un critère de distinction entre le crédit à intérêt et le crédit adossé à la vente d'un bien. Cela signifie que le contrat de *mourabaha* doit générer de manière « simple » des profits.

511. – Chaîne de contrats de vente. Cette opération suppose une chaîne de contrats de vente mais dont les droits et les obligations sont aménagés pour faciliter les avances de fonds. Ici, les transferts

de propriété sont définitifs entre les différents protagonistes de sorte que la propriété du bien passe du fournisseur au banquier, puis de ce dernier au client. Toutefois, la garantie des vices cachés, à l'instar des opérations de crédit-bail, ne pèse pas forcément sur le dispensateur de crédit¹³⁷⁹. En revanche, la clause de réserve de propriété est interdite en droit musulman¹³⁸⁰.

512. – Flux financiers. L'opération de *mourabaha* implique donc deux circuits de flux financiers. Le premier flux financier transite entre la banque et le fournisseur qui sera la première étape de l'achat du bien par le banquier. Cette phase se réalise souvent au comptant. Le second flux correspond au remboursement des fonds par le client au banquier. Ce flux est défini par le prix d'achat augmenté de la marge bénéficiaire.

Lorsque le client rembourse les fonds, chaque mensualité comprend une partie du principal et une autre de la marge. En comparaison avec les crédits conventionnels, les banquiers perçoivent en général en priorité les intérêts, avant que le client ne rembourse le principal. Or, une telle pratique contrevient à la loi islamique parce que le coût de l'opération doit correspondre au prix final de revente qui ne doit pas distinguer le prix d'acquisition et la marge bénéficiaire conformément à la nature de contrat de vente de la *mourabaha*¹³⁸¹.

Avant d'acheter le bien auprès du fournisseur, le banquier peut exiger le versement de la part du client d'une somme appelée « *hamish jidiya* » qui peut être traduit de « gage de sérieux ». Cette somme n'est pas un véritable arrhe parce qu'elle est restituable totalement ou partiellement¹³⁸².

Outre le principal (qui désigne ci-après le prix de vente initial) et la marge, des commissions et des frais sont aussi perçus par le banquier¹³⁸³.

Le mécanisme du crédit *mourabaha* obéit à une série de règles islamiques pour demeurer conforme à la loi islamique.

¹³⁷⁹ Voir infra, n° 634.

¹³⁸⁰ M. T. Usmani, op. cit., p. 63.

¹³⁸¹ Idem.

¹³⁸² Voir infra, n° 519 et 690.

¹³⁸³ Nous pouvons citer les frais d'ouverture du crédit, les frais d'établissement des documents contractuels notamment pour acquérir le bien auprès du vendeur, les frais de notaire, les frais liés à la production de crédit documentaire, de lettre de crédit ou tout autre instrument émis par une institution financière, ainsi que les frais nécessaires pour la continuité de l'opération.

B) Les règles islamiques applicables à l'opération de crédit « *mourabaha* »

513. – Deux étapes obligatoires. L'opération de *mourabaha* est encadrée par deux phases plus ou moins homogénéisées par les différentes banques islamiques. Le contrat de *mourabaha* ne peut être conclu tant que la banque n'a pas acheté le bien auprès du fournisseur. Dans la mesure où le client se rapproche de la banque pour exprimer son souhait d'acquérir un bien, pèseront alors des droits et des obligations spécifiques sur les deux parties. Pour avoir une meilleure compréhension de l'encadrement juridique islamique, il faut se rappeler que la *mourabaha* fait intervenir trois protagonistes et implique deux étapes obligatoires¹³⁸⁴ : avant la conclusion du contrat de *mourabaha*, le banquier doit acheter le bien auprès d'un vendeur (1) ; et après la conclusion du contrat de *mourabaha*, le bien est revendu au client qui doit rembourser les avances de fonds de manière échelonnée (2).

En cas de défaillance du client, des règles islamiques spécifiques sont applicables (3).

1) Les règles applicables avant la conclusion du contrat de « *mourabaha* »

514. – Encadrement de la phase « pré-*mourabaha* ». Avant que le banquier achète le bien (b), le client qui a donné l'ordre de l'acheter promet de conclure un contrat de *mourabaha* avec le banquier (a) qui peut exiger une sorte de garantie de bonne exécution appelé « *hamish jiddiya* » qui consiste au versement d'une partie du prix d'achat du bien (c).

¹³⁸⁴ M. T. Usmani, op. cit. ; Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 87 – 90 ; voir aussi B. Kettel, op. cit. ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 61 – 76 ; M. Obaidullah, op. cit., p. 68.

a) L'ordre d'achat et la promesse d'achat

515. – Définition et qualification. Le contrat de *mourabaha* ne peut être conclu du simple fait que la banque est devenue propriétaire du bien acheté. Elle ne peut pas forcer le client à conclure la *mourabaha*.

Selon les standards de l'AAOIFI, la banque doit constituer un dossier comprenant le « *souhait du client* » matérialisé dans un acte juridique unilatéral qu'elle achètera le bien auprès d'un vendeur. Mais, cet acte est généralement une promesse d'achat du client¹³⁸⁵. En effet, une fois que l'ordre d'achat est donné, le client dispose de la faculté de ne pas acheter le bien, faculté aisément réalisable en l'absence de versement du *hamish jiddiya*¹³⁸⁶.

Cet ordre d'achat permet cependant l'exécution d'une transaction avant la conclusion du contrat de *mourabaha*, en vue de transférer les risques à la banque¹³⁸⁷. Pour éviter le risque de devoir garder le bien, la banque islamique peut conclure un contrat de vente conditionnelle avec le fournisseur (*conditional option* ou *khiyar al shart*) de sorte que si le client n'achète pas le bien, ce dernier sera rendu au fournisseur¹³⁸⁸.

Néanmoins, cet ordre n'est pas un engagement unilatéral d'acheter, ce dernier se matérialise par la conclusion d'une véritable promesse d'achat du bien.

¹³⁸⁵ Article 2/1/3, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*. En France, des auteurs ont pris soin de décrire le mécanisme de l'ordre d'achat sans le qualifier de promesse d'achat. « *L'emprunteur transmet à l'agent des banques islamiques une sollicitation d'achat de matières premières (« avis de tirage ») indiquant la date souhaitée pour effectuer l'achat (soit l'équivalent de la date de mise à disposition des fonds), la nature des matières premières, objets de l'achat, le prix d'achat initial (équivalent du montant du crédit) et la date de remboursement (ou l'équivalent dans un crédit revolving de la période d'intérêt au titre de laquelle le montant de l'avance doit être remboursé). L'agent des banques islamiques va alors procéder à l'acquisition des marchandises, conformément aux termes de l'avis de tirage, pour le compte du client, donneur d'ordre. L'agent adresse aussitôt à l'acquéreur une offre de vente portant sur les mêmes produits acquis. Cette lettre d'offre doit préciser : la date prévue de mise à disposition des biens qui sera la même que celle inscrite dans l'avis de tirage ; la date différée de remboursement du prix de vente, qui est celle du dernier jour de la période sélectionnée ; la quantité et le prix d'achat par unité de mesure, afin de déterminer un prix de revient total ; le prix de vente total avec une détermination précise du prix de revient et du profit réalisé. L'acquéreur notifie son acceptation à l'agent des banques islamiques et sera lié par les termes et conditions de la lettre d'offre* » (Lamy, Droit du financement, 2010, n° 5523 – 5525).

¹³⁸⁶ Voir infra, n° 519.

¹³⁸⁷ L'Islamic Financial Services Board (*Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institution) offering only Islamic Financial Services*, préc., §§ 92 – 104) traite de la *mourabaha* – assortie d'une promesse d'achat – en exposant les cas où la transaction a une force obligatoire ou non (*binding or non binding murabahah for the purchase order*). Ceci implique différentes méthodes de quantification des risques de crédit et de marché et conduit à reconnaître à certaine forme de promesse une force exécutoire.

¹³⁸⁸ Articles 2/3/5, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*.

516. – Force obligatoire de la promesse. Bien qu'elle crée, en droit musulman, une « *obligation morale* » à la charge du promettant (vendeur ou acheteur), la promesse n'a pas en principe une force obligatoire (« *wajib* »). Cependant, il existe des exceptions lorsque la promesse conduit le bénéficiaire à engager des frais.

Si la promesse unilatérale n'a aucune force obligatoire pour les Imams Abu Hanifa, Chafi, Ahmad ibn Hanbel et certains jurisconsultes malékites, des auteurs contemporains, reprenant la position d'autres jurisconsultes¹³⁸⁹, ne la partagent pas. D'après ces derniers, la promesse est une « obligation légale » du fait même de sa connotation « morale » au regard du verset 34 de la Sourate 17¹³⁹⁰, des versets 2 et 3 de la Sourate 61¹³⁹¹ ainsi qu'au regard d'une Tradition de Mohamed qui fournit des éclaircissements sur la manière de discerner l'engagement des hypocrites¹³⁹².

Si la banque s'est engagée suite à la conclusion du contrat de promesse d'achat du client, ce dernier doit la respecter selon le « code moral islamique »¹³⁹³. La position de principe est donc nuancée de façon plus réaliste, ce qui soulage les praticiens.

Par ailleurs, la doctrine islamique diverge sur la conformité islamique de la promesse synallagmatique parce que la combinaison de la promesse d'achat du client avec celle du banquier de vendre le bien entre dans le champ d'application de la prohibition de conclure une « vente future » dont le prix et la livraison sont différées¹³⁹⁴. Or, M. Al-Zuhayli affirme que l'opération *mourabaha* qui est assortie, d'une part, de la promesse d'achat du client et, d'autre part, de la promesse du banquier de vendre le bien sous forme de *mourabaha*, n'est pas illicite en droit musulman. Il cite la *fatwa* émise par les jurisconsultes réunis à Dubaï en 1979 et au Koweït en 1983 qui ont considéré que la promesse synallagmatique dans les opérations de *mourabaha* est conforme à la loi islamique¹³⁹⁵. Dans un État musulman, le principe est que les tribunaux peuvent prononcer

¹³⁸⁹ M. T. Usmana, op. cit., p. 76 : M. T. Usmani cite Samura Bin Jundub, Omar Ibn Abdul Aziz, Hasan Al Basri, Said Al-Ashwa, Bukhari, Ibn Arabi, Al-Ghazali, et la position des malékites.

¹³⁹⁰ « *Soyez fidèles à vos engagements, car vous aurez à rendre compte* ».

¹³⁹¹ « *Ô vous qui croyez ! Pourquoi dites-vous ce que vous ne faites pas ? C'est une chose abominable auprès de Dieu que vous disiez ce que vous ne faites pas* ».

¹³⁹² « *L'hypocrite a trois traits distinctifs : il ment, il ne respecte pas sa promesse et il brise la confiance qu'on lui accorde* ».

¹³⁹³ F. Nammour, art. préc., p. 41 : « *La promesse étant obligatoire en Islam, le client doit reprendre le bien acheté par la banque qui, donc, ne supporte plus le risque de devoir garder ledit bien* ».

¹³⁹⁴ M. T. Usmani, op. cit., p. 75.

¹³⁹⁵ W. Al-Zuhayli, op. cit. Tome 1, p. 361: « *The mutual promises involved in mourabaha sales to the one who orders the initial purchase is permitted after the bank owns and gains possession of the sold object., and then sells it to the one who ordered its purchase with the promised profit margin.*

soit l'exécution forcée de la promesse, à savoir la réalisation de la vente, soit la condamnation à des dommages-intérêts pour le préjudice subi par la banque dont le montant des dommages-intérêts peut être équivalent à la différence entre le prix de vente convenu entre la banque et le client n'ayant pas exécuté sa promesse, et le prix de vente à un autre client¹³⁹⁶.

Faisant suite à l'ordre d'achat, le banquier achète obligatoirement le bien.

b) L'achat du bien par le banquier

517. – Achat obligatoire du bien par le banquier. Il existe un principe général du droit musulman selon lequel il n'est pas permis de vendre ce qu'on ne possède pas. C'est pourquoi le banquier doit devenir le propriétaire du bien avant de le vendre à son client. Ainsi, le contrat de *mourabaha* conclu avant cet achat est nul et non avenu¹³⁹⁷.

Par ailleurs, si le contrat d'achat entre le banquier et le vendeur initial est nul, le contrat de *mourabaha* sera également frappé de nullité¹³⁹⁸.

Bien que le client puisse entrer en pourparler avec le fournisseur¹³⁹⁹, ce dernier doit envoyer les documents contractuels à la banque comme l'offre de vente précisant le délai de réponse. Dans une logique de crédit, le banquier devrait être le destinataire de l'information dans la mesure où si la banque accepte l'offre, le contrat de vente initial, et non le contrat de *mourabaha*, est automatiquement conclu entre le banquier et le vendeur¹⁴⁰⁰. Rien n'empêche que le client puisse être directement informé par le vendeur.

En revanche, si c'est le client qui accepte l'offre, l'opération ne pourra pas être qualifiée d'une opération de *mourabaha*. Il faut relever deux conséquences : d'une part, la conclusion d'un premier

« *As for the making the promises binding on either party or both, such ruling is conducive to stability of the contractual obligations and protection of the parties' economic interests. Moreover, such a ruling that renders the promises binding is legally acceptable.*

« *Finally, this transaction does not fall in the forbidden category of two sales in one. In this regard, Imam Al-Chafi shown that the prohibition applies when accepting one of two sales is unclear, unknown, or suspended. However, he has shown that if the buyer specifies which one of the two sales he accepts, the contract is valid* ».

¹³⁹⁶ Article 4/2, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*.

¹³⁹⁷ M. T. Usmani, op. cit. p. 67.

¹³⁹⁸ Articles 3/1/1 et 3/1/2, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*.

¹³⁹⁹ M. T. Umani, op. cit., p. 67 – 68 : Si le vendeur adresse nommément cette information au client de la banque, le droit musulman analyse cette phase comme étant une offre de contracter alors que dans le cas où l'information est impersonnelle, il s'agira d'une invitation à négocier.

¹⁴⁰⁰ Article 2/1/4, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*.

contrat de vente fait partie des éléments de qualification juridique de l'opération de crédit *mourabaha* et, d'autre part, ce contrat pèse sur le coût du crédit.

518. – Mandat d'achat et risques de dénaturation de l'opération. Le banquier peut, pour acquérir le bien, mandater une personne agissant en son nom et pour son compte. Le mandataire doit être en principe différent du client donneur d'ordre¹⁴⁰¹.

Si le client est le mandataire, deux conditions doivent être en revanche remplies pour être conforme à la loi islamique : premièrement, le banquier doit verser le prix de vente au vendeur mais aucunement sur le compte du client agissant comme mandataire ; et deuxièmement, le client-mandataire doit remettre à la banque tout document prouvant la réalisation de la vente¹⁴⁰².

Malgré la promesse du client d'acheter le bien, le banquier peut exiger le versement d'une somme d'argent pour s'engager dans l'opération de crédit.

c) Le versement d'un « *hamish jiddiya* »

519. – Rémunérations interdites et permises du banquier lors de l'achat du bien. La banque n'a le droit de percevoir ni une commission d'engagement, ni une commission pour l'octroi d'une facilité de crédit. Par contre, il lui est permis de percevoir des frais ou des commissions pour couvrir les dépenses d'une étude de faisabilité dès lors que le client y consent¹⁴⁰³. Le principe est que tous les frais liés à la préparation des documents contractuels doivent être supportés par les deux parties¹⁴⁰⁴. Lorsque la banque souhaite assurer le bien, elle supportera les frais qui y sont afférents avant la conclusion du contrat de *mourabaha*. Néanmoins, la banque pourra faire supporter ces frais au client lorsque le contrat de *mourabaha* sera conclu en bonne et due forme¹⁴⁰⁵.

¹⁴⁰¹ Article 3/1/3, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*.

¹⁴⁰² Articles 3/1/4 à 3/1/6, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*.

¹⁴⁰³ W. Al-Zuhayli, op. cit. Tome 1, p. 361 : « *This sale is valid as long as the bank is exposed to the risk of destruction of the good prior to delivering it to the final buyer, as well as the obligation to accept the return of the goods if a concealed defect were found. Moreover, the bank incurs all others financial responsibilities such as insurance. In this regard the majority of jurists agree that the sale of foodstuffs prior to their receipt* ».

¹⁴⁰⁴ Articles 2/4/1 à 2/4/5, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer* : dans le cas d'un financement syndiqué fondé sur la *mourabaha*, la banque arrangeur peut percevoir une commission d'arrangement des autres participants au financement.

¹⁴⁰⁵ Article 3/2/6, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*.

520. – Définition et régime du « *hamish jiddiya* ». En pratique, les banques islamiques demandent au client une participation de 5 à 10% des fonds avancés en vue de sécuriser l'opération. Cette somme est appelée *hamish jiddiyad* que l'on peut traduire par « gage sérieux » (*seriousness margin*). C'est une sorte de dépôt de garantie dont le régime est particulier.

Il est restituable, totalement ou en partie, lorsque le client ne souhaite plus poursuivre la transaction¹⁴⁰⁶. La partie non restituée doit strictement correspondre aux frais engagés par la banque, et le cas échéant, au préjudice réellement subi par la banque.

En cas de non accomplissement de la promesse d'achat du client, le banquier ne peut percevoir que les sommes qui ont été réellement dépensées pour exécuter la transaction.

Par exemple, lorsque le banquier revend le bien à un autre client à une autre date, cette seconde opération ayant généré des frais supplémentaires seront supportés par le premier client. Néanmoins, il peut arriver que son *hamish jiddiyah* soit partiellement remboursé¹⁴⁰⁷.

En cas de bonne exécution de l'opération par toutes les parties, le *hamish jiddiyah* doit être en principe rendu au client. Or, la banque et le client peuvent décider que ces sommes rembourseront une partie des fonds avancés par la banque.

Par ailleurs, il peut être déposé sur un compte qui peut être investi grâce à la technique de la *moudaraba*. Cela montre l'« indépendance » de cette somme d'argent par rapport au prix de vente de la *mourabaha*.

¹⁴⁰⁶ Article 2/5/5, du même Sharia Standard.

¹⁴⁰⁷ Articles 2/5/2 à 2/5/5, du même Sharia Standard.

2) La conclusion du contrat de « *mourabaha* »

521. – Étape de mise à disposition du bien. Le contrat de « *mourabaha* » a un objet spécifique qui consiste à vendre un bien à crédit (a). Il permet d'une part de transférer la propriété du bien au client (b), et d'autre part de réaliser un profit qu'il convient de bien calculé (c).

a) L'objet du contrat de « *mourabaha* »

522. – Vente à crédit de nature fiduciaire. En droit musulman, le contrat de *mourabaha* est une vente de type « fiduciaire » où le prix d'achat et la marge bénéficiaire du vendeur doivent être distinctement indiqués. Sa conclusion conduit au transfert immédiat de propriété bien qu'un délai de paiement soit octroyé. Il peut alors être qualifié de vente à tempérament.

523. – Existence de l'objet. L'objet du contrat de *mourabaha* doit exister au moment de la conclusion du contrat. La doctrine islamique a intégré le concept de « possession juridique sans détention physique ». Pour M. Usmani¹⁴⁰⁸ et pour l'AAOIFI¹⁴⁰⁹, il s'agit de faire peser les risques liés à la chose au banquier alors même qu'il ne la détient pas physiquement. Dans le cas contraire, il existerait un risque d'entrer dans le champ d'application de la prohibition de la vente d'une chose qui n'appartient pas au vendeur. Cette exigence s'étend également aux autres opérations de crédit.

524. – Bien non « *ribawi* ». Lorsque le bien est, dans une opération, un produit usuraire (*ribawi*) payé par un autre bien ayant le même fait générateur et la même nature, la marge bénéficiaire sera qualifiée de *ribâ*. Ainsi, le bien vendu via une *mourabaha* ne peut être ni de l'or, ni de l'argent, parce que l'opération s'adosse à la monnaie fiduciaire, ce qui la fait entrer dans le champ

¹⁴⁰⁸ T. Usmani, op. cit., p. 61.

¹⁴⁰⁹ Voir par exemple article 3/2/1, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*.

d'application de la prohibition du *ribâ*. C'est pourquoi, il n'est pas permis de faire de la *mourabaha* sur des devises, ni sur des effets de commerce¹⁴¹⁰.

En outre, il n'est pas permis de conclure un nouveau contrat de *mourabaha* dont l'objet est le bien acquis par une première *mourabaha*. Par voie de conséquence, cette interdiction limite le refinancement du dispensateur de crédit s'il décide d'émettre un dérivé de crédit *mourabaha*. En effet, il est interdit en droit musulman d'émettre un instrument financier *négociable* adossé à des créances issues d'opération *mourabaha*¹⁴¹¹.

525. – « Actifs sous-jacents » éligibles. Il faut entendre par « actif sous-jacent », un bien meuble (corporel ou incorporel) ou un bien immeuble devant respecter les exigences de la loi islamique, à savoir l'impossibilité qu'il serve à des activités illicites (industrie porcine, pornographique, de l'alcool, de l'armement, etc.). Mais, il peut s'agir de parts sociales, de titres financiers, de matières premières ou des biens d'équipement. Cette liste n'est pas exhaustive parce que la propriété intellectuelle (brevets, etc.) et la propriété industrielle (unités de comptes télécom, logiciels, etc.) peuvent aussi servir d'actif sous-jacent.

La *mourabaha* doit aussi permettre au client d'une banque de devenir immédiatement le propriétaire de la chose au moment de la conclusion du contrat.

b) Le transfert de propriété du bien

526. – Banquier, vendeur de bien. Puisque la banque est obligatoirement un intermédiaire¹⁴¹², il est successivement un acheteur, puis un vendeur dans la logique du crédit *mourabaha*. En fait, la banque se trouve entre deux protagonistes comme créancier des sommes dues par le client, et comme débiteur à l'égard du fournisseur du paiement du prix de la chose vendue.

Pour assurer une réelle autonomie de chaque protagoniste, il ne devrait exister aucune relation contractuelle entre le client et le banquier avant l'achat du bien, au risque de faire peser une présomption de vente *inah*. Le client ne peut pas vendre un bien qu'il possède à la banque et de le

¹⁴¹⁰ M. T. Usmani, op. cit., p. 93.

¹⁴¹¹ Ibidem, p. 94.

¹⁴¹² La relation d'intermédiation élude en fait le risque de qualification *ribawi* de la transaction puisqu'en l'absence d'un tiers comme le fournisseur, l'opération serait un *hila'* : une sorte de vente *inah*.

racheter grâce à une *mourabaha* au risque de voir le contrat sanctionné par la nullité¹⁴¹³, ce qui est discutable si les transferts de propriété ont été réellement effectués¹⁴¹⁴. Dans ce dernier cas, il s'agira d'une vente *al wafa* telle que conçue par les jurisconsultes hanafites et chaféites rendant l'opération licite¹⁴¹⁵. Cela signifie que les transferts effectifs de propriété permettent d'échapper à la qualification de vente *inah*. Il faut ainsi que le bien soit la propriété de l'acheteur qui a avancé les fonds au vendeur.

En outre, il n'est pas permis qu'un contrat de vente ait été préalablement conclu entre le client et le fournisseur avant l'achat du bien par la banque. Par contre, il peut exister un lien de parenté entre le client et le vendeur tant que la transaction ne dissimule pas une vente *inah*.

527. – Transfert effectif de propriété au client. Dès la conclusion du contrat de *mourabaha*, la chose devient la propriété du client et les risques lui sont enfin transférés. L'exécution du contrat débute par l'exécution de l'obligation de réceptionner la chose.

Bien entendu, le refus de réception peut résulter de l'incompatibilité du bien à la commande du client. Si le client peut se prévaloir des dispositions liées aux vices cachés, le refus ne devrait pas être motivé par l'incapacité d'écouler les marchandises pour une entreprise en raison par exemple de nouvelles circonstances qui affectent le marché.

Selon l'AAOIFI, pour assurer un transfert réel de propriété, la clause de réserve de propriété, qui stipulerait que le bien deviendrait la propriété de l'acheteur lorsqu'il aura payé toutes les échéances, n'est pas conforme à la loi islamique¹⁴¹⁶. Par contre, il est permis, que le banquier enregistre le bien en son nom auprès des pouvoirs publics, en ayant également le pouvoir de liquider le bien en cas de défaillance.

L'opération de crédit *mourabaha* permet enfin de rémunérer le banquier.

¹⁴¹³ Articles 2/2/3 et 2/2/4, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*.

¹⁴¹⁴ Par ailleurs, la banque et le client ne peuvent pas conclure un contrat de *mousharaka* (contrat de société) qui stipulerait que l'un est en droit de racheter les parts de l'autre, et réciproquement, via un contrat de *mourabaha*. Toutefois, rien n'empêche que le client puisse acheter les parts de la banque dans une *mousharaka* dès lors qu'aucune opération préalable ou subséquente ne se fonde sur la *mourabaha* et que le prix de vente des parts soit fixé par le marché ou par un commun accord au moment de la cession des parts, cession qui nécessite la conclusion d'un nouveau contrat.

¹⁴¹⁵ H. Döndüren, op. cit., p. 213.

¹⁴¹⁶ Articles 5/4, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer* : « *It is not permissible to stipulate that the ownership of the item will not be transferred to the customer until the full payment of the selling price* ».

c) La détermination du profit du vendeur

528. – Détermination du prix. Il n'est pas permis que le prix de vente et le profit soient indéterminés, pas plus qu'il n'est permis de les déterminer par l'application d'un taux de profit qui varie comme ce peut être le cas en appliquant des taux comme le LIBOR ou l'EURIBOR¹⁴¹⁷. Le profit doit donc clairement apparaître dans le contrat en indiquant soit une somme, soit un calcul qui se fonde sur le prix d'achat du bien.

Une fois que les parties ont fixé les échéances et le montant des fonds à restituer, elles ne peuvent pas les modifier alors même que la banque accorderait une ou plusieurs échéances supplémentaires au client en cas de retard de paiement¹⁴¹⁸. La *mourabaha* est, en fait, régie par le principe de l'intangibilité de la créance malgré les variations de taux, et malgré les difficultés financières de l'acheteur. De plus, lorsque la banque achète le bien à crédit, elle doit informer le client en lui précisant tous les frais et les commissions qui viendront composer le prix de vente.

Concernant les modalités de remboursement, elles seraient pratiquement identiques à celles exigées par les banquiers conventionnels : *« la mourabaha peut porter sur un crédit comportant une tranche amortissable et une tranche payable en une seule fois à la fin du financement. S'agissant de la tranche amortissable, à la fin de chaque période, l'emprunteur ne pourra pas renouveler l'intégralité du montant mis à sa disposition au titre de l'avis de tirage précédent, mais uniquement à hauteur d'un certain pourcentage prédéterminé. Ce mécanisme équivaut économiquement à une procédure d'amortissement du montant initial du crédit. Ainsi, l'engagement total des banques au titre de la mourabaha à chaque date de renouvellement sera diminué en conséquence (déduction faite des remboursements anticipés). Pour ce qui est de la tranche remboursable in fine, le renouvellement se fera sur l'intégralité du montant initial mis à la disposition de l'emprunteur à la date d'acquisition, et ce jusqu'à la date finale de disponibilité de la mourabaha »*¹⁴¹⁹.

¹⁴¹⁷ Article 4/6, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer* : « *It is not permitted under any circumstances to subject the determination of the price or the profit to unknown variations or variations that are determinable in the future, such as by concluding the sale and making the profit dependent on the rate of LIBOR that will prevail in the future. There is no objection to referring to any other known indicators during the promise stage as a comfort indicator to determine the rate of profit, provided that the determination of the institution's profit at the time of concluding the Murabaha to the purchase orderer is based on a certain percentage of the cost and is not tied up with LIBOR or a time factor* ».

¹⁴¹⁸ Article 4/8, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*.

¹⁴¹⁹ Lamy, Droit du financement, 2010, n° 5529.

529. – Pratique controversée : « Taux de profit variable ». Il est parfois préférable de retenir un taux variable dans les opérations de crédit. Or, il n'est pas permis en droit musulman de stipuler une clause de variation de la marge bénéficiaire. Cependant, la banque centrale de Malaisie a mis en place un taux variable – révisable mensuellement – pour les opérations fondées sur les opérations de *bay bithaman ajil*, très proche de la *mourabaha*¹⁴²⁰. Elle se distingue du taux d'intérêt variable du fait que si le taux baisse, le client perçoit un « *ibra* », une sorte de rabais, de remise sur le prix final. Il existe néanmoins un plafond pour éviter que le client n'ait à payer des mensualités trop élevées si le taux augmente sensiblement. En pratique, toutes les mensualités sont additionnées pour déterminer si le montant remboursé n'excède pas le prix de vente prévu initialement. En cas de trop perçu par la banque, le client percevra ladite « *ibra* ».

530. – Coût du crédit « *mourabaha* ». Puisque le prix final de vente doit être clairement et explicitement indiqué au moment de la conclusion du contrat de *mourabaha*, la rémunération du dispensateur de crédit *mourabaha* est préalablement fixée. D'ailleurs, il faut bien distinguer le prix d'achat du banquier, la marge bénéficiaire et tous les autres frais et commissions susceptibles de grever cette opération.

Les dépenses directement liées à l'acquisition du bien intègrent le prix total de vente. En revanche, les paiements de la banque versés à son propre personnel ne peuvent pas être supportés par le client¹⁴²¹. Si le vendeur initial effectue une remise sur le prix de vente, cette remise doit se répercuter sur le prix de vente au client.

Seront aussi intégrés dans le coût du crédit, les commissions d'intermédiation ainsi que¹⁴²² :

- Les frais d'ouverture du crédit, les frais d'établissement des documents contractuels notamment pour acquérir le bien auprès du vendeur (frais liés à la production de crédit documentaire, de lettre de crédit ou tous autres instruments émis par une institution financière) ;
- Le paiement des créances en dehors de celles découlant des clauses de non recours ;
- Les frais de toute transaction assimilable à un prêt pour la continuité de l'opération ;
- Les frais liés aux opérations d'achat d'instrument financiers à terme en vue de couvrir les fluctuations affectant le prix d'acquisition du bien ;

¹⁴²⁰ Malaysia International Finance Centre, *Ibra*, www.mifc.ma.

¹⁴²¹ Articles 4/3 et 4/4, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*.

¹⁴²² A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 74 – 75.

- Les indemnités payées par la banque au fournisseur en cas de manquement du client à ses obligations ;
- Tout paiement découlant de la réalisation de la sûreté ou découlant de la détérioration du bien, tout en évitant que le client soit assujéti deux fois à ses paiements ;
- Enfin, et le cas échéant, les frais liés à l'émission d'un certificat d'investissement islamique appelé *sak* (pl. *sukuk*) pour refinancer cette opération¹⁴²³.

Par mesure de sécurité, le banquier peut exiger différentes sortes de garantie pour contrecarrer la défaillance du client.

3) Les mesures préventives et curatives de la défaillance du client

531. – Défaillance et garanties. En cas de défaillance du client, ce dernier et le dispensateur de crédit *mourabaha* doivent faire le bilan financier pour s'il faut liquider les actifs le cas échéant. Le droit musulman instaure un cadre particulier pour régler les conséquences des incidents de paiement (b) et de la défaillance définitive du client (c). En vue de se prémunir, le banquier peut aussi exiger diverses formes de garanties (a).

a) Les garanties exigibles pour sécuriser l'opération de crédit « *mourabaha* »

532. – Diversité de garanties. La banque peut exiger une garantie au client sur la bonne exécution des obligations du vendeur choisi par lui, cette garantie restant valide alors même que le contrat de *mourabaha* ne sera pas conclu. Ainsi, le client doit supporter les dommages causés au banquier. Souvent, la banque demande la constitution de sûreté tant réelle que personnelle. Ces garanties sont de diverses formes : hypothèque, gage, cautionnement, billet à ordre, aval, lettre de crédit selon les exigences de l'opération.

¹⁴²³ Idem.

En droit musulman, le contrat de sûreté est constaté dans un acte juridique séparé du contrat principal (vente à crédit, location, prêt) ; pouvant être établi avant ou après la signature du contrat de *mourabaha*.

En outre, le bien, objet du contrat de *mourabaha*, peut servir de gage ou d'hypothèque. Ainsi, le crédit *mourabaha* peut être qualifié de mise à disposition de fonds garantie par un bien vendu à tempérament au client.

En réalité, toutes les formes de garanties ne peuvent être réalisées qu'après avoir constaté un cas avéré d'inexécution du contrat.

533. – Remboursement forcé et remboursement anticipé. Le banquier peut obliger le client à rembourser immédiatement et totalement les fonds avancés lorsque le client n'exécute pas délibérément ses obligations (refus de paiement, retard de paiement) sans qu'il fournisse une raison valable.

Le remboursement est anticipé si le client décide de payer sa dette plus tôt que prévu. Toutefois, le contrat de crédit *mourabaha* ne peut pas contenir une clause selon laquelle le remboursement anticipé s'effectuera en contrepartie d'une augmentation du montant de sa dette¹⁴²⁴. De telles indemnités tombent dans le champ d'application du *ribâ*.

Par contre, le banquier a le droit de réduire le montant de la dette si le client rembourse de manière anticipée ou si le client présente les traits d'une personne indigente¹⁴²⁵.

Nous voyons que les difficultés de qualifications des différentes clauses tournent autour de la prohibition du *ribâ*. Cette problématique se rencontre avec plus d'acuité lors des incidents de paiement.

b) Les incidents de paiement

534. – Perception conditionnée des pénalités de retard. En droit musulman, le principe est que, si l'emprunteur est défaillant, aucune majoration ne peut venir alourdir sa dette. Cependant, en cas

¹⁴²⁴ M. T. Usmani, op. cit., p. 90 et spéc. p. 93 pour l'interdiction du rééchelonnement du montant de la dette via une autre devise.

¹⁴²⁵ Ibidem, p. 91.

d'incident de paiement, les pénalités sont dues à la banque islamique, mais elles ne sont pas affectées au bilan de la banque.

Si une échéance n'est pas payée, la suivante sera augmentée non seulement de la dernière échéance mais également de ladite pénalité. Cette dernière sera isolée dans le bilan de la banque en vue d'être reversée à une œuvre de charité¹⁴²⁶.

535. – Restructuration et renégociation de la dette. Derrière l'interdiction de percevoir des pénalités de retard, il y a le spectre d'une renégociation de la dette qui est qualifiée par M. Usmani de « *second contrat de mourabaha portant sur le même bien, mais dont le prix est augmenté* », ce qui conduit à le juger comme illicite, en raison de l'intangibilité du prix de la *mourabaha*, et donc du montant de la dette du client¹⁴²⁷. Ainsi, il n'est pas toujours permis de percevoir une quelconque somme d'argent pour avoir modifié les échéances du crédit et son montant.

536. – Clause de non remise sur le prix. En outre, les banques islamiques stipulent fréquemment une clause dite de non remise de prix pour prévenir les cas d'incident de paiement. Sa stipulation est justifiée par le fait de ne pas subir les défaillances maquillées. Elle « prévient » l'insolvabilité du client en vue de gérer les risques de crédit. La conformité islamique de cette clause peut sembler incertaine. En revanche, dès lors que les banques versent les sommes perçues à une œuvre de charité au nom du client, et ce parce qu'elles ont conscience que lesdites sommes leur sont interdites, cette incertitude s'efface.

Malgré ces précautions, lorsque le client ne peut plus rembourser le banquier, le droit musulman instaure une procédure de liquidation particulière.

c) La défaillance définitive du client

537. – Clause de liquidation amiable des actifs financés. Dans les crédits islamiques, notamment dans les crédits *mourabaha*, une clause peut instaurer une procédure amiable de liquidation en cas

¹⁴²⁶ Le montant de la pénalité est égal au produit du montant dû augmenté de la marge, du taux de pénalité et du nombre de jours de retard, le tout divisé par 360.

¹⁴²⁷ M. T. Usmani, op., cit., p. 89.

de difficultés rencontrées par le client¹⁴²⁸. La procédure est une sorte de liquidation conventionnelle qui consiste à épurer les actifs. Elle prend plus de signification dans le crédit immobilier. Elle prend alors en compte la valeur réelle du bien ainsi que les échéances déjà remboursées. Lorsque le bien est revendu de gré à gré, ou aux enchères, les fonds serviront en priorité à rembourser les fonds avancés par le banquier. Il se peut que le client perçoive une partie du prix de vente si le prix de vente excède la créance du banquier.

538. – Illustration. Si on transpose cette pratique au crédit islamique, il est intéressant de constater qu'il existe implicitement un partage équitable des pertes et des profits. Prenons l'exemple d'un bien valant 1000 revendu au client par la banque avec une marge bénéficiaire de 20%. Le client remboursera les fonds avancés en 60 mensualités de 20. Admettons qu'il devienne insolvable au bout de la 25^{ème} mensualité. La banque et le client ont décidé de liquider le bien en le vendant aux enchères. Si, aux enchères, le bien est revendu à 1000, la banque qui a déjà perçu 500 (25 X 20) doit percevoir encore 700 (35 X 20). Et le client devrait percevoir 300.

Mais, si le bien est revendu à 600, la banque qui a déjà perçu 500 (25 X 20) doit percevoir encore 700 (35 X 20). Le client doit verser encore 100 au banquier.

Si le bien est revendu à 1200, la banque qui a déjà perçu 500 (25 X 20) doit percevoir encore 700 (35 X 20). Et le client ayant remboursé le banquier percevrait 500.

On comprend, à partir de ces exemples, qu'il vaut mieux fixer le plancher du prix de vente aux enchères en fonction des fonds restant dûs (700, dans cet exemple)¹⁴²⁹.

En définitive, l'opération de crédit *mourabaha* est une mise à disposition indirecte de fonds au client de la banque, car les fonds sont directement versés au fournisseur du bien.

¹⁴²⁸ Articles 5/4, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer* : « *It is not permissible to stipulate that the ownership of the item will not be transferred to the customer until the full payment of the selling price. However, it is permissible to postpone the registration of the asset in the customer's name as a guarantee of the full payment of the selling price. The institution may receive authority from the customer to sell the asset in case the customer delays payment of the selling price, in which case the institution should issue a counter-deed to the customer to establish the latter's right to ownership. If the institution sells the asset as a result of the customer's failure to make a payment of the selling price on its due date, it must confine itself to recovering the amount due to it and must return the balance to the customer* ».

¹⁴²⁹ Il faut noter que cette procédure de liquidation en matière de *mourabaha* se distingue également de celle de la *mousharaka* dégressive combinée à l'*ijara* parce que cette dernière implique nécessairement la prise en compte des parts des associés dans le bien au jour de la liquidation du bien. Voir infra, n° 810 – 817.

539. – Une ruse juridique (« hila' ») ? Le crédit *mourabaha* reflète-t-il adéquatement l'esprit de la finance islamique qui se veut « participative » ? Au regard du nombre élevé de transactions bancaires fondées sur le contrat de *mourabaha*, la nature participative est plutôt mise à l'écart du fait des contraintes du circuit du crédit. Est-ce pour autant que cette opération est une ruse juridique ?

Conformément à une Tradition de Mohamed¹⁴³⁰, une même transaction ne doit pas dissimuler deux ventes ou la combinaison de la vente et du prêt car elle entre dans le champ d'application des transactions à double objet éladant le *ribâ*. Parmi celles-là, il faut distinguer deux catégories : d'une part, celles comprenant deux ventes portant sur un même bien, transaction prévoyant un différentiel de prix entre la vente au comptant et celle à terme ; et d'autre part, la transaction combinant simultanément ou cumulativement la vente et le prêt.

S'agissant de la première catégorie, c'est une opération dite « *inah* »¹⁴³¹ où le bien sert d'écran pour dissimuler un prêt à intérêt du fait d'un transfert furtif, voire fictif, de propriété parce que la chose retourne dans les mains du vendeur initial, opération *inah* qui est essentiellement bilatérale, et non triangulaire¹⁴³².

La seconde catégorie heurte la permission de la vente à crédit en droit musulman. Il est permis de vendre un bien meuble ou immeuble où le prix est remboursé de manière fractionnée ou non, augmenté ou non d'une marge bénéficiaire. Pour la *mourabaha*, il y a une mise à disposition de fonds spécifiquement affectée à l'acquisition d'un bien. En fait, même si le client jouit d'une avance de fonds (prêt) pour acquérir le bien (vente), la propriété de ce dernier lui est effectivement et immédiatement transférée. En outre, les fonds ne sont pas versés au client mais au fournisseur. La *mourabaha* échappe donc à la prohibition des opérations combinant le vente et le crédit, parce qu'elle est une vente parfaite, plus précisément une vente à tempérament transférant réellement la propriété.

S'il existe des critiques sur le montage de certaines opérations de crédit *mourabaha*, il en existe tout autant sur le crédit *tawarruq*.

¹⁴³⁰ Voir supra, n° 25 – 26.

¹⁴³¹ Voir supra, n° 137, 151, 371 – 373.

¹⁴³² Voir cependant infra, n° 546, la décision de non-conformité islamique, de l'Académie de Fiqh, du « *tawarruq* organisé » qui modulerait le schéma de l'*inah* dans une opération triangulaire.

§2) Le régime juridique de l'opération de crédit « *tawarruq* »

540. – Définition. Les banques islamiques ont également recours au *tawarruq*¹⁴³³. Ce contrat est défini comme étant une vente permettant à une personne appelée *mustawriq* d'acheter d'abord un bien à crédit auprès d'un vendeur ; puis de le revendre au comptant à un prix plus bas à une autre personne¹⁴³⁴. Sa conformité islamique est principalement subordonnée à la condition que l'opération implique un tiers, indépendant du bailleur de fonds et du client. En d'autres termes, le vendeur à crédit ne peut pas être l'acheteur au comptant¹⁴³⁵.

Le crédit *tawarruq* est en réalité le découvert de type islamique où deux ventes au minimum se succèdent pour que finalement la chose ne devienne pas définitivement la propriété du client de la banque.

541. – Sources de la conformité islamique. Parmi les sources de la conformité islamique, la doctrine retient les versets généraux du Coran relatifs à la permission des contrats de vente. Elle retient en outre une Tradition, non prophétique, celle de son épouse Aïcha qui a eu recours au *tawarruq*¹⁴³⁶.

542. – Divergence doctrinale sur la conformité islamique. Ahmad Ibn Hanbal considère que le *tawarruq* est licite dès lors que le vendeur initial se distingue clairement de l'acheteur final¹⁴³⁷. Il n'empêche qu'Ibn Taymiyya et Ibn Qayim (hanbalites) l'ont considéré comme répréhensible (*makrouh*) à l'instar de l'Imam Malik en raison du rôle du tiers. S'il participe à un montage éludant la vente *inah*, elle dissimulerait une opération *ribawi* parce que la chose n'a servi que d'écran¹⁴³⁸.

543. – Montage d'une opération de crédit « *tawarruq* ». Le schéma ci-dessous montre un montage qui fait intervenir cinq entités. Il peut ne pas répondre aux conditions légales islamiques. Si les deux

¹⁴³³ Le radical « *wariq* » de *tawarruq* signifie argent avec l'idée de monétarisation.

¹⁴³⁴ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 119.

¹⁴³⁵ Article 2, Standard Sharia n° 30, AAOIFI, *Monetization (Tawarruq)*.

¹⁴³⁶ Annexe B: *Basis of Sharia Rulings*, Standard Sharia n° 30, AAOIFI, *Monetization (Tawarruq)*.

¹⁴³⁷ S. Ibn Fawzan Al Fawzan, op. cit., p. 116.

¹⁴³⁸ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 120.

premières étapes ne posent pas de difficultés, c'est le cas de la troisième parce que le banquier ne devrait pas être le mandataire du client. Toutefois, du fait de la revente du bien à un autre intermédiaire (Broker B) que le premier, l'opération est considérée comme licite.

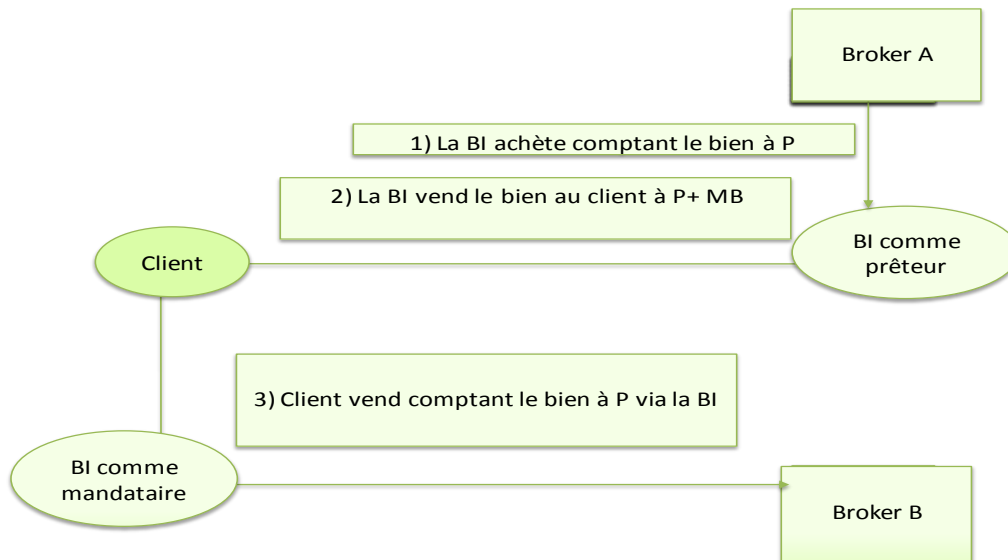


Schéma d'une opération de tawarruq

Source : W. Gueriri, Cours, Diplôme d'université de Finance Islamique, 21 novembre 2008, École de Management de Strasbourg, Université de Strasbourg.

Cette opération doit être « ouverte » de sorte que l'acheteur final (Broker B) ne doit pas être le banquier qui avancé les fonds, ni une des institutions qu'il contrôle, au risque de se trouver dans une configuration « fermée » de l'opération qui devient alors une *hila'* (une ruse) de type vente *inah*, quelque peu sophistiquée¹⁴³⁹. L'opération est conforme à la loi islamique si une série de conditions sont remplies.

¹⁴³⁹ W. Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 117 ; AAOIFI, Annexe B: *Basis of Sharia Rulings*, Standard Sharia n° 30, AAOIFI, *Monetization (Tawarruq)* : « *Prohibition of joining together the contract for purchasing the commodity and the contract for selling it is justified by the fact that joining them together would impose a commitment on the client to sell the commodity right away. Hence, such immediate transfer of the ownership of the commodity may not enable the client to receive it. This is again the same reason for prohibition of proxy-related commitments* » ; voir aussi la Résolution de l'Académie de *Fiqh* lors de sa 15ème Session selon laquelle « *which imposes no condition other than that Monetization should not be performed like E'na . Also, the Resolution of the 17th Session which comprises other conditions (well-observed in this standard) most important of which is non-commitment of the bank to become the agent of the client in*

544. – Conditions de conformité islamique. Servant de support pour les opérations de prêt sans intérêt, il est cependant couramment utilisé par les banques islamiques. Le schéma typique de l'opération implique trois parties indépendantes et deux contrats de vente séparés.

Le client de la banque ne doit pas mandater l'établissement de crédit qui lui a vendu le bien de vendre au nom du client le bien. Parallèlement, cet établissement ne doit pas accepter ce type mandat. La banque ne doit pas être le mandataire du client qui revendra le bien au nom et pour le compte du client parce qu'un contrat de mandat, (voire de délégation) peut conduire de manière détournée à une situation proche de l'*inah*. Si les autorités obligent la délégation en raison des mesures réglementaires ou techniques, la conclusion du contrat de mandat doit intervenir qu'après la livraison effective du bien au client¹⁴⁴⁰.

Cette opération impose en outre obligatoirement le transfert de propriété du bien au client puis au second acheteur en vue de « transformer » le bien en somme d'argent.

Par ailleurs, la chose doit être disponible le jour de la conclusion du premier contrat de vente. Il est préférable pour la doctrine islamique que le *tawarruq* s'adosse sur des biens se trouvant dans la localité du vendeur¹⁴⁴¹. Il est en réalité une pratique autorisée seulement en cas de nécessité¹⁴⁴².

Une des raisons de la volonté de limiter cette opération est qu'elle ne finance pas directement l'économie réelle. Elle octroie des « facilités de caisse » pour soulager un emprunteur affaibli par les circonstances économiques. Une utilisation inconsidérée réleverait une situation pathologique du système économique dans lequel elle évolue.

545. – Prise réelle de risque. Généralement ce type de transaction a pour objet des marchandises ou des matières premières facilement négociables comme le platine, l'huile de palme ou le cuivre¹⁴⁴³.

selling the commodity which “makes Monetization similar to E'na” – using the same words of the Resolution - and non-violation of the condition relating to receipt of the commodity (the Resolution here did not impose actual receipt only, similar to what it did in its 11th Session where it considered legal receipt to be sufficient in currency exchange, which requires more controls than sale transactions) ». Les malaisiens avaient néanmoins recours à la vente *inah* (M. N. Siddiqi, *Islamic Banking and Finance in Theory and practice: A Survey of State of the Art*, Islamic Economic Studies, vol. 13, n° 2, February 2006, p. 9).

¹⁴⁴⁰ Article 4/7, Standard Sharia n° 30, AAOIFI, *Monetization (Tawarruq)*.

¹⁴⁴¹ « *The ruling, that the institution should provide detailed information about the commodity to the client, aims at preventing fictitious transactions and helping the client to obtain liquidity. Such requirement holds true whether the commodity in question is a commodity, a car, shares of a company, international goods, or local goods. The latter are more suitable for monetization due to the easiness of ensuring their existence, and the chance available to the client to actually hold them if he so desires* », Annexe B: *Basis of Sharia Rulings*, Standard Sharia n° 30, AAOIFI, *Monetization (Tawarruq)*.

Peut-on soutenir l'idée selon laquelle les opérations de *tawarruq* se fondent sur un actif réel qui fait courir de véritables risques à l'emprunteur et au bailleur ? Ce n'est guère possible même si on retient que le mécanisme implique des flux monétaires par le biais d'un processus où une institution financière achète (directement ou indirectement) un actif et le vend immédiatement à son client avec un différé de paiement ; puis, le client vend cet actif à un tiers contre un paiement immédiat. Le résultat est que le client dispose de fonds sans que la chose reste dans son patrimoine.

546. – Indépendance des contrats. Les deux contrats (achat avec paiement différé et de vente au comptant) ne doivent pas être dépendants l'un de l'autre. Si la chose périt, c'est le propriétaire qui supporte le risque. Il peut s'agir du banquier et du client¹⁴⁴⁴.

547. – Prohibition du « *tawarruq organisé* ». L'Académie du *Fiqh* a émis, les 26 et 30 avril 2009, une résolution jugeant comme illégale l'opération de « *tawarruq organisé* »¹⁴⁴⁵. Elle distingue l'opération de *tawarruq* du contrat de *tawarruq*. Après avoir défini et exposé son mécanisme, elle a jugé que l'opération devenait illégale au cours de son déroulement si elle se réalise sur un marché spécifiquement organisé où le bailleur de fonds organise la transaction pour le compte du *mustawriq* et exécutent simultanément la transaction en vue d'assurer la revente au comptant du bien à un prix plus bas sur le même marché. Un dispensateur de crédit *tawarruq* n'a pas le droit de s'immiscer dans toutes les phases de l'opération¹⁴⁴⁶.

En conséquence, il convient de ne pas multiplier les opérations analogues à la délégation pour effectuer la seconde vente¹⁴⁴⁷. Dans le cas contraire, cette opération serait nulle parce que d'une part deux transactions simultanées portant sur un même bien dissimulent un prêt à intérêt ; et d'autre

¹⁴⁴² Article 5/1, Standard Sharia n° 30, AAOIFI, *Monetization (Tawarruq)*.

¹⁴⁴³ Toutefois, la RHB Islamic Bank qui propose à ses clients des prêts basés non plus sur un métal précieux mais sur des unités de télécommunication. L'innovation de la banque RHB est d'avoir remplacé le platine par lesdites unités de temps de télécom en associant à deux acteurs malaysiens des télécoms : e-Pay qui gère le rechargement de comptes télécoms et Sedania Media Group qui diffuse des offres mobiles.

¹⁴⁴⁴ Article 4/5, Standard Sharia n° 30, AAOIFI, *Monetization (Tawarruq)*.

¹⁴⁴⁵ Résolution 179 (19/5), Session tenue à Sharjah, Émirats Arabes Unis, du 1 au 5 Jamadil Ula 1430 (26 au 30 avril 2009), www.isra.com, Page d'accueil visitée le 11 mai 2009. Voir aussi A. W. Dusuki, *Can Bursa Malaysia's suq al-sila' (commodity mourabaha house) resolve the controversy over tawarruq?*, International Research Academy for Islamic Finance (ISRA), Research Paper, n° 10/2010.

¹⁴⁴⁶ Articles 4/8 et 4/9, Standard Sharia n° 30, AAOIFI, *Monetization (Tawarruq)* ; H. Latrache et S. Oddos, *Le tawarouq, un mal nécessaire ?*, art. préc., p. 50 à 62.

¹⁴⁴⁷ Article 5/2, Standard Sharia n° 30, AAOIFI, *Monetization (Tawarruq)* : « *The institutions should avoid proxy in selling the Monetization commodity, even if proxy is to be arranged with a third party. In other words, institutions*

part, selon nous, l'opération s'adosse pour un temps trop court à un actif s'écartant de la finalité de la loi islamique.

548. – Réactivité de la place financière Malaisienne. La « *Bursa Malaysia* » a mis en place après la résolution de l'Académie de Fiqh, une « *Commodity Mourabaha House* » pour respecter le schéma « orthodoxe » du *tawarruq*. Elle a innové en mettant face à face les vendeurs et les acheteurs de matière première (huile de palme), entre lesquels s'interposent le client et le banquier islamique. L'originalité de cette opération se trouve dans la phase de vente de la matière première. Cette dernière est vendue à un acheteur qui a été préalablement enregistré par la Bourse et que ni la banque islamique, ni le client, ne connaissent son identité. Ce processus aléatoire présente l'avantage de briser les circuits organisés, mais l'inconvénient que ces circuits alimentent une spéculation dangereuse (par ex. : hausse virtuelle du prix des matières premières) notamment si le marché est limité à peu d'intermédiaires¹⁴⁴⁸.

549. – Autre condition restrictive. Si l'AAOIFI indique qu'il faut éviter d'effectuer un *tawarruq* avec une institution financière conventionnelle, cette restriction peut être écartée si la première vente est effective grâce à la conclusion d'un contrat de *mousawama* ou de *mourabaha*¹⁴⁴⁹ dont la finalité doit consister à transférer la propriété du bien tangible à la banque avant de conclure le *tawarruq* avec son client qui lui devra le vendre à un autre intermédiaire ou à une autre banque.

En définitive, il faut bien distinguer l'opération de crédit *mourabaha* dont l'utilisation à grande échelle est plus acceptée que celle de *tawarruq*. Il convient à présent de définir le régime juridique islamique du crédit *salam* qui obéit à un tout autre régime juridique.

should use their own bodies for selling the Monetization commodity, though using brokers for this purpose is permissible ».

¹⁴⁴⁸ A. W. Dusuki, *Can Bursa Malaysia's Suq Al-Sila (commodity mourabaha house) resolve the controversy over tawarruq?*, ISRA, Research Paper, n° 10/2010.

¹⁴⁴⁹ Article 4/1, Standard Sharia n° 30, AAOIFI, Monetization (Tawarruq).

§3) Le régime juridique islamique des opérations de crédit « *salam* »

550. – Définition. La vente « *salam* » est une vente à terme de type particulier qui consiste à vendre un bien non disponible au moment de la conclusion du contrat, mais uniquement en contrepartie du paiement comptant du prix de la vente¹⁴⁵⁰. Le vendeur est appelé « *muslam ilayhi* », l'acheteur « *rabb al salam* » ou « *al muslam* », le prix de la transaction « *ras-al-mal* » et enfin la chose, objet du contrat « *muslam fih* ». L'acheteur peut être une banque qui avance les fonds à un fournisseur en vue de livrer le bien au client à une date fixée en concluant avec lui un contrat *salam* parallèle ou un contrat de *mourabaha*.

551. – Sources. Le Coran est la principale source régissant les contrats de vente comme nous l'avons indiqué dans la section consacrée à la *mourabaha*. Soumis à une série de condition, le *salam* fut permis lorsque les agriculteurs demandèrent à Mohammed s'ils avaient le droit de vendre au comptant les produits agricoles qu'ils n'avaient pas encore récoltés¹⁴⁵¹. La permission fut donnée au regard des nécessités économiques qui la justifiaient. À cet égard, elle est bien encadrée par la Tradition prophétique qui exige que « *quiconque conclut une vente salam, qu'il spécifie la marchandise par son poids ou son volume, et par un terme prédéterminé* »¹⁴⁵².

Le contrat de *salam* est cependant considéré comme une exception au principe selon lequel il est interdit de différer et le paiement, et la livraison. Dans ce cas, il s'agit d'une vente future interdite

¹⁴⁵⁰ Voir W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 241 et s., 336 et s. ; B. Johansen, *Le contrat de Selem, Droit et formation du capital dans l'Empire abbaside (XIè – XIIè siècle)*, annales HSS, juillet-août 2006, n° 4, p. 863 à 899 ; M. Obaidullah, op. cit., p. 95 – 99 ; M. Boudjellal, *Al-salam, al -isititsna, la-joala, al mouzaraâ, al moussakat, al-moudharassa, ou modes de financement peu utilisés par les banques islamiques*, in *Introduction aux techniques de financement islamique*, actes de séminaires, n° 37, Banque Islamique de Développement-IRTI, 1^{ère} édition, Djeddah, Arabie Saoudite, 1996, p. 153 – 169 ; ; M. A. El-Gamal, *Islamic Finance, Law, Economics and Practice*, op. cit., p. 81 – 89 ; Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 82 – 84 ; B. Kettel, op. cit. ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 93 – 101.

¹⁴⁵¹ Le *salam* a beaucoup servi en Egypte et au Moyen-Orient jusqu'au siècle dernier comme support du développement économique, notamment dans la vente des produits manufacturés (voir B. Johansen, *Le contrat de Selem, Droit et formation du capital dans l'Empire abbaside (XIè – XIIè siècle)*, art. préc.). Il a servi aussi en matière de liquidation des sociétés dans la mesure où le liquidateur vendait les biens du failli à terme en contrepartie de leur paiement en comptant. Il peut aussi présenter un avantage qui est d'acquérir un bien moins cher au moment de la conclusion du contrat, qu'au moment où le prix sera payé le jour de la livraison.

¹⁴⁵² M. T. Usmani, op. cit., p. 117.

par la loi islamique¹⁴⁵³. Or, le contrat de *salam* diffère de cette dernière parce que le paiement du prix de la vente est au comptant.

Le contrat *salam* ne peut porter que sur des biens meubles quantifiables. Il s'agit, selon le droit musulman, des biens qui se pèsent, qui se mesurent ou qui se comptent, tout en faisant attention que les choses échangées n'entrent dans le champ d'application du *ribâ*. C'est pourquoi la Tradition de Mohamed exige une « description » du bien qui permet d'estimer sa valeur en tenant compte de ses qualités essentielles¹⁴⁵⁴. Ce contrat permettrait ainsi d'avancer les frais de production d'un bien dit « standard » qui sera dédié à la vente¹⁴⁵⁵.

552. – Pratiques anciennes. Les recherches de Mme Beshara Doumia montrent qu'aux XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles, en Palestine, les grands commerçants et les manufacturiers utilisaient ce contrat pour constituer des stocks de marchandises, afin d'exercer leur influence sur le choix des cultures agricoles à l'échelle régionale. Ils octroyaient des fonds à des taux très avantageux pour les vendeurs-emprunteurs. Les sources juridiques du X^{ème} au XV^{ème} siècle soulignent aussi le rôle du *salam* comme un outil d'investissement pour développer le commerce et les produits manufacturés¹⁴⁵⁶.

553. – Contrat d'investissement. M. Baber Johansen définit le *salam* comme un contrat d'investissement et non comme un contrat de vente de sorte que ce contrat réunit « un investisseur

¹⁴⁵³ Ibidem., p. 115.

¹⁴⁵⁴ Ibn Abî Zayd Al-Qayrawani (jurisconsulte, m. en 996), *La Risâla ou Epître sur les éléments du dogme et de la loi de l'Islam selon le rite malékite*, texte en arabe et traduit en français par Léon Brecher, Bibliothèque Arabe-Française, 4^{ème} édition, 1951, p. 210.

¹⁴⁵⁵ B. Johansen, art. préc., p. 866 : « Quant au calcul de la valeur des biens, la connaissance du matériau de base devient, pendant cette période, moins importante que les méthodes et techniques par lesquelles les produits sont fabriqués – à condition que celles-ci soient standardisées et connues par les investisseurs et leurs clients. Les catégories de la description doivent donc renvoyer aux techniques standardisées de la production des biens pour permettre aux partenaires du *salam* d'en estimer la valeur ».

¹⁴⁵⁶ B. Doumia, *Rediscovering Palestine. Merchants and peasants in Jabal Nablus, 1700-1900*, Berkeley, University of California Press, 1995, pp. 14, 135-136, 180, 186-187, 236-237 et 240 ; Voir également du même auteur, *Le contrat salam et les relations ville-campagne dans la Palestine ottomane*, Annales HSS, Juillet-août 2006, n° 4, p. 901 à 924 ; K. M. Cuno, *Contrat Salam et transformation agricoles en basse Égypte à l'époque ottomane*, Annales HSS, Juillet-août 2006, n° 4, p. 925 à 940 : Par exemple, en 1828, M. Ahmad Agha Nimr, descendant d'une puissante famille de notables de Naplouse, et quatre paysans de Salim, un bourg rural situé à l'est de la ville, ont conclu un contrat de *salam*. Ils ont stipulé qu'« à la date [mentionnée ci-dessous], Husayn Abd al-Qadir, Awad fils de Shehadah, Abd al-Hayy fils de Jabir et Musa fils d'Abid, du village de Salim, attestent avoir reçu de l'Honorable et Respecté Ahmad Agha [...] al-Yusufi (Nimr) une somme de 1 025 piastres [...] en tant que *salam* juridique pour cent jarres d'huile [mesurées par] la mesure de la fabrique de savon [Yusufiyya] – chaque jarre pour dix piastres un quart – pour une période de dix mois. [Ils devront] livrer la moitié maintenant, et l'autre moitié à la mi-Rabi II, 1244 h (fin octobre 1828), à la fabrique de savon Yusufiyya [...] ».

qui avance un capital à un vendeur qui, en l'acceptant, s'oblige à lui livrer, à une échéance fixée par contrat, un bien qui est l'objet de l'investissement »¹⁴⁵⁷. La qualification de contrat d'investissement trouve sa justification, selon M. Johansen, au regard des raisons suivantes : premièrement, « traitant du salam, les juristes (musulmans) parlent de « capital » que l'acheteur doit avancer. Ce terme même indique qu'il s'agit d'un financement dont l'objectif est de faire fructifier la somme avancée ». Deuxièmement, « la terminologie des juristes montre que le capital avancé détermine le statut des acteurs et des objets ». En effet, l'investisseur n'a pas le droit de substituer le capital fixé par le contrat par une autre chose fongible. Il doit remettre ce capital avant que les cocontractants ne se séparent, ce qui conduit au troisième point : « le contrat salam, à la différence de la vente simple ou « absolue », n'est donc pas parfait à la suite de l'échange des déclarations de l'acheteur et du vendeur. Il demande, pour garder sa validité, une prestation matérielle de l'acheteur qui doit être remise au vendeur pendant ou immédiatement après la séance du contrat ». Si M. Johansen voit dans le contrat de *salam* un investissement, il est plus précisément un mode de financement adossé à des biens fongibles.

554. – Certificat d'investissement : « sukuk salam ». La Banque centrale de Bahreïn a signé un accord avec le London Stock Exchange pour faciliter la gestion des liquidités des banques islamiques en émettant des *sukuk salam* une fois par mois pour une échéance de quatre-vingt onze jours¹⁴⁵⁸. Il s'agissait de conclure des transactions de court terme (entre trois mois et un an). Son émission implique un schéma de réalisation particulier où le *salam* est combiné à un autre contrat de vente dont le paiement est différé. Le souscripteur du *sukuk* devient le propriétaire du bien et accepte de le revendre à un tiers par le biais d'un second contrat de *salam*. Les actifs sous-jacents sont des matières premières (pétrole, aluminium, etc.) achetées au comptant. Ce montage nécessite la présence d'un intermédiaire spécialisé en matière première et implique la conclusion de deux transactions distinctes : une entre lui et la banque, et, une autre, entre lui et d'autres intervenants du marché. En réalité, trois titres étaient émis.

Le rendement est fixé par le Comité de la politique monétaire de Bahreïn en vue d'un paiement à maturité¹⁴⁵⁹. Les souscripteurs paient le prix d'acquisition, mais percevront le principal augmenté

¹⁴⁵⁷ B. Johansen, art. préc., p. 865 à 868.

¹⁴⁵⁸ A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 95 et 174.

¹⁴⁵⁹ Islamic Financial Services Board, *Technical note on issues in strengthening liquidity management of Institutions offering Islamic Financial Services: The development of Islamic Money Markets*, Standard préc., p. 77.

d'une marge lorsque les actifs seront livrés à une personne désignée par l'émetteur, parce que ce dernier a conclu un contrat de vente avec paiement différé augmenté d'une marge : il peut s'agir d'une *mourabaha* ou d'un *bay muajjal*¹⁴⁶⁰. Toutefois, ce titre ne peut pas faire l'objet d'une négociation sur un marché secondaire parce qu'il se heurte à la prohibition du *bay al dayn* exposée plus haut¹⁴⁶¹.

555. – Opération de crédit islamique adossé à un bien à livrer. Lorsque la récolte ou la production future servent de garantie, le contrat de *salam* peut être un contrat de mise à disposition immédiate de fonds, garantie par la livraison future d'un bien. Par exemple, un emprunteur manquant de liquidité demandera à la banque d'avancer les fonds à son fournisseur ou à son producteur qui livrera à terme les biens au banquier, et ce dernier faisant de même à son client¹⁴⁶².

La Banque du Liban le définit, dans sa décision de base relative aux opérations bancaires de *salam*, comme étant un « *contrat en vertu duquel l'« acheteur » avance une certaine somme en espèce au « vendeur », l'obligeant à lui livrer en contrepartie d'une quantité déterminée de biens meubles à une date convenue entre eux* »¹⁴⁶³. Elle est une mise à disposition de fond qui se fonde en pratique sur la combinaison du *salam* et du parallèle *salam*.

Il n'est pas nécessaire d'indiquer expressément dans le contrat que la vente est une vente *salam*. Sa qualification peut découler de l'analyse des clauses en stipulant par exemple que la chose sera livrée à une échéance déterminée, mais dont le paiement s'effectue au comptant. Ainsi, il est possible d'acheter un bien au vu d'un document qui décrit la marchandise.

L'article 3 de la décision de base de la Banque du Liban précise que le contrat doit comprendre expressément les éléments suivants¹⁴⁶⁴ : la répartition des droits et obligations des parties de sorte que le contrat puisse être qualifié de *salam*, une spécification claire et sans ambiguïté du bien (nature, genre, caractéristiques, quantité, etc.), le prix du bien, la date de paiement, les garanties fournies par le vendeur, la date et les modalités de livraison du bien ainsi que l'ensemble des

¹⁴⁶⁰ Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 183.

¹⁴⁶¹ Voir supra, n° 140.

¹⁴⁶² Voir aussi Sharia Standard de l'AAOIFI n° 10, *Salam and Parallel Salam*, Annexe B, p. 173. « *a contract of Salam responds to the needs of a large number of business enterprises at different levels, ranging from small and medium-sized enterprises to conglomerates that are involved in agricultural and industrial production or trade and the like. In order for these businesses to be productive, they need working capital in the form of either cash or assets. Hence, Salam has provided an investment opportunity in the form of financing of the working capital for trade. It also covers the demands of those in need of liquidity, as long as they are able to fulfill the orders they receive in return at the due date* ».

¹⁴⁶³ Banque du Liban, Décision de base No. 9207 du 10 décembre 2005.

¹⁴⁶⁴ Idem.

dépenses, taxes et impôts payés par l'acheteur. De plus, il est recommandé aux parties de prévoir une procédure à suivre en cas de non livraison à la date prévue.

Il convient donc d'exposer les conditions tenant au bien (A), ainsi que celles tenant au prix (B). Ces conditions permettront de délimiter les droits et les obligations des parties à ce contrat (C). En revanche, ces conditions s'agencent différemment pour structurer des opérations de crédit combinant le *salam* et le parallèle *salam* (D).

A) Les conditions tenant au bien

556. – Existence et nature du bien. Les conditions tenant au bien dans le contrat de *salam* s'attachent d'une part à son existence (1) et, d'autre part à sa nature (2).

1) L'existence du bien au moment de la conclusion du contrat

557. – Condition de formation du contrat ? En matière de vente, le principe général est que le bien doit exister au moment de la conclusion du contrat parce que le droit musulman interdit les ventes purement éventuelles, aléatoires où le vendeur n'en est pas le propriétaire¹⁴⁶⁵. Á cet égard, sont prohibées les ventes à découvert¹⁴⁶⁶. Le contrat de *salam* y déroge pour certains biens comme les produits agricoles dont la livraison est exigée après la récolte, ainsi que les biens meubles standards.

¹⁴⁶⁵ H. Döndüren, op. cit., p. 307 à 317, et spéc. p. 399.

¹⁴⁶⁶ Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 176 : Il n'est pas possible en principe d'extrapoler la vente *salam* en matière de vente à découvert pratiquée par les fonds spéculatifs (Hedges Funds).

Voir néanmoins M. Qattan, *Hedge funds, Salam provides the solution*, Islamic banking and finance, Vol. 5, Issue One, spring 2007, p. 22 : Le *salam* constitue aussi le support des hedge funds. En principe, les hedge funds se fondent sur des transactions non islamiques (vente à découvert, prêt à intérêt, options, futures) ainsi que sur une stratégie d'effet de levier. Or, s'ils ont une stratégie de couverture, ils peuvent acheter des titres au comptant et les livrer ou se faire livrer en anticipant les fluctuations du marché. Le premier hedge funds a été mis en place en 2004 par Permal en partenariat avec SEDCO pour un montant de 20 millions de dollar par l'utilisation du contrat *salam* qui permet d'avancer des fonds pour le rachat d'actifs à terme. La stratégie se fonde sur un modèle d'investissement bidirectionnel, à savoir un investissement à long terme – par la conclusion d'un contrat *salam* – et un investissement à court terme – via un contrat de parallèle *salam*. Ici, l'objectif est de maximiser les performances et de minimiser la volatilité. D'un point de vue financier, cette stratégie nécessitait une diversification des actifs, notamment par l'acquisition d'actifs sur les marchés internationaux.

Les hanafites considèrent que l'existence du bien est une condition de formation du contrat *salam* au moment de la conclusion du contrat alors que les autres écoles ne partagent pas cette position¹⁴⁶⁷. En effet, la règle de l'existence ou non du bien au moment de conclusion du contrat est assouplie parce que le vendeur peut s'engager à garantir que ses moyens de production ou de fabrication assureront sa livraison¹⁴⁶⁸. En fait, ce serait plutôt un contrat d'*istisna* qui a pour objet la fabrication d'un bien meuble ou la construction d'un immeuble¹⁴⁶⁹. Or, le *salam* ne doit porter que sur des biens meubles facilement accessibles pour le vendeur, comme des marchandises standardisées.

Aujourd'hui, la pratique bancaire islamique utilise des biens de nature variée dans les financements *salam*.

2) La nature du bien

558. – Bien fongible. En droit musulman classique, le bien doit être une chose qui peut être pesée, mesurée ou comptabilisée¹⁴⁷⁰, c'est-à-dire une chose de genre¹⁴⁷¹. Le *salam* concerne uniquement les biens fongibles qui sont dans le commerce¹⁴⁷², et plus spécifiquement, les choses standardisées (« *dhawatul-amthal* »). Si ce n'est pas le cas, il doit être déterminé selon son genre, sa nature et sa quantité.

Ainsi, une clause dite « optionnelle » pourra être stipulée en vue d'accorder à l'acheteur un droit pour vérifier si le bien respecte les spécifications techniques. De nos jours, le *salam* peut être utilisé pour commander à une usine qui produit de manière habituelle ledit bien et pouvant raisonnablement assurer sa livraison¹⁴⁷³.

559. – Exclusion de certains biens fongibles. Par contre, le bien ne peut faire l'objet du contrat de *salam* si le vendeur n'a pas l'*abusus*, c'est-à-dire le pouvoir de l'aliéner.

¹⁴⁶⁷ M. S. A. Ayyash, *Shari'ah alternatives to Non-Shari'ah elements in modern commodity futures trading*, in *Islamic capital markets*, IRTI-IDB, p. 156.

¹⁴⁶⁸ H. Döndüren, op. cit., p. 312 ; contra N. Comair-Obeid, op. cit., p. 31.

¹⁴⁶⁹ Voir infra, n° 577.

¹⁴⁷⁰ Article 3/2/1, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 10, *Salam and Parallel Salam*.

¹⁴⁷¹ C. Chehata, *Droit musulman, Applications au Proche-Orient*, op. cit., n° 188.

¹⁴⁷² En revanche, on relève que les pierres précieuses dont la valeur est difficile à déterminer ne sont pas éligibles aux transactions fondées sur le *salam* : voir par exemple, Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 83; B. Kettel, op. cit., p. 148.

¹⁴⁷³ Articles 3/2/2 et 3/2/8, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 10, *Salam and Parallel Salam*.

Il en est de même pour toute chose dont la valeur est sujette à une évaluation subjective à l'instar des bijoux ou des antiquités, des métaux précieux (or et argent), et des devises¹⁴⁷⁴. Il va de soi que la chose ne doit surtout pas être une somme d'argent.

Outre les conditions liées au bien, celles attachées au prix méritent également des éclaircissements.

B) Les conditions tenant au prix (« *ras al mal* »)

560. – Fixation du prix. Le terme « *ra's al-mal* » qui est employé pour désigner le prix de la transaction renvoie au terme de capital. Ce prix doit être connu par les parties de sorte que le contrat n'entre pas dans le champ de la prohibition du *gharar*¹⁴⁷⁵.

561. – Nature du paiement. En principe, le paiement doit se faire grâce au moyen des choses fongibles en évitant de tomber dans le champ d'application du *ribâ*. Il s'agit principalement d'une somme d'argent. Toutefois, tant le bétail que l'usufruit d'une chose réelle peuvent servir de moyens de paiement comme le fait de jouir pour une période donnée d'un bien immeuble, ou le fait d'utiliser un aéronef ou un navire dès lors que ce genre de « paiement » se réalise immédiatement¹⁴⁷⁶.

562. – Genèse du « *ribâ* » et marge bénéficiaire. Au regard du régime de la prohibition du *ribâ*, la contre-valeur de la chose à livrer doit être matérialisée en numéraire car le principe est que, dans la vente à livrer à terme, les contre-valeurs ne doivent pas être du même fait générateur, ni de la même nature, ni d'espèce approchante (par ex., or contre or, ou blé contre blé) si une marge bénéficiaire est

¹⁴⁷⁴ Articles 3/2/3 e 3/2/4, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 10, *Salam and Parallel Salam*. En ce qui concerne l'or, l'argent ou la devise, l'interdiction est de rigueur si le paiement s'effectue grâce à l'un ou l'autre de ses éléments.

¹⁴⁷⁵ Article 3/1/2, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 10, *Salam and Parallel Salam* : « *the capital of salam should be made known to the two parties in a manner that removes all uncertainty and eliminates the possibility of dispute. In principle, the capital of salam should be in the form of cash. In this case, the currency of payment, the amount and the manner of payment shall be clearly defined. If the capital of salam is in the form of fungibles (which are goods that share common features such that they do not differ significantly. Any fungibles can be replaced by any other in the event of destruction, without need to assess the value of the item destroyed or the one replacing it), then the kind, type, specifications and quantity of these shall be clearly defined* ».

¹⁴⁷⁶ Article 3/1/1, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 10, *Salam and Parallel Salam*.

stipulée¹⁴⁷⁷. On peut prêter à autrui une chose en stipulant qu'il restituera qualitativement et quantitativement l'équivalent à la condition que ce soit seulement l'emprunteur qui en tire profit¹⁴⁷⁸. Par voie de conséquence, les faits générateurs doivent donc être obligatoirement différents selon toutes les écoles juridiques¹⁴⁷⁹.

Ainsi, le *salam* ne peut pas consister à livrer de l'or à terme avec le paiement en or au comptant si un différentiel est stipulé. De même, un crédit « *salam* » ayant pour objet le paiement d'une dette est nul.

En outre, il n'est pas permis de stipuler des pénalités de retard en cas de manquement à l'obligation de livraison.

Le contrat peut toutefois comporter une clause de révision du prix, si la commande ne répond pas parfaitement aux attentes de l'acheteur, et le prix peut alors être réduit.

En outre, est-il néanmoins possible de payer grâce à un usufruit, à une dette ou à une créance ? L'article 4 de la décision de base de la Banque du Liban souligne un point particulièrement sensible du droit musulman. En effet, lors de la conclusion du contrat, « *les dettes du vendeur ou d'un tiers envers l'acheteur ne peuvent être utilisées en remplacement du prix du produit* »¹⁴⁸⁰. Pourtant, les malékites admettent cette technique de compensation¹⁴⁸¹.

Pèsent également sur les cocontractants des droits et des obligations spécifiques.

C) Les droits et les obligations des parties

563. – Droits de propriété. Si le *salam* consiste à acquérir un actif réel, il confère un droit de propriété différé à l'acheteur sur le bien et un droit de propriété immédiat sur les fonds au vendeur¹⁴⁸².

Il convient de distinguer deux phases dans la création des droits et obligations des parties :

¹⁴⁷⁷ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 242.

¹⁴⁷⁸ Ibn Abî Zayd Al-Qayrawani, op. cit., p. 211.

¹⁴⁷⁹ Ibidem, p. 336.

¹⁴⁸⁰ Banque du Liban, Décision de base No. 9207 du 10 décembre 2005.

¹⁴⁸¹ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 241 ; Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 83 ; Sharia Standard de l'AAOIFI n° 10, *Salam and Parallel Salam*, Annexe B.

¹⁴⁸² W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 255.

- D'une part, pendant le laps de temps séparant la conclusion du contrat de la livraison de la chose, il y a un droit de créance en attente de devenir un droit réel lorsque l'acheteur réceptionne le bien.

Le droit personnel est un droit de créance qui résulte de l'absence d'un transfert matériel de propriété¹⁴⁸³. L'acheteur peut réclamer son dû par une compensation en numéraire. En tant que créancier, il se voit reconnaître le droit de réclamer les fonds qu'il a avancés en cas de manquement du vendeur-débiteur. Cependant, si le vendeur a utilisé les fonds de manière non frauduleuse, ou encore pour livrer le bien, la créance en sera amputée à due concurrence de ce qui était raisonnablement dépensé.

- D'autre part, l'obligation du vendeur est remplie lorsque le transfert de propriété devient effectif : le prêteur-acheteur devenant irrévocablement propriétaire du bien acheté, alors que le vendeur-emprunteur est devenu le propriétaire des fonds avancés au moment de la conclusion du contrat : il a le droit de jouir des fonds qui lui ont été remis.

564. – Transformation du « *dayn* » (dette) en « *ayn* » (bien). La finalité du *salam* est de transformer le *dayn*, c'est-à-dire la dette (ou la créance) en *ayn*, un corps certain¹⁴⁸⁴. De plus, lorsque l'acheteur paie comptant le prix, le vendeur détient une chose corporelle. Les juristes musulmans analysent donc l'obligation de livrer un corps certain comme un prolongement d'un droit réel portant sur la chose¹⁴⁸⁵.

Si l'obligation de livrer le bien constitue une créance, l'acheteur est néanmoins tenu d'attendre la livraison du bien avant de céder le contrat dans la mesure où le droit musulman limite doublement cette transaction¹⁴⁸⁶ : d'une part eu égard à la prohibition des cessions de créances de même nature (*bay al dayn bil dayn*) ; et d'autre part, eu égard à l'interdiction de vendre ce qu'on ne possède pas.

¹⁴⁸³ B. Johansen, *Le contrat de Selem, Droit et formation du capital dans l'Empire abbasside (XIè – XIIè siècle)*, art. préc., p. 874.

¹⁴⁸⁴ Ibidem, p. 878.

¹⁴⁸⁵ Ibidem, p. 876.

¹⁴⁸⁶ Article 4/1, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 10, *Salam and Parallel Salam*.

565. – Obligation essentielle de l'acheteur : paiement au comptant. En principe, le prix doit être intégralement payé au comptant. Toutefois, il est reconnu un délai de quelques jours. Pour les malékites et les hanafites, ce délai doit être mentionné dans le contrat¹⁴⁸⁷.

Il est fixé à quinze jours pour les malékites, laps de temps qui sépare deux marchés, et à trois jours pour les hanafites.

De nos jours, alors même qu'il faut réfléchir de façon à tenir compte des délais pratiqués en matière bancaire et financière, l'AAOIFI a opté pour la position de hanafites¹⁴⁸⁸. Ici, il faut compter les jours en termes de jours ouvrables.

Si le paiement ne se réalise pas au comptant, le contrat entrera dans le champ d'application de la prohibition du « *bay al dayn bil dayn* », ce qui revient à échanger deux créances qui s'effectuent à terme : obligation de paiement et obligation de livraison car il n'est pas permis de différer simultanément ces deux obligations.

566. – Obligation essentielle du vendeur : La livraison à terme du bien. L'obligation de livrer le bien incombe au vendeur¹⁴⁸⁹, laquelle peut être problématique lorsqu'il existe une intermédiation bancaire.

La question est de savoir si la date et le lieu de livraison constituent des éléments de validité du contrat de *salam*. Elle est diversement appréciée par les écoles : une partie des hanafites et des chaféites considèrent que la mention du lieu de livraison dans le contrat est une condition de validité alors que les autres jurisconsultes ne partagent pas ce point de vue. Cette question a l'importance si le banquier décide de revendre les biens à une personne non connue encore par les parties au moment de la conclusion du contrat.

567. – Date de livraison. La date de livraison devant être définitivement fixée au moment de la conclusion du contrat, sa prorogation semble être impossible alors même que plusieurs dates de livraison peuvent être stipulées pour des prestations continues¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁸⁷ W. Al-Zhayli, op. cit., Tome 1, p. 240 à 242

¹⁴⁸⁸ Article 3/1/3, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 10, *Salam and Parallel Salam*.

¹⁴⁸⁹ Article 5/1, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁴⁹⁰ Article 3/2/9, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

En réalité, l'indication d'un événement futur et certain suffit pour valider le contrat. Par contre, il en va différemment d'un événement futur et incertain comme la moisson, le retour d'un voyageur, l'arrivée d'un navire, la naissance d'un animal parce que la Tradition interdit cela au titre du *gharar*. Pourtant, selon une autre Tradition prophétique, la date de livraison des dattes était stipulée pour une durée d'une année à deux années¹⁴⁹¹. Pour assurer une sécurité juridique, il convient de fixer clairement la date de livraison. C'est en fait plus facile pour la livraison de chose standardisée. Étant donné que les banques islamiques jouent le rôle d'intermédiaire, le délai de détention des actifs financés par le biais du *salam* ne peut excéder six mois, au Liban, sauf autorisation expresse délivrée par les autorités de contrôle¹⁴⁹².

568. – Délai de livraison. Selon la doctrine islamique classique, le délai minimum de livraison est d'un mois pour les hanafites et les hanbalites, et de quinze jours pour les malékites. La position des chaféites convient mieux au secteur bancaire et financier du fait que ledit délai puisse ne pas être fixé. En effet, qu'il s'agisse d'un délai certain ou incertain, le temps laissé, notamment à la livraison, peut être plus ou moins long en fonction des circonstances¹⁴⁹³. En cas de difficulté du vendeur, l'acheteur doit lui accorder un délai supplémentaire.

569. - Lieu de livraison. L'AAOIFI prévoit que les parties doivent en principe indiquer le lieu de livraison. À défaut, il s'agira du lieu de conclusion du contrat. Si la livraison semble impossible, il conviendra de l'effectuer au regard des pratiques commerciales usuelles¹⁴⁹⁴.

570. – Réception du bien. Si le bien livré est de qualité supérieure par rapport à ce qui était convenu, l'acheteur doit le réceptionner à moins que le vendeur n'exige le paiement de la différence de valeur. Si c'est un bien de qualité inférieure qui est livrée, il dispose d'une option : refuser de le réceptionner ou l'accepter. Le dernier cas confère à l'acheteur un droit de demander une ristourne¹⁴⁹⁵.

¹⁴⁹¹ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 57.

¹⁴⁹² Banque du Liban, Décision de base n° 9207 du 10 décembre 2005.

¹⁴⁹³ F. Arin, *Recherches historiques sur les opérations usuraires et aléatoires en droit musulman*, Thèse préc. p. 59 : « le terme, même certain, est toujours un élément inconnu qui introduit dans la convention une part d'aléa ; donc, puisqu'il est licite, le contrat sans terme doit l'être, à plus forte raison, comme moins susceptible d'aléa. Telle est la doctrine qui paraît avoir les préférences d'An-Nawawi (célèbre juriste musulman) ».

¹⁴⁹⁴ Article 3/2/10, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 10, *Salam and Parallel Salam*.

¹⁴⁹⁵ Article 5/3, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

En cas de livraison d'un bien défectueux, les hanafites et les chaféites considèrent que l'acheteur dispose de plusieurs choix : soit il demande la résolution du contrat afin de récupérer ses deniers, soit il accepte en l'état le bien avec ou sans une compensation pécuniaire.

571. – Compensation. En premier lieu, l'acheteur peut exiger la substitution du bien par un autre ayant ou non les mêmes spécifications tant que la valeur du nouveau bien n'excède pas la valeur du bien remplacé¹⁴⁹⁶.

Si l'acheteur veut réaliser une compensation en cas de livraison d'un bien défectueux, son montant doit être équivalent à la partie défectueuse du bien selon les hanbalites. Les malékites affinent la question de la compensation au regard de la gravité de la défectuosité du bien : si elle est négligeable, aucune compensation ne devrait être versée. Si elle est « moyenne », l'acheteur retrouve les choix offerts par les autres écoles : la compensation doit être équivalente au degré de défectuosité. Par contre, si cette dernière est importante, l'acheteur pourra soit garder le bien sans aucune compensation, soit annuler le contrat puisque la livraison est considérée comme une condition de formation du contrat. L'annulation permettra à l'acheteur de récupérer son avance de fonds au regard de ses effets rétroactifs.

En matière de mise à disposition de fonds, l'opération de crédit *salam* se structure grâce à la combinaison d'un contrat de *salam* et d'un contrat de *parallèle salam*.

D) L'opération combinant le contrat de « *salam* » et le contrat de « *parallèle salam* »

572. – Montage particulier. Le droit musulman ne s'oppose pas au financement comportant plusieurs contrats de *salam*¹⁴⁹⁷. Les applications bancaires du *salam* empruntent plutôt sa substance, ou sa philosophie plus que son formalisme¹⁴⁹⁸. Le contrat de *salam*, seul, est souvent insuffisant pour réaliser des opérations bancaires islamiques, à l'instar de la *mourabaha*. Il lui est donc adjoint un autre contrat appelé le *salam* parallèle.

¹⁴⁹⁶ Article 4/2, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 10, *Salam and Parallel Salam*.

¹⁴⁹⁷ Article 2/1/1, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁴⁹⁸ A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 95.

Une partie des hanafites et des malékites considèrent que la chose pourra être vendue à un tiers avant sa prise de possession réelle en concluant un contrat de *salam* parallèle. Ce dernier contrat contient les mêmes spécifications quant au bien. Cependant, le délai de livraison est plus long que le premier contrat, en vue de percevoir une marge bénéficiaire¹⁴⁹⁹.

Le montage repose sur une convention cadre qui reprend les droits et les obligations du contrat de *salam* en indiquant qu'une partie va acheter le bien objet de l'opération *salam* puis de le revendre. Cet ensemble contractuel constitue le socle de l'opération de crédit tant que le second contrat n'est pas conditionné par le premier. Cela signifie que les deux contrats doivent être indépendants, ce qui exclut la logique des chaînes de contrat transférant les droits et les obligations d'une partie au premier contrat, à une autre partie dans le second contrat. Chaque contrat doit être exécuté conformément aux exigences de la loi islamique.

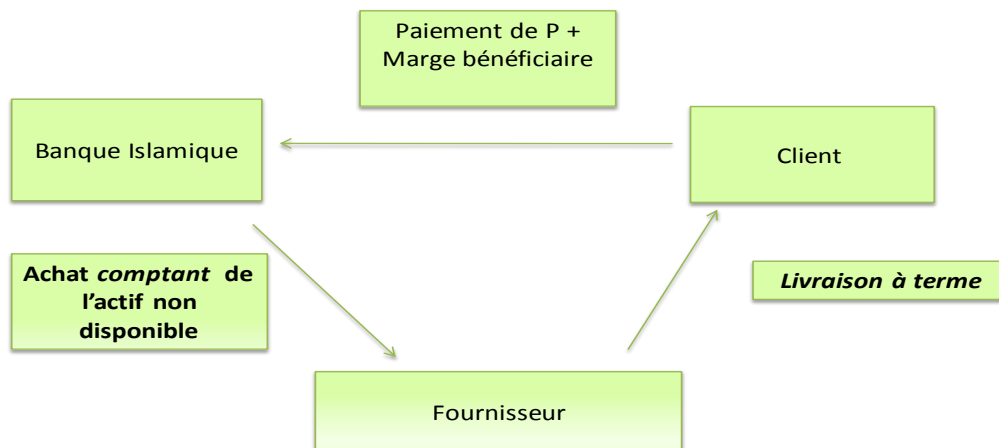
Le formalisme est néanmoins respecté par la rédaction et par la production de documents contractuels devant indiquer soit le terme *salam* ou *salaf*, soit des conditions telles qu'elles doivent conduire les parties et surtout le juge à qualifier la transaction de *salam*¹⁵⁰⁰ ; et lesdits documents seront au demeurant très complets car ils comporteront un bordereau de livraison, un mandat de recevoir, voire un contrat de nantissement, une lettre de crédit ou encore une promesse de paiement et/ou d'achat¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁹ M. T. Usmani, op. cit., p. 120.

¹⁵⁰⁰ Article 2/2, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 10, *Salam and Parallel Salam*.

¹⁵⁰¹ Rien ne s'oppose en droit musulman de constituer une sûreté personnelle ou réelle en vue de sécuriser la transaction, notamment pour garantir la livraison du bien : Article 3/3, du même Sharia Standard de l'AAOIFI ; voir aussi Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 83.

Opération de credit salam et salam parallèle



52

Schéma d'un crédit salam

Source : A. Hassoune, Conférence inaugurale du Diplôme d'université Finance Islamique, 21 janvier 2008, École de Management de Strasbourg, Université de Strasbourg.

573. – Banquier : acheteur et vendeur. La banque sera ainsi l'acheteur au comptant d'un bien qui le vendra soit au comptant à un tiers (cas de figure du parallèle *salam*), soit de manière différée (cas de figure de la *mourabaha*). Le second contrat ne doit pas dépendre de l'exécution du premier contrat de *salam*.

Dans le cas du parallèle *salam*, le second contrat de *salam* devra être conclu après le premier, mais pouvant contenir les mêmes indications relatives à la nature et à la quantité des biens¹⁵⁰². De plus, il ne prendra effet qu'après la livraison du bien à la banque. Si A (acheteur) a conclu avec B (vendeur) un contrat *salam* pour la livraison d'une tonne de denrée livrable le 1^{er} novembre, A peut toujours conclure avec C un parallèle *salam* où le bien sera livré le 2 novembre. Si B ne livre pas les biens, A reste débiteur à l'égard de C qui peut ester en justice, et la « nullité » du contrat peut aboutir au versement d'indemnités.

¹⁵⁰² Brian Kettel, op. cit., p. 148.

574. – Objets identiques. La chose, objet du second contrat, doit correspondre aux spécifications de la chose vendue dans le premier contrat. L'acheteur du premier contrat deviendra le vendeur dans la seconde transaction¹⁵⁰³.

575. – Marge bénéficiaire. A l'instar de la *mourabaha*, la marge bénéficiaire est la différence entre le prix de vente de la chose stipulé dans le premier contrat de *salam* et celui du second. La banque avance généralement les fonds aux fournisseurs qui délivrera les biens au client ; et le client paiera la banque par la signature d'un contrat de *salam* parallèle, dont le prix de la transaction est un plus élevé par rapport au premier contrat¹⁵⁰⁴.

La différence de prix constitue de cette manière le profit de la banque qui se calcule aussi grâce à un taux de référence adéquatement choisi par la banque, et qui peut être déterminée via le taux LIBOR pris comme référence au moment de la conclusion du contrat, mais dont la variation ne peut aucunement affectée la créance du client.

576. – « Hiyal » ? Il est légitime de se demander si cette opération de *salam* et de parallèle *salam* est un subterfuge juridique. Dans une opération adossée à deux *salam*, le vendeur (qui peut être un fournisseur ou un commerçant) est mandaté par la banque qui négocie les conditions de la vente avec l'acheteur final. Le vendeur envoie une notice sur les modalités d'exécution de la transaction pour obtenir la confirmation de la banque. Si elle l'agrée, elle paie le vendeur. Mais, la banque doit devenir le propriétaire du bien pendant un certains temps en supportant les risques pesant sur la chose.

La banque conclut un contrat de *salam* avec le vendeur¹⁵⁰⁵, et un contrat de *parallèle salam* avec l'acheteur final qui rembourse les avances de fonds de la banque, augmentées d'une marge ainsi que d'une commission d'intermédiation.

En cas de manquement d'une partie à son obligation dans le parallèle *salam*, un des cocontractants ne peut pas se prévaloir de la conclusion du contrat originel de *salam*¹⁵⁰⁶.

¹⁵⁰³ Article 6/1 et 6/2, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 10, *Salam and Parallel Salam*.

¹⁵⁰⁴ M. T. Usmani, op. cit.

¹⁵⁰⁵ Il peut arriver que ce premier contrat soit cumulé avec un autre contrat d'*istisna* ou d'*ijara wa iqtina*. Les parties peuvent également exiger un ordre d'achat émanant de l'acheteur et de la banque ou bien une lettre de crédit.

¹⁵⁰⁶ Article 6/3, du même Sharia Standard de l'AAOIFI : « *In both the two situations mentioned in clause 6/1 and 6/2, it is not permissible for the parties to link the obligations under the two salam contracts together so that the execution of*

En définitive, ce crédit *salam* peut servir au financement des activités cycliques en permettant de soulager la trésorerie des vendeurs¹⁵⁰⁷. Le crédit *istisna* le ressemble, mais la chose doit être fabriquée ou construite.

§4) Le régime juridique islamique du crédit « *istisna* »

577. – Définition du contrat d'« *istisna* ». En droit musulman, le principe est que la vente d'un bien non-existant à la date de conclusion du contrat est interdite car elle implique une incertitude, un aléa du type « *gharar* », ainsi qu'une part de jeu (« *maysir* »). Toutefois, lorsque l'objet est la fabrication d'un bien meuble ou la construction d'un immeuble, les parties peuvent conclure un contrat d'*istisna*¹⁵⁰⁸.

La doctrine islamique qualifie ce contrat de vente, et non de contrat d'entreprise. C'est pourquoi l'*istisna* est exposé dans cette partie de nos développements.

Étymologiquement, le terme « *istisna* » dérive du verbe « *san'â* » qui signifie fabriquer, construire. Le contrat consiste à acheter un bien qui doit être au préalable fabriqué ou construit selon des spécifications données par une personne qui peut être, en matière immobilière, le maître de l'ouvrage¹⁵⁰⁹. Le droit musulman qui classe ce contrat dans la catégorie des contrats de vente désigne le vendeur par le terme « *sanî* », l'acheteur « *mustasnî* » et l'objet du contrat « *musna* »¹⁵¹⁰.

the obligations of one contract is contingent on the outcome of the other. Hence, it is necessary that both the obligations and the rights under the two contracts stand alone in all respects. Therefore, if one party breaches his obligation under the first salam contract, the other party (the injured party) has no right to relate this damage or loss to the party with whom he concluded a parallel salam. Consequently, he has no right on the basis of his loss or damage under the first salam contract to terminate the second salam contract or to delay in performing it ».

¹⁵⁰⁷ Ce mécanisme permet par exemple de financer les importations ou les exportations si le premier vendeur est le fournisseur, et le second la banque, ainsi que pour la syndication bancaire : A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 99.

¹⁵⁰⁸ Article 3/2/1, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 10, *Salam and Parallel Salam*. Voir W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 267 - 279 ; M. Obaidullah, op. cit., p. 95 – 99 ; M. Boudjellal, art. cit., p. 153 – 169 ; M. A. El-Gamal, op. cit., p. 90 ; T. Usmani, op. cit., ; Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 86 ; B. Kettel, op. cit. ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 102 – 124.

¹⁵⁰⁹ M. T. Usmani, op. cit., p. 122.

¹⁵¹⁰ W. Al Zuhayli, op. cit., p. 269.

578. – Sources. M. Al Zuhayli retient une Tradition du Prophète qui commanda la fabrication d'une bague et d'une salle d'eau pour faire ses ablutions¹⁵¹¹. Toutefois, une partie des hanafites considéraient que l'utilisation de l'analogie (*qiyas*) et de l'opinion préférentielle (*istihsan*) ne pouvaient pas rendre conforme à la Charia le contrat d'*istisna* du fait que l'objet du contrat est une chose inexistante¹⁵¹². Cependant, les malékites, les chafé'ites et les hanbalites n'ont pas hésité à user du *qiyas* entre l'*istisna* et le *salam*, de sorte que ce dernier devienne le régime juridique de référence¹⁵¹³.

C'est l'opinion préférentielle (*istishan*) qui conduisit les hanafites à donner un fondement juridique à ce contrat. En effet, étant en usage au sein des différentes régions du monde musulman, et étant entré dans leur coutume, sa conformité à la loi islamique n'est plus alors discuté, d'autant que le consensus (*ijma*) est bien établi, bien que sa nature juridique soit encore sujette à des discussions.

579. – Nature juridique. Pour une partie de la doctrine islamique, le contrat d'« *istisna* » est une promesse synallagmatique de faire : une promesse de vendre une chose à construire et une promesse de l'acheter¹⁵¹⁴. Il devrait être alors interdit parce qu'il entre dans le champ d'application des « ventes futures »¹⁵¹⁵. Les hanafites le qualifient de contrat de vente d'un bien à livrer, et non comme un contrat de prestation de service. Le contrat d'*istisna* suppose que le fabricant ou le producteur utilise ses propres moyens et matériels pour fabriquer ou produire le bien commandé. Dans le cas contraire, on parlera d'*ijara*, plus précisément dans sa variante « prestation de service » et non de location, parce que le soi-disant producteur fournirait un service¹⁵¹⁶. Cette dernière opinion a été retenue par le Droit Ottoman dans la mesure où le producteur a travaillé avec ses propres moyens¹⁵¹⁷.

580. – Conditions de conformité islamique. Le contrat d'*istisna* est nul si une des trois conditions suivantes font défaut : la date de livraison, l'identité du constructeur ou du fabricant, et les spécifications tenant à la chose. Ces conditions reprennent celles exigées par le contrat de *salam* qui demeure le régime juridique de référence pour les malékites, les chafé'ites et les hanbalites¹⁵¹⁸.

¹⁵¹¹ Ibidem, p. 272.

¹⁵¹² W. Al Zuhayli, op. cit., p. 271.

¹⁵¹³ Idem.

¹⁵¹⁴ Ibidem., p. 269.

¹⁵¹⁵ Voir supra, n° 501 – 502.

¹⁵¹⁶ M. T. Usmani, op. cit., p. 122. Voir infra, n° 656.

¹⁵¹⁷ Article 392 du *Majalla* (Code civil ottoman).

¹⁵¹⁸ W. Al Zuhayli, op. cit., p. 271.

Abou Hanifa a considéré que le contrat n'est pas valide si l'on refuse de vérifier la conformité de la chose à la commande, alors qu'Abu Yousouf estime que c'est une faculté offerte au maître d'ouvrage parce qu'il dispose de l'« option d'inspection » (*khiyar al wasf*)¹⁵¹⁹.

581. – Distinction de l'« *istisna* » d'avec le « *salam* ». Le contrat d'*istisna* ressemble au contrat de *salam* du fait que la chose est livrée à terme. Mais il diffère parce que le bien doit être fabriqué ou construit par le vendeur. Quatre éléments permettent de distinguer l'*istisna* du *salam*. Premièrement, l'objet du contrat d'*istisna* doit toujours être la fabrication ou la production d'un bien de préférence non fongible, alors que l'objet du contrat de *salam* consiste à acquérir un bien de préférence standardisé qui n'est pas disponible au moment de la conclusion du contrat, mais facilement accessible sur le marché de sorte que cet objet doive nécessairement exister au moment de la conclusion du contrat¹⁵²⁰. Or, le *salam* a servi à financer les agriculteurs qui manquaient de liquidité en contrepartie de la livraison d'une partie de la récolte à venir, ce qui contredit la condition de l'existence de l'objet du contrat au moment de sa conclusion.

Deuxièmement, le prix lors de la vente *istisna* n'est pas forcément payé au moment de la conclusion du contrat parce que le paiement peut être différé, contrairement à la vente *salam*¹⁵²¹.

Troisièmement, l'annulation du contrat *istisna* peut être demandée si les travaux n'ont pas débuté à la date fixée. Quant au *salam*, l'absence de livraison est une cause d'« annulation » du contrat de *salam*, ce qui conduit la doctrine islamique à reconnaître que ce contrat ne peut pas être résolu. La livraison du bien « parfait » en fait le contrat de *salam*.

Enfin, quatrièmement, la date de la livraison dans le contrat de *salam* doit être une date « fixe », ce qui n'est pas forcément le cas de l'*istisna* car ce dernier peut être à exécution successive en transférant la propriété au fur et à mesure de la construction d'un bien immeuble.

582. – Montages financiers « *istisna* »¹⁵²². Utilisé à la fois en matière foncière et industrielle¹⁵²³, cette opération peut relever de l'intermédiation bancaire. On pourra le comparer, en matière immobilière, à la vente en l'état future d'achèvement (VEFA) dans laquelle interviennent une banque, son client et le promoteur immobilier. Dans cette opération triangulaire, le client qui

¹⁵¹⁹ Voir supra, n° 143.

¹⁵²⁰ W. Al Zuhayli, op. cit., p. 276.

¹⁵²¹ Ibidem., p. 277.

¹⁵²² Voir notamment, A. Thomas, S. Cox and B. Kraty, op. cit., p. 102 à 124.

souhaite la construction du bien immobilier demande à sa banque de financer les travaux et, cette dernière, à son tour, s'adressera à un constructeur¹⁵²⁴.

Dans le financement de projet, il sert de support pour la construction d'infrastructures comme les routes, les bâtiments, etc., via les « BOT » (« *Buy, Operate and Transfer* »). Une fois que le projet est mené à son terme, la propriété de la construction est cédée au client contre un engagement de paiement différé dont les conditions sont fixées préalablement.

En outre, il peut être combiné à la *moucharaka* dégressive, à la *mourabaha* ou à l'*ijara*. Il est particulièrement indiqué pour financer la construction des immeubles, des usines et tout projet de construction d'ensemble industriel.

En outre, il existe des montages financiers islamiques qui agencent un apport en nature (un terrain) du client et un apport en numéraire du client servant à financer la construction l'immeuble, montages qui combinent la *moucharaka* et l'*istisna*.

583. – Opération de crédit « istisna ». Dans une logique de crédit, le banquier est partie au contrat d'*istisna*, ce qui implique que le bien soit fabriqué ou construit en son nom. C'est pourquoi les parties produisent une documentation complète : le contrat d'entreprise conclu entre le banquier et le fabricant, un contrat de mandat toujours entre ces deux derniers, voire un contrat de sûreté, le cas échéant le « contrat d'*istisna* parallèle » entre le banquier et le client¹⁵²⁵. Toutefois, ce dernier contrat doit être indépendant et, la présence d'un tiers est obligatoire.

Généralement, une convention-cadre prévoit l'articulation des droits et des obligations de chacune des parties. Dès lors, il faut voir dans ce contrat une forme de mise à disposition de fonds ; pouvant être aussi syndiquée grâce à la réunion de plusieurs établissements de crédit notamment lorsque le coût est très important pour n'être supporté que par une seule banque. Il peut alors être qualifié de mise à disposition immédiate ou future de fonds impliquant la fabrication ou la construction d'un bien.

¹⁵²³ W. Al Zuhayli, op. cit., p. 279.

¹⁵²⁴ F. Nammour, art. préc., p. 41.

¹⁵²⁵ F. Guéranger, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique*, op. cit., p. 121.

Istisna – Parallèle Istisna

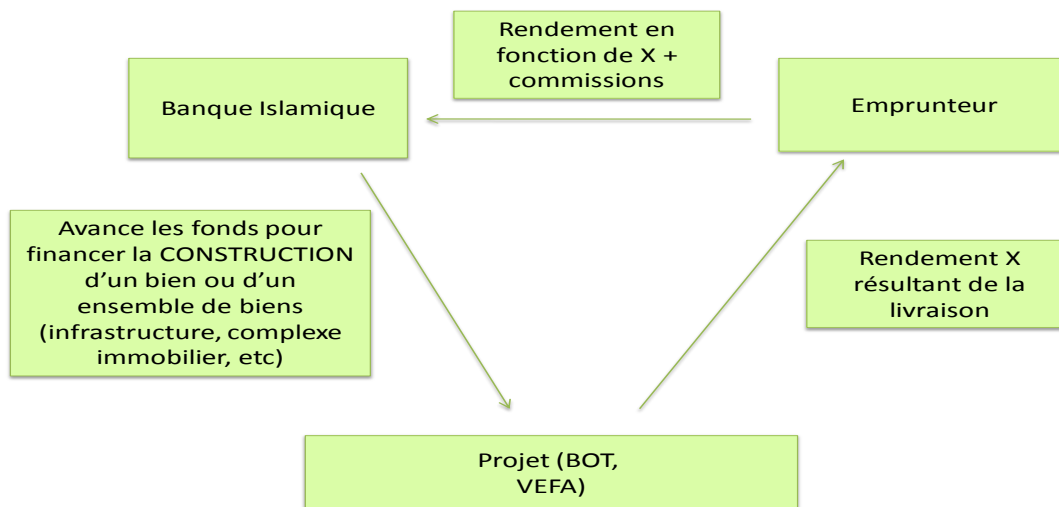


Schéma d'un crédit istisna

Source : A. Hassoune, Conférence inaugurale du Diplôme d'université Finance Islamique, 21 janvier 2008, École de Management de Strasbourg, Université de Strasbourg.

584. – Marge bénéficiaire. Le banquier peut dégager sa marge grâce à la différence entre le prix d'achat du bien construit, payé au constructeur, et le prix de vente payé par le client.

A l'instar de la *mourabaha*, la marge bénéficiaire se calcule grâce à un taux de référence adéquatement choisi par la banque. Il peut donc s'agir du taux LIBOR. Cette marge peut être majorée d'un ou plusieurs points de base, et être complétée par divers frais ainsi que des commissions.

585. – Conformité islamique des pénalités de retard. En outre, les parties à un contrat d'*istisna* peuvent stipuler une clause pour indemniser le retard de livraison¹⁵²⁶, contrairement aux contrats de *mourabaha* ou de *tawarruq*.

¹⁵²⁶ M. T. Usmani, op. cit., p. 124 ; W. Al Zuhayli, op. cit., p. 279 ; Sharia Standard n° 3, *Default on payment by a debtor*: « It is permitted to include penalty clauses in contracts for construction, *Istisna'a* and supply contracts. In case of a refusal to pay the amount due under a penalty clause, the rulings relating to default by a debtor would be applicable. It is permitted to deduct the amount from outstanding amounts due to the contractor » ; Annexe B: *Basis of Shari'a rulings*, AAOIFI, du même Sharia, p. 40 : « It is lawful to impose penalty clauses in contracts for constructions, *Istisna'a* and supply contracts, as such clauses are included in what may be validly stipulated as part of the contract. This does not render the impermissible permissible, or vice versa, and it complies with the hadith of the Prophet (prayers and peace of Allah be upon him): Muslims are bound by contractual conditions, except those that render impermissible what is permissible or render permissible what is impermissible. Also, this is based on the statement of Shuraih, may

Au regard des spécificités des contrats de vente de droit musulman servant à financer tant l'acquisition ou la construction d'un bien, ou encore de financer une activité, il convient à présent de savoir si le droit français peut les encadrer en tant que contrats sous-jacents aux opérations de crédit.

Sous-section II) Le régime juridique français des opérations de crédit adossées à des contrats de vente

586. – Application des régimes juridiques existants. Étant donné que le droit français n'encadre pas les crédits islamiques, le régime juridique des crédits adossés à un bien s'appuiera sur celui des crédits existants, et ce, en tenant compte des divergences avec le droit musulman. Nos développements s'appuient partiellement sur les directives de la Direction Générale du Trésor et la Politique Économique qui a défini des régimes fiscaux pour quatre sortes de crédit adossé à un bien, tout en fixant un cadre juridique dans ses instructions fiscales¹⁵²⁷. Ces adaptations fiscales et juridiques sont le résultat des consultations de place pour savoir s'il existait de véritables obstacles en droit français¹⁵²⁸.

Allah bless his soul, that is, "Whoever has bound himself by a contractual condition voluntarily without any coercion, is bound by that condition". The International Islamic Fiqh Academy has also issued a decision which states that: "It is permissible to include in an Istisna'a contract a penalty clause according to what is agreed upon by the two contracting parties provided that there are no unusual circumstances (Resolution of the International Islamic Fiqh Academy, Resolution No. 56 (3/7); see also the Journal of the Academy vol.2, issue no. 7, p.223.). In addition, it is a juristic principle in the Hanbali school of law. This is also what has been decided by consensus of the Council of the Eminent Scholars of Saudi Arabia, in the following words: "The council has decided by consensus that a penalty clause that is stipulated in a contract is a valid and enforceable stipulation" (Research papers by the Eminent Scholars of the Kingdom of Saudi Arabia, vol. 1, the penalty clause, published by the Maktabah Ibn Khuzaimah, Riyad, 1412H.). It is well known that the stipulation of the penalty clause is permissible only for non-financial obligations ».

¹⁵²⁷ Il s'agit du crédit *mourabaha*, *tawarruq* (voir Instruction fiscale, 23 juillet 2010, Direction Générale des Finances Publiques, Bulletin Officiel des Impôts, n° 78 du 24 août 2010, 4/FE/S1/10 relatives aux opérations de *mourabaha*) ainsi que des crédits *istisna* (voir Instruction fiscale, 23 juillet 2010, 4/FE/S4/10 relative aux opérations d'*istisna*).

¹⁵²⁸ A. de Brosse et F. Burnat, *Fiscalité des opérations de finance islamique en France : deuxième round*, art. préc., p. 863 : « une vaste consultation de place fut lancée, réunissant des représentants du Ministère de l'Économie, des autorités de surveillance du secteur bancaire et financier ainsi que les praticiens du droit et des juristes sharia. Le but de cette consultation de place était non seulement de compléter les dispositions relatives à la *mourabaha* et aux *sukuks* en leur donnant un cadre plus général mais également de prévoir le traitement fiscal applicable à d'autres produits de finance islamique ».

Les instructions fiscales analysent les opérations de *mourabaha*, de *tawarruq*, et d'*istisna*¹⁵²⁹ en des produits de dette, pour faire bénéficier aux « emprunteurs islamiques » un régime fiscal plus accommodant, notamment en transposant le régime des intérêts en vue de les faire bénéficier de la règle de déductibilité des intérêts de leur assiette d'imposition. Il s'agit à présent d'assimiler les profits payés par l'emprunteur islamique aux intérêts générés par une opération de crédit de droit français.

Le cadre juridique qui y est défini par l'Administration fiscale est un cadre trop général parce que les diverses formes de financement islamique sont réunies sous une même disposition, à savoir l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier pour les opérations de banques, et l'article L. 211-1 du même Code pour les instruments financiers.

587. – Du général au spécial. L'article L. 311-1 du Code monétaire et financier dispose que « *les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement* ». Sont alors visés les principales opérations bancaires par ces instructions. Plus précisément, sont concernés les opérations de crédit définies par l'article L. 313-1 du même Code : « *constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie. Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat* ». Nous avons vu que cet article est suffisamment flexible pour régir des mises à disposition de fonds accordées en contrepartie de l'acquisition ou de la location d'un bien meuble ou immeuble¹⁵³⁰. Toutefois, les régimes juridiques de chaque type d'opération de crédit nécessitent des clarifications. Il faut alors distinguer deux choses dans l'octroi de crédit islamique conforme au droit français : d'une part, la qualité du dispensateur de crédit islamique, et d'autre part, la convention de crédit islamique.

S'agissant de la première, la personne mettant les fonds à la disposition d'une autre personne est nommé « financier » par les instructions fiscales. En revanche, elles imposent qu'il doit avoir le statut d'un établissement de crédit¹⁵³¹ au sens des articles L. 511-5 et L. 511-10¹⁵³² du Code

¹⁵²⁹ L'opération de *salam* n'a pas encore fait l'objet d'une instruction fiscale.

¹⁵³⁰ Pour le régime général, voir supra, n° 243 à 350.

¹⁵³¹ Le financier peut être, outre un établissement de crédit ou un prestataire de service d'investissement, une personne morale de droit privé ou public prévue par les articles L. 511-6 et L. 511-7 du même Code. En ce qui concerne le service

monétaire et financier. Cette exigence confirme ce qui est attendu d'un dispensateur de crédit islamique qui n'a pas d'autres choix comme ses homologues que de respecter ces dispositions¹⁵³³.

Or, l'instruction indique également que si les opérations considérées sont en dehors du champ d'application de l'article L. 511-5, elles doivent néanmoins entrer dans le champ d'application de l'article L. 511-7¹⁵³⁴ ; ou bien le financier doit faire partie des exceptions prévues par l'article L. 511-6 pour les établissements de crédit¹⁵³⁵. Cela signifie que des opérations de financement non bancaire

d'investissement, c'est l'article L. 321-1 2° qui est visé car elle correspond à l'exécution d'ordre pour le compte d'un tiers.

¹⁵³² L'article L. 511-5 du Code monétaire et financier dispose qu'« il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banques à titre habituel. Il est outre interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme ».

L'article L. 511-10 expose les conditions d'agrément d'un établissement de crédit (voir supra, n° 326 – 329).

¹⁵³³ Selon l'article L. 311-1 du Code de la consommation, « sont considérés comme prêteur, toute personne qui consent ou s'engage à consentir un crédit mentionné à l'article L. 311-2 dans le cadre de l'exercice de ses activités commerciales ou professionnelles » ; et comme « emprunteur ou consommateur, toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ».

¹⁵³⁴ L'article L. 511-7 dispose que « les interdictions définies à l'article L. 511-5 ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise, quelle que soit sa nature, puisse :

1. Dans l'exercice de son activité professionnelle consentir à ses contractants des délais et avances de paiement ;
2. Conclure des contrats de location de logements assortis d'une option d'achat ;
3. Procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées le pouvoir de contrôle effectif sur les autres ;
4. Émettre des titres financiers ;
5. Émettre des instruments de paiement délivrés pour l'achat auprès d'elle ou auprès d'entreprises liées avec elle par un accord de franchise commerciale d'un bien ou d'un service déterminé ;
6. Remettre des espèces en garanties d'une opération sur instruments financiers ou d'une opération de prêt de titres régies par les dispositions des articles L. 211-36 et L. 211-36-1 ;
7. Prendre ou mettre en pension des instruments financiers ou effets publics mentionnés aux articles L. 211-27 et L. 211-34 ».

¹⁵³⁵ L'article L. 511-6 dispose que « sans préjudice des dispositions particulières qui leur sont applicables, les interdictions définies à l'article L. 511-5 ne concernent ni les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1, ni les entreprises régies par le Code des assurances, ni les sociétés de réassurance, ni les organismes agréés soumis aux dispositions du livre II du code de la mutualité pour les opérations visées au e du 1° de l'article L. 111-1 dudit code, ni les entreprises d'investissement, ni les établissements de paiement, ni les organismes collecteurs de la participation des employeurs à l'effort de construction pour les opérations prévues par le code de la construction et de l'habitation, ni les organismes de titrisation, ni les organismes de placement collectif en valeurs mobilières, ni les organismes de placement collectif immobilier ».

« Les interdictions relatives aux opérations de crédit ne s'applique pas :

1. Aux organismes sans but lucratif qui, dans le cadre de leur mission et pour des motifs d'ordre social, accordent, sur leurs ressources propres, des prêts à conditions préférentielles à certains de leurs ressortissants ;
2. Aux organismes qui, pour des opérations définies à l'article L. 411-1 du code de la construction et de l'habitation, et exclusivement à titre accessoire à leur activité de constructeur ou de prestataire de service, consentent aux personnes physiques accédant à la propriété le paiement différé du prix des logements acquis ou souscrits par elles ;
3. Aux entreprises qui consentent des avances sur salaires ou des prêts de caractère exceptionnel consentis pour des motifs d'ordre social à leurs salariés ;
4. Abrogé ;

peuvent se structurer de manière islamique. Par exemple, des établissements publics et établissements financiers privés (n'ayant pas le statut d'un établissement de crédit) peuvent effectuer des délais de paiement, des avances de fonds, ou bien des opérations de trésoreries intragroupes effectuées par des entreprises non bancaires.

En revanche, en ce qui concerne les différentes conventions de crédit adossé à une vente, il convient de savoir à quel stade ce sont les dispositions de droit commun qui s'appliquent pour exécuter un contrat de vente ou un contrat de location parce que ces contrats servent de sous-jacent à une opération de crédit islamique, qui doit obéir aux régimes de droit bancaire. En d'autres termes, le droit français est-il assez flexible pour définir un régime juridique pour chaque type d'opération de crédit adossé à un bien ? Si l'Administration fiscale y est arrivé sur son terrain de compétence, des tentatives de définition de régime juridique ont été proposées par la doctrine¹⁵³⁶. Plus précisément, ils sont arrivés à rapprocher les mécanismes bancaires des deux droits, sans toutefois, à les qualifier, et encore moins à expliciter réellement les régimes juridiques.

Si la formation (§2) et les effets (§3) des conventions de crédit adossés à un bien doivent obéir aux règles juridiques françaises, il convient d'abord de qualifier tant les contrats sous-jacents que l'opération à laquelle ils donnent naissance (§1).

-
5. *Aux associations sans but lucratif et aux fondations reconnues d'utilité publique accordant sur ressources propres et sur ressources empruntées des prêts pour la création, le développement et la reprise d'entreprise dont l'effectif salarié ne dépasse pas un seuil fixé par décret ou par la réalisation de projets d'insertion par des personnes physiques*
 6. *Aux personnes morales pour les prêts participatifs qu'elles consentent en vertu des articles L. 313-13 à L. 313-17 et aux personnes morales mentionnées à l'article L. 321-21-1 pour la délivrance des garanties prévues par cet article ».*

¹⁵³⁶ Voir supra, n° 36 : voir spéc. N. Mathey, *La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire*, art. préc. : « l'analyse comprend nécessairement deux perspectives. En effet, si les supports des opérations de clientèle semblent se mettre en place, non sans mal, le développement du crédit islamique aux particuliers reste très lent ».

§1) La qualification juridique des crédits adossés à une vente en droit français

588. – Similaires, mais non identiques. Aucune disposition du Code civil, ni du Code de la consommation, ni du Code monétaire et financier, donne une définition des opérations de crédit adossées aux contrats de *mourabaha*, de *tawarruq*, de *salam* et d'*istisna*. Il est ainsi difficile de les qualifier juridiquement par rapport aux catégories de vente existant en droit français. Cependant, une première approche serait d'essayer de les qualifier en crédits liés¹⁵³⁷, dont les crédits affectés¹⁵³⁸ régis par la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010, codifié aux articles L. 311-31 à L. 311-41 du code de la consommation¹⁵³⁹. Mais les crédits islamiques se structurant grâce à des contrats de vente ne sont pas identiques à ces crédits. Ils s'en éloignent par le fait que leur objet consiste à acquérir un bien immeuble ou, un bien meuble corporel ou incorporel (biens d'équipement, matières premières, titres financiers, etc.) par la banque pour le revendre au client en fixant la marge bénéficiaire ; alors que l'objet du crédit lié, et celui du crédit affecté, est de définir l'emploi des fonds sans que la banque intervienne comme acquéreur du bien. Il avance directement les fonds au client, et non au vendeur. Par ailleurs, si la cause du contrat de crédit en droit français s'attache à la remise de fonds en droit français¹⁵⁴⁰, et non pas à la livraison d'un bien ; le droit musulman n'a pas érigé de théorie de la cause¹⁵⁴¹, ce qui ne permet pas de faire des comparaisons à ce stade.

Toutefois, le contrat de crédit islamique doit absolument consister en l'achat, puis à la livraison immédiate ou à terme, ou encore à la livraison de chose fabriquée ou construite, où le banquier intervient comme un intermédiaire qui met des fonds à la disposition d'un vendeur, et non à la disposition du client.

¹⁵³⁷ Selon M. Bénabent, le crédit lié comprend le crédit mobilier et le crédit immobilier (*Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., 2011, n° 1200 à 1225).

¹⁵³⁸ N. Mathey, *La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire*, art. préc., p. 84, n° 23.

¹⁵³⁹ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit, 2010, n° 737 à 758 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, Economica, 2011, n° 413 à 478.

¹⁵⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 1 octobre 1996, n° 94-18.876, BRDA 1996, n° 20 p. 6.

¹⁵⁴¹ Voir supra, n° 46, 93 – 98.

589. – Problématiques liées à la qualification. En droit français, les opérations de crédit sont des mises à disposition de fonds qui rémunèrent le banquier grâce des différentes sortes de rémunération dont les intérêts. Elles sont octroyées aux consommateurs et aux professionnels.

Une opération de crédit destinée à un professionnel n'est pas soumise aux dispositions du Code de la consommation¹⁵⁴². La destination professionnelle des fonds ne peut résulter que d'une stipulation expresse¹⁵⁴³, à moins que les parties aient décidé de soumettre volontairement le financement au Code¹⁵⁴⁴. En fait, ce Code vise de façon générale « l'opération ou le contrat de crédit »¹⁵⁴⁵ en matière de crédit à la consommation, et de crédits immobiliers, peu important la qualification ou la technique utilisée¹⁵⁴⁶. D'ailleurs, ce sont les règles de forme qui sont codifiées alors que les règles de fond sont celles découlant du droit commun¹⁵⁴⁷. Il s'agira de reprendre les régimes des crédits destinés aux professionnels et aux consommateurs pour définir ceux des crédits adossés à une vente.

590. – Liberté contractuelle et nature des mises à dispositions de fonds. Le droit français applique cependant le principe de la liberté contractuelle : « *comme les autres contrats bancaires, les conventions de crédit relèvent de la liberté contractuelle et sont, en principe, sous réserve du respect de l'ordre public et des principes généraux du droit des contrats, librement aménageable par les parties et négociables* »¹⁵⁴⁸. Dans la mesure où le Code monétaire et financier régit plus ou moins complètement un certain nombre d'opération de crédit (crédit d'exploitation¹⁵⁴⁹, crédit-bail¹⁵⁵⁰, de prêt participatif¹⁵⁵¹, crédit par mobilisation des créances¹⁵⁵²), la convention de crédit peut contenir des clauses qui sont spécifiquement stipulées dans les contrats de crédit islamique adossé.

¹⁵⁴² Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 953 : Le Code de la consommation « ne s'applique pas aux crédits destinés à financer une activité professionnelle (art. L. 311-3, L. 312-3 et L. 313-3) ».

¹⁵⁴³ Cass. civ 1^{ère}, 27 mai 2003, Bull. civ., I, n° 130 : « la destination professionnelle d'un crédit ne peut résulter que d'une stipulation expresse », in Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., p. 538, note 4.

¹⁵⁴⁴ Cass. civ 1^{ère}, 30 mars 1994, Bull. civ., I, n° 128, in Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., p. 538, note 5.

¹⁵⁴⁵ Article L. 311-1, 4°, du Code de la consommation.

¹⁵⁴⁶ Article L. 312-2 du Code de la consommation.

¹⁵⁴⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 953.

¹⁵⁴⁸ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. 2010, n° 522 : « Au plan des faits, la liberté de négociation est surtout restreinte par la standardisation des formules de contrats que la banque impose pour des raisons de sécurité et de rationalisation de sa gestion. Les contrats bancaires courants sont des contrats d'adhésion ».

¹⁵⁴⁹ Articles L. 313-12 à L. 313-12-2 du même Code : il s'agit « de tout concours à durée indéterminée, autres qu'occasionnels, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise » (art. L. 312-12).

¹⁵⁵⁰ Articles L. 313-7 à L. 313-11 du même Code, voir infra le régime applicable aux crédits adossés aux contrats de location, n° 696 et suivants.

¹⁵⁵¹ Articles L. 313-13 à 313-20 du même Code, voir infra le régime des crédits participatifs adossés à des contrats de société, n° 860 et suivants.

¹⁵⁵² Articles L. 313-23 à L. 313-49 du même Code

Dès lors que les dispositions de ce Code sont respectées par les parties à une convention de crédit adossé, il existe une certaine marge de manœuvre pour les structurer grâce à des contrats de vente.

En ce qui concerne le crédit à la consommation, et le crédit immobilier, le contrat de crédit repose sur le régime du prêt à intérêt, bien qu'un contrat de vente s'y adjoigne pour caractériser l'opération. Or, le crédit islamique adossé à des contrats de vente exigent la conclusion de deux contrats de vente. Ces différences se répercutent non seulement sur la qualification à donner aux crédits adossés, mais également sur leur régime juridique.

Toutefois, l'article L. 311-34 du Code de la consommation reconnaît que la mise à disposition est liée à l'achat d'un bien : « *chaque fois que le paiement du prix sera acquitté, en tout ou partie, à l'aide d'un crédit, et sous peine des sanctions prévues à l'article L. 311-49, le contrat de vente ou de prestation de services doit le préciser, quelle que soit l'identité du prêteur. Aucun engagement ne peut valablement être contracté par l'acheteur à l'égard du vendeur tant qu'il n'a pas accepté le contrat de crédit* ». Cet article montre également que le crédit est le préalable à la conclusion d'un contrat de vente, alors que l'opération de crédit islamique adossé nécessite la conclusion d'un contrat de vente ordinaire avant les contrats de *mourabaha* et de *tawarruq*. Ce n'est que par la suite que les contrats portant le nom de l'opération seront conclus en vue de mettre les fonds à la disposition non pas du client, mais du vendeur (ou du constructeur). En revanche, le banquier conclut préalablement un contrat de *salam* ou un contrat d'entreprise *istisna* en vue de réaliser des opérations portant ces noms.

Ainsi, il existe une différence importante entre le crédit de droit français et le crédit adossé de droit musulman : le premier applique dans les grandes lignes le régime du prêt à intérêt, alors que le second applique le régime de la vente. Les deux techniques conduisent cependant au même résultat, à savoir la mise à disposition onéreuse de fonds. C'est pourquoi nous retiendrons cette qualification unique pour les diverses formes de crédit adossé bien qu'il faille tenir compte du rôle du bien dans l'opération. Ce sont en réalité des mises à disposition indirectes de fonds, parce que c'est le vendeur qui perçoit les fonds mais dont le bien acheté est, immédiatement, ou ultérieurement, livré au client. Ainsi, le crédit *mourabaha* est l'archétype du crédit adossé à un bien (B) alors que le crédit *tawarruq* est un crédit adossé temporairement à un bien (C), que le crédit *istisna* est un crédit servant à financer la construction ou la fabrication d'un bien (D), et que le crédit *salam* ne se limitera qu'à financer la livraison d'un bien standardisé (D). Ces qualifications ne peuvent être admises en droit français que si ces financements sont préalablement qualifiés en opération de crédit définie par l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier (A).

A) Les crédits islamiques adossés à un contrat de vente : des mises à disposition indirectes de fonds

591. – Critère de qualification. Préalablement à la qualification en opération de crédit, il est important de connaître le déroulement des opérations de crédit fondées sur des contrats de vente, le nombre et la nature des contrats de vente, ainsi que le nombre de personne qui intervient dans l'opération¹⁵⁵³.

De manière générale, un crédit adossé fait intervenir trois personnes liées par deux contrats de vente, mais dont la nature des contrats de vente diffère selon les modalités d'exécution choisie par le client et la banque. Par exemple, l'opération de crédit *mourabaha* comprend deux contrats de vente : un entre le banquier et le vendeur, et l'autre entre le banquier et le client, ce dernier contenant les caractéristiques du contrat de *mourabaha*. De même pour les autres types de crédit adossé. Cela signifie que le crédit adossé ne doit pas être qualifié en prêt à intérêt¹⁵⁵⁴.

Les opérations de crédit sont en fait des mises à disposition de fonds définies par l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier¹⁵⁵⁵, où le critère de qualification s'articule autour de la notion de « mise à disposition de fonds » alors même que les fonds sont versés à un vendeur, et fonds qui sont en fait remboursés par le client. Cette forme de mise à disposition de fonds est alors indirecte dans tous les crédits adossés à une vente parce que le bien sera soit immédiatement livré au client, soit à terme, soit au fur et à mesure de la construction ou la fabrication de la chose.

Ici, le critère de la « mise à disposition onéreuse de fonds » est plus adéquat pour ne pas appliquer les règles d'un contrat de prêt à intérêt. Par exemple, le contrat de *mourabaha* de notre exemple ne doit pas être qualifié de prêt à intérêt parce que les règles de fonds ne sont pas identiques. Il doit plutôt être qualifié en une vente à tempérament, assimilée à une opération de crédit.

¹⁵⁵³ Voir supra, n° 507 à 589.

¹⁵⁵⁴ A. Bénabent, *Les contrats civils et commerciaux spéciaux*, op. cit., n° 1122 : « S'il est évident que le prêt est une opération de crédit, il est loin d'épuiser cette catégorie plus large ».

¹⁵⁵⁵ Voir supra, spéc., n° 242 à 339.

Lorsque le client de la banque est un consommateur, le crédit adossé devra être en conformité avec les dispositions protectrices du Code de la consommation¹⁵⁵⁶, dispositions d'ordre public¹⁵⁵⁷. Ainsi, il importe de savoir si le crédit adossé peut être qualifié en crédits régis par ce Code.

592. – Qualification en crédit à la consommation. Le champ d'application de la nouvelle Législation sur le crédit à la consommation¹⁵⁵⁸ est étendu¹⁵⁵⁹. L'article L. 311-2 du Code de la consommation dispose que « *le présent chapitre s'applique à toute opération de crédit mentionnée au 4° de l'article L. 311-1, qu'elle soit conclue à titre onéreux ou à titre gratuit et, le cas échéant, à son cautionnement* ». Il s'agit de toute forme de mise à disposition de fonds qui répond à la définition d'une « opération » ou d'un « contrat de crédit ». Il s'agit alors d'un « *contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire, à l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture* »¹⁵⁶⁰. MM. Pidelievre et Putman nous informe que « *le contrat de crédit à la consommation est d'abord un contrat de prêt de somme d'argent* »¹⁵⁶¹. La loi distingue d'ailleurs deux catégories de crédit à la consommation : d'une part, les avances de fonds sans acquisition d'un bien (prêt, découvert, facilité de caisse), et d'autre part, celles qui permettent d'acheter à crédit (délai de paiement, crédit affecté).

Cette législation concerne aussi « *la location-vente et la location avec option d'achat sont assimilées à des opérations de crédit* », ainsi que « *les opérations de prêts sur gage corporel souscrits auprès*

¹⁵⁵⁶ Pour plus de détails sur la protection des consommateurs, voir notamment Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 703 et 717.

¹⁵⁵⁷ Article L. 313-17 du Code de la consommation.

¹⁵⁵⁸ Avant la loi du 1^{er} juillet 2010, n° 2010-737, selon MM. C. Gavalda et J. Stoufflet, « *Les contrats visés sont toutes les opérations de crédit à titre gratuit ou à titre onéreux, qu'elle qu'en soit la forme, ainsi que leur cautionnement. Le prêt, le découvert en compte, le crédit assorti d'une carte sont compris dans le champ d'application de cette Législation (...) La législation relative au prêt à la consommation ne concerne pas les prêts contractés pour un usage professionnel, commercial, artisanal, agricole, libéral...* » (*Droit bancaire*, op. cit., n° 708).

¹⁵⁵⁹ Ibidem, n° 737 à 771 pour le nouveau régime. *Cette Législation s'applique aux professionnels si elle résulte d'une stipulation expresse (Cass. 1^{re} civ., 30 septembre 2008, n° 04-12.457, Brun c/ Lyonnaise de Banque : JurisData, n° 045205)* ».

¹⁵⁶⁰ Article L. 311-1, 4° du Code de la consommation.

¹⁵⁶¹ S. Pidelievre et E. Putman, *Droit bancaire*, Economica, 2011, n° 422.

des caisses de crédit municipal en application de l'article L. 514-1 du code monétaire et financier sont soumises aux dispositions des articles L. 311-4 et L. 311-5 »¹⁵⁶².

En conséquence, dès lors que le crédit islamique peut être qualifié de crédit à la consommation, le corpus juridique défini par le Code de la consommation doit s'appliquer.

Toutefois, cet article brouille quelque peu l'analyse parce qu'il distingue deux séries de technique de financement : d'une part, celles régies par cette Législation, c'est-à-dire les délais de paiement, les prêts, les découverts ainsi que toute autre facilité de paiement similaire, et d'autre part, celles qui sont exclues, à savoir les « *contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture* »¹⁵⁶³. Étant exclue du champ d'application du Code de la consommation, cette deuxième catégorie comprend-elle le crédit adossé à un contrat de vente ?

Plus précisément, une opération de crédit adossé à un achat d'un bien puis de sa revente est-il un financement permettant la fourniture de biens, de même nature, dont le remboursement échelonné incombe à l'emprunteur ? En d'autres termes, la fourniture de bien est-elle un acte de vente ? Il faut d'abord distinguer la fourniture de prestation continue ou à exécution successive de services, de la fourniture de biens : la première ne concerne pas le remboursement échelonné, mais une obligation à laquelle est tenue au moins un des cocontractants, obligation qui doit être répétée à intervalles convenus que la durée soit déterminée ou indéterminée¹⁵⁶⁴. Cette forme de fourniture de biens ne

¹⁵⁶² Article 311-2, alinéa 2 et 3, du Code de la consommation. En vertu de l'article L. 311-3 du même Code, « *sont exclus du champ d'application du présent chapitre : 1° Les opérations de crédit destinées à permettre l'acquisition ou le maintien de droits de propriété ou de jouissance d'un terrain ou d'un immeuble existant ou à construire, y compris lorsque ces opérations visent également à permettre la réalisation de travaux de réparation, d'amélioration ou d'entretien du terrain ou de l'immeuble ainsi acquis ; 2° Les opérations dont le montant total du crédit est inférieur à 200 € ou supérieur à 75 000 €, à l'exception de celles, mentionnées à l'article L. 313-15, ayant pour objet le regroupement de crédits ; 3° Les opérations consenties sous la forme d'une autorisation de découvert remboursable dans un délai d'un mois ; 4° Les opérations de crédit comportant un délai de remboursement ne dépassant pas trois mois qui ne sont assorties d'aucun intérêt ou d'aucuns frais ou seulement de frais d'un montant négligeable ; 5° Les opérations mentionnées au 3 de l'article L. 511-6 du code monétaire et financier ; 6° Les opérations mentionnées au 2 de l'article L. 321-2 du même code ; 7° Les contrats qui sont l'expression d'un accord intervenu devant une juridiction ; 8° Les contrats résultant d'un plan conventionnel de redressement mentionné à l'article L. 331-6 du présent code conclu devant la commission de surendettement des particuliers ; 9° Les accords portant sur des délais de paiement accordés pour le règlement amiable d'une dette existante, à condition qu'aucuns frais supplémentaires à ceux stipulés dans le contrat ne soient mis à la charge du consommateur ; 10° Les cartes proposant un débit différé n'excédant pas quarante jours et n'occasionnant aucuns autres frais que la cotisation liée au bénéfice de ce moyen de paiement* ». Les crédits adossés ne font pas partis de ces exclusions. Voir aussi C. Gavaldà et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. 2010, n° 738 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 416.

¹⁵⁶³ Définition introduite par la Loi n° 2010-737, du 1^{er} juillet 2010.

¹⁵⁶⁴ A. Bénabent, *Les obligations*, op. cit., n° 21 : « *il y a « exécution successive » lorsque les prestations se renouvellent dans le temps (par ex. le contrat de bail ou le contrat de travail)* ».

peut pas être qualifiée de vente, parce que la vente est un contrat à exécution instantanée, même si le prix et la livraison peuvent être différés¹⁵⁶⁵. La fourniture de biens vise en fait le contrat de vente. Ainsi, les ventes à tempérament – où le prix de la vente est payable périodiquement et la propriété du bien est immédiatement transférée à l'acheteur – sont-elles exclues du champ d'application du Code de la consommation ? Bien que les clients d'une banque islamique « *interviennent en qualité d'acquéreur à tempérament de l'actif* »¹⁵⁶⁶, les ventes de type *mourabaha* ou *tawarruq*, ne sont pas exclues du champ d'application du Code de la consommation au regard du *ratio legis* de l'article L. 311-1 du Code de la consommation qui est le fait de « consentir un crédit ou de s'engager à consentir un crédit ». D'ailleurs, l'article L. 313-3 du Code de la consommation dispose que « *les crédits accordés à l'occasion de ventes à tempérament sont, pour l'application de la présente section, assimilés à des prêts conventionnels et considérés comme usuraires dans les mêmes conditions que les prêts d'argent ayant le même objet* ».

Néanmoins, le Code n'assimile donc pas en une opération de crédit la vente, mais le crédit qui y est accordé à cet effet. Mais, selon M. Bénabent, la vente à tempérament est une opération de crédit du fait du délai de paiement accordé au client¹⁵⁶⁷. C'est alors cette analyse qui devrait être retenue pour un meilleur encadrement des crédits islamiques adossés.

Cette nouvelle catégorie de crédit adossé à un bien consiste en réalité à financer la fourniture d'un bien, que le bien soit acheté ou construit, le but étant que le client devienne définitivement (crédit *mourabaha*, *istisna*, *salam*) ou temporairement (crédit *tawarruq*, crédit *parallèle istisna*, crédit *parallèle salam*) le propriétaire.

En revanche, dans quelle mesure un crédit adossé peut être qualifié de crédit affecté ?

593. – Qualification en crédit affecté. Selon M. Mathey, « *les opérations de crédit à la consommation [de type islamique] devraient privilégier le crédit affecté qui présente justement l'originalité d'être lié à l'acquisition d'un actif tangible* »¹⁵⁶⁸. Cette forme de crédit a pour objet de financer la fourniture d'un bien meuble (ou d'un service selon la loi). C'est pourquoi il convient de savoir si ce crédit affecté peut réellement encadrer les crédits islamiques adossés à un bien. La

¹⁵⁶⁵ Article 1583 du Code civil : « [la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

¹⁵⁶⁶ A.S. Vassenaix-Paxton et N. Hyacinthe, *Les investisseurs face aux problématiques juridiques*, in *La finance islamique en Europe*, Dossier préc., n° 696, p. 40.

¹⁵⁶⁷ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., 2011, n° 1243.

fourniture de bien étant analysée en une vente, ce devrait être le cas. En fait, le financement de la fourniture de bien a champ d'application large. MM. Piedelièvre et Putman classent le crédit-bail dans la catégorie des « *crédits par fourniture des biens* » qui comprend notamment le crédit-bail¹⁵⁶⁹.

S'agissant des crédits islamiques se structurant grâce à un contrat de vente, ils peuvent être *a priori* régis par les articles L. 311-30 à L. 311-41 du Code de la consommation relatifs au crédit affecté¹⁵⁷⁰. Ce dernier est défini par l'article L. 311-1, 9° comme étant « *le crédit servant exclusivement à financer un contrat relatif à la fourniture de biens particuliers ou la prestation de services particuliers* ». Il a pour objet le financement exclusif de la fourniture de bien particulier.

Ce texte est-il une exception à l'exclusion prévue par le 4° de l'article L. 311-1 du Code de la consommation ? De par sa spécificité, le crédit affecté est-il différent de l'exclusion du 4° du même article ? Même si on ne peut conclure que le crédit affecté est visé par ce 4°, le Code lui a néanmoins réservé onze dispositions (art. L. 311-30 à L. 311-41).

Les crédits islamiques adossés peuvent être qualifiés en crédit affecté parce que leur objet est également le financement exclusif de biens.

En revanche, l'article L. 311-1, 9°, mentionne la fourniture de « biens ». La fourniture d'un seul bien est-elle exclue ? Si on interprète de manière restrictive cette disposition, les crédits islamiques adossés ne peuvent pas être qualifiés en crédit affecté, à moins qu'ils financent un ensemble de biens. Cette interprétation doit être écartée parce que cette disposition ne vise-t-elle pas « des biens » en référence à la diversité des biens meubles (corporel et incorporel).

La définition du crédit affecté est complétée par une précision selon laquelle « *ces deux contrats constituent une opération commerciale unique (...) qui est réputée exister lorsque le vendeur ou le prestataire de services finance lui-même le crédit ou, en cas de financement par un tiers, lorsque le prêteur recourt aux services du vendeur ou du prestataire pour la conclusion ou la préparation du contrat de crédit ou encore lorsque le contrat de crédit mentionne spécifiquement les biens ou les services concernés* ». Quatre techniques permettent de structurer un crédit affecté. Parmi ces techniques, il y a le cas du financement par le biais d'un tiers, où la technique consiste à ce que « le prêteur ait recours aux services du vendeur pour la conclusion du contrat de crédit ». Selon MM.

¹⁵⁶⁸ N. Mathey, *La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire*, art. préc., n° 23, p. 84.

¹⁵⁶⁹ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 544 : « Parmi les crédits bancaires originaux, les crédits par fourniture de bien, dont la principale forme est le crédit-bail, occupent une place importante, car ils facilitent l'équipement des professionnels en matériel à moyen terme sans faire peser sur la charge de l'investissement de départ ».

Piedelièvre et Putman, « *le prêt et l'opération projetée forment dans l'esprit du consommateur un tout indissociable. En droit commun, le contrat de prêt et le contrat de vente sont juridiquement indépendants. Il en résulte que si l'une des deux opérations n'est pas conclue, l'autre devra l'être* »¹⁵⁷¹. Cependant, il existe une différence fondamentale entre le crédit adossé et le crédit affecté. Le premier se fonde sur deux contrats de vente (dont un contrat de *mourabaha*, de *tawarruq* ou de *salam* selon le but recherché par le financement) et le second comprend une vente et un prêt à intérêt. Malgré cette différence de nature juridique des contrats sous-jacents, existe-t-il alors un obstacle à la qualification de crédit affecté ? La réponse semble être *a priori* affirmative parce que le contrat de prêt à intérêt est remplacé par un des contrats de vente. Dans le crédit adossé, les effets de la vente (*mourabaha*, *tawarruq*, et *salam*) sont immédiats alors que le crédit affecté suspend les effets du prêt à intérêt jusqu'à livraison du bien¹⁵⁷². Ainsi, le crédit adossé à un bien ne peut pas être qualifié de crédit affecté, sous réserve d'une interprétation extensive des dispositions.

Par ailleurs, les opérations de crédit islamiques financent également l'acquisition ou la construction d'un bien immobilier.

594. – Qualification en crédit immobilier¹⁵⁷³. La qualification de crédit immobilier ne présente pas les mêmes difficultés de qualification au regard de l'article L. 312-2¹⁵⁷⁴ parce qu'il dispose que « *les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux prêts qui, quelle que soit leur qualification ou leur technique, sont consentis de manière habituelle par toute personne physique ou morale en vue de finance les opérations suivantes : 1° Pour les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation – a) Leur acquisition en propriété ou la souscription ou l'achat de parts ou d'action de sociétés donnant vocation à leur attribution en propriété, y compris lorsque ces opérations visent également à permettre la réalisation de travaux de réparation, d'amélioration ou d'entretien de l'immeuble ainsi acquis ; b) Leur acquisition en jouissance ou la souscription ou l'achat de parts ou d'action de sociétés donnant vocation à leur attribution en jouissance, y compris lorsque ces opérations visent également à permettre la réalisation de travaux de réparation,*

¹⁵⁷⁰ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. 2010, n° 752 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 442 – 444.

¹⁵⁷¹ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 443.

¹⁵⁷² *Idem*.

¹⁵⁷³ Voir par exemple, C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. 2010, n° 839 à 847 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 452 – 473.

d'amélioration ou d'entretien de l'immeuble ainsi acquis ; c) Les dépenses relatives à leur réparation, leur amélioration ou leur entretien lorsque le montant du crédit est supérieur à 75 000 euros ; d) Les dépenses relatives à leur construction – 2° L'achat de terrain destinés à la construction des immeubles mentionnés au 1° ci-dessus ». Selon cette disposition, la qualification et la technique importent peu dès lors que les prêts financent « *pour les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, soit leur acquisition en propriété* », soit « *les dépenses relatives à leur construction* » soit « *l'achat de terrains destinés à la construction des immeubles mentionnés au 1° ci-dessus* »¹⁵⁷⁵. Ainsi, les techniques de crédit adossé à la *mourabaha* et à l'*istisna*, non celles se structurant grâce au *tawarruq* et au *salam*¹⁵⁷⁶, devront être régies par ce Code dès lors que le client de la banque est un consommateur. Si le client est un professionnel, il sera plus opportun de se fonder sur des dispositions plus générales comme l'article L. 313-1 du Code de la consommation. Mais il faut par ailleurs qualifier spécifiquement les crédits adossés selon la nature des contrats sous-jacents utilisés pour appliquer convenablement le droit français.

B) Le crédit « *mourabaha* », un crédit adossé à un bien

595. – Deux opérations de qualification. Un crédit islamique est certes une mise à disposition de fonds tirant sa spécificité des contrats sous-jacents. Il faut alors procéder à deux types de qualifications¹⁵⁷⁷ : d'une part, celle du contrat principal, c'est-à-dire le contrat sous-jacent qui confère le nom à l'opération de crédit, et d'autre part, celle de l'opération où la variété de mise à disposition de fonds démontre qu'un crédit adossé à un bien présente plusieurs facettes.

¹⁵⁷⁴ Les prêts à destination des professionnels sont exclus du champ d'application de cette Législation à moins que les parties s'y soumettent volontairement (voir supra : C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., 2010, n° 840 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 453).

¹⁵⁷⁵ En vertu de l'article L. 312-3 du même Code, « *sont exclus du champ d'application du présent chapitre : 1° Les prêts consentis à des personnes morales de droit public ; 2° Ceux destinés, sous quelque forme que ce soit, à financer une activité professionnelle, notamment celle des personnes physiques ou morales qui, à titre habituel, même accessoire à une autre activité, ou en vertu de leur objet social, procurent, sous quelque forme que ce soit, des immeubles ou fractions d'immeubles, bâtis ou non, achevés ou non, collectifs ou individuels, en propriété ou en jouissance ; 3° Les opérations de crédit différé régies par la loi n° 52-332 du 24 mars 1952 relative aux entreprises de crédit différé lorsqu'elles ne sont pas associées à un crédit d'anticipation* ».

¹⁵⁷⁶ Parce que ces deux techniques visent des biens meubles, et non les biens immobiliers.

¹⁵⁷⁷ Il en ira de même pour chaque type de crédit islamique.

596. – Qualification du contrat de vente « *mourabaha* ». L'instruction fiscale précédemment citée définit le contrat de *mourabaha* comme étant « *un contrat de financement aux termes duquel un client demande à un financier de financer l'achat d'un actif déterminé ou d'un portefeuille d'actifs déterminés, en réalisation en particulier deux transferts successifs de propriété* »¹⁵⁷⁸. Il ressort de cette définition que l'Administration fiscale définit plutôt une opération, qu'un contrat. En effet, il est fait mention de « deux transferts successifs de propriété », ce qui montre que les rédacteurs n'ont pas hésité à qualifier de contrat une opération exécutant deux contrats de vente : un contrat de vente entre le banquier et le vendeur du bien, et le contrat de *mourabaha*, proprement dit, entre le banquier et le client. D'ailleurs, ce flottement se retrouve dans la même instruction fiscale qui définit le contrat de *tawarruq* comme étant une opération : « *par distinction avec une opération de mourabaha avec ordre d'achat, le tawarruq ne finance pas l'acquisition d'un actif : le client achète ici un actif avec l'intention de le revendre et utilise un décalage de paiement entre les deux opérations pour se constituer des liquidités* »¹⁵⁷⁹. Ainsi, l'opération de *tawarruq* nécessite l'exécution de trois contrats de vente dont un contrat de *mourabaha* inverse, tout en essayant de s'écarter de la qualification de contrat de vente *inah*¹⁵⁸⁰.

Le contrat de *mourabaha*, et non l'opération de crédit *mourabaha*, est un contrat de vente à tempérament parce qu'il transfère immédiatement la propriété de la chose à l'acheteur qui rembourse de manière échelonné le vendeur. Il peut dès lors être qualifié en une vente à tempérament parce que « *lorsque le vendeur consent un crédit non plus à un professionnel, mais à un consommateur, on parle volontiers de vente à tempérament : le consommateur échelonne sur une certaine période le paiement du prix, augmenté des intérêts* »¹⁵⁸¹. Il en découle deux points qui devront être écartés pour la *mourabaha* : d'une part, elle devrait pouvoir être conclue entre une banque et un professionnel, et d'autre part, les intérêts devront être remplacés par les profits. Si ce genre de vente transfère immédiatement la propriété à l'acquéreur pour qu'il ait une jouissance immédiate¹⁵⁸², elle est une forme de mise à disposition de fonds du fait de l'octroi d'un délai de paiement, ce qui est admis par l'article L. 311-1, 4° et 9° (crédit affecté) du Code de la consommation.

¹⁵⁷⁸ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, préc., § 4.

¹⁵⁷⁹ Ibidem, § 17.

¹⁵⁸⁰ Voir supra, n° 137, 151, 371 – 373.

¹⁵⁸¹ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit. n° 1253 :

¹⁵⁸² Voir aussi P. Delebecque et M. Germain, *Traité de droit commercial*, Tome 2, op. cit., n° 2517 – 2518.

L'Administration fiscale tente donc d'encadrer les opérations les plus utilisées par l'industrie bancaire islamique tant pour distribuer des crédits à la consommation que pour refinancer les banques islamiques. Il reste cependant à connaître la véritable qualification juridique de l'opération de crédit bien qu'une sorte de tautologie puisse apparaître dans nos explications. Si le financement *mourabaha* est une opération de crédit, nul besoin de poursuivre sa qualification. Or, il existe une variété de crédits qui sont cependant réunis sous la qualification de crédit *mourabaha*¹⁵⁸³.

597. – Le crédit « *mourabaha* », une mise à disposition indirecte de fonds. Le crédit *mourabaha* doit être qualifié de mise à disposition de fonds qui consiste pour la banque à acheter puis revendre un bien à son client. Ce mécanisme de crédit est alors une mise à disposition immédiate de fonds à un fournisseur, fonds qui ne doivent pas transiter entre les mains du client. Mais, ce dernier devient immédiatement le propriétaire du bien lorsque le contrat de *mourabaha* est conclu. Il peut alors être encadré par l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier.

Plus précisément, bien qu'il existe une autonomie du droit fiscal et du droit bancaire, les transactions fondées sur la *mourabaha* étaient analysées, en 2009, par l'Administration fiscale française comme des opérations de crédit. Elle avait tenu compte d'une jurisprudence de la Cour de Justice Communautés Européennes relative à l'assiette de la TVA : « *si les parties ne se sont pas expressément accordées dans l'acte de vente sur l'existence d'une opération de crédit, elles ont néanmoins prévu la facturation distincte du profit ainsi que son paiement étalé dans le temps selon un échéancier. Dès lors, les conditions de la jurisprudence communautaire sont remplies, et l'opération est exonérée de la TVA* »¹⁵⁸⁴. Si l'Administration fiscale tient compte de la nature particulière de l'opération, elle retient la qualification d'opération de crédit dès lors qu'il existe une facturation d'un profit qui est similaire à la perception d'intérêt.

D'ailleurs, elle a posé, en 2010, une condition importante pour que le régime fiscal s'applique. Les transactions bancaires adossées à la *mourabaha* (et celles adossées aux autres contrats de vente et de location) doivent être des opérations de banque au sens de l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier, et donc des opérations de crédit, au sens de l'article L. 313-1 du même Code. Dès lors, le crédit *mourabaha* peut être qualifié de mise à disposition immédiate d'un bien, mais indirecte de

¹⁵⁸³ Voir supra, n° 510 – 512.

¹⁵⁸⁴ Direction Générale des Finances Publiques, Instruction fiscale, 4 FE / 09, Bulletin Officiel des Impôts, n° 22, 25 février 2009, qui cite CJCE, 27 oct. 1993, aff. *Muy's en De Winter's Bouw* : « *lorsque le prestataire de services et le*

fonds du fait que le banquier paie au comptant le fournisseur du bien et ne verse aucune somme à son client. Ce crédit peut alors servir à financer tant les particuliers que les entreprises souhaitant acquérir un bien meuble ou immeuble.

Toutefois, les crédits finançant un bien nécessitent en droit français la conclusion de deux contrats : un « contrat principal » entre le vendeur et le client ; et un « contrat de crédit » entre le client et le banquier. Or, les crédits adossés doivent se fonder sur un « contrat de vente ordinaire » conclu entre le vendeur et le banquier, et un « contrat de vente à tempérament » entre le banquier et le client. Ces différences, d'une part, entre le « contrat principal » en droit français et le « contrat de vente ordinaire » de droit musulman, et d'autre part entre le « contrat de crédit » de droit français et le « contrat de vente à tempérament » de droit musulman, nous impose de reconsidérer les règles imposées par le Code de la consommation dans le sens où c'est le banquier qui doit être successivement le cocontractant du vendeur puis du client¹⁵⁸⁵.

598. – Distinction d'avec le crédit « fournisseur ». Il n'est pas non plus pertinent de qualifier le crédit *mourabaha* en crédit dit par caisse du simple fait qu'il s'adosse à une vente. En effet, le crédit par caisse regroupe le « crédit fournisseur » et le « crédit acheteur » qui « *impliquent une mise à disposition future ou immédiate de fonds de la part du banquier* »¹⁵⁸⁶ notamment dans le commerce international¹⁵⁸⁷ : « *Le crédit fournisseur est une catégorie générique qui désigne un ensemble de crédits accordés à un exportateur* »¹⁵⁸⁸. Cette catégorie n'est pas alors adéquat pour encadrer le crédit *mourabaha* dans la mesure où « *lorsqu'il s'agit d'un crédit de préfinancement ou un crédit*

fournisseur de biens autorisent leur client à surseoir au paiement du prix, moyennant le paiement d'intérêts, il octroie en principe un crédit exonéré de TVA ».

¹⁵⁸⁵ Voir infra, n° 613 et suivants.

¹⁵⁸⁶ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 620.

¹⁵⁸⁷ Ibidem, n° 621 : « *le crédit fournisseur est une catégorie générique qui désigne un ensemble de crédit accordés à un exportateur. Il peut être consenti aussi bien pour la fabrication de marchandises à exporter que pour la prospection de marché ou pour permettre à l'exportateur, qui a accordés des délais de paiement, d'obtenir un paiement anticipé de sa créance* ». Il en va de même pour le crédit acheteur, bien que le banquier consente directement le crédit à l'acheteur : « *ce crédit repose sur trois éléments : une ouverture de crédit consentie par le banquier à l'acheteur, la notification de celle-ci au fournisseur et la lettre d'engagement souscrite par ce dernier* » (Ibidem, n° 624).

En outre, il convient de faire la distinction entre les crédits islamiques adossés à un bien, et le crédit documentaire adossé : « *encore appelé crédit subsidiaire ou crédit back-to-back, (et qui) est un second crédit documentaire ouvert, à la demande du bénéficiaire du crédit principal, au profit de l'un de ses fournisseurs, par la banque chargée de la réalisation du crédit principal. Une telle opération est réalisée afin que la bonne fin du crédit adossé soit assurée par le crédit principal. Aussi, si les deux crédits sont juridiquement distincts, notamment par leurs conditions, il s'avère qu'un lien est établi entre ceux-ci de sorte que « les fonds du crédit principal sont affectés au remboursement des avances de la banque pour la réalisation du crédit adossé* ». Ces explications montrent que bien qu'il y ait une terminologie quasiment commune, les régimes juridiques ne sont pas les mêmes (Ibidem, n° 656).

¹⁵⁸⁸ Idem.

*de prospection, le crédit consiste généralement en un découvert mobilisable, la mise à disposition de fonds pouvant notamment résulter de la souscription par l'exportateur de billets à ordre à l'ordre de son banquier lequel mobilisera ces billets et en portera le montant au crédit de son compte »¹⁵⁸⁹. Ce mécanisme défini par M. Bonneau n'est pas transposable au crédit *mourabaha* du fait de l'existence d'un découvert, qui plus est, mobilisable, interdit par le droit musulman par la genèse de *ribâ*.*

Si cette qualification ne peut pas être retenue, il existe néanmoins des perspectives pour le faire. MM. Delebecque et Germain affirment que « *la tradition française est très attachée à la pratique du crédit fournisseur, qui correspond à un crédit consenti par les fournisseurs à leur clients sous forme de délai de paiement. Cette pratique conduit les fournisseurs à se refinancer auprès de leurs banquiers : le procédé classique est l'escompte des effets de commerce tirés par le fournisseur sur leurs clients »¹⁵⁹⁰. La principale différence entre le crédit adossé et le crédit fournisseur se trouve, pour le premier, dans l'acquisition du bien par le banquier en vue de le revendre au client ; c'est-à-dire avec cette étape obligatoire d'acquisition du bien par le banquier.*

599. – Distinction d'avec le crédit « acheteur ». Cette analyse peut aussi se transposer pour la qualification en crédit acheteur du crédit *mourabaha*. Le crédit acheteur consiste à avancer des fonds à un acheteur, où « *ce n'est pas l'exportateur qui supporte le risque de non-paiement des créances, mais le banquier, généralement le banquier de l'exportateur, qui consent directement le crédit à l'acheteur »¹⁵⁹¹. Plus précisément, il s'agit d'une ouverture de crédit, qui est au demeurant analysée « *en une promesse faite par le banquier à l'acheteur et [présentant] un caractère irrévocable »¹⁵⁹², et qui devient un contrat de prêt ordinaire¹⁵⁹³ après avoir notifié au fournisseur la convention**

¹⁵⁸⁹ Ibidem, n° 622.

¹⁵⁹⁰ Ph. Delebecque et M. Germain, *Traité de droit commercial*, Tome 2, op. cit., n° 2376-2 qui poursuivent sur les inconvénients de ce crédit, sur son éventuel remplacement par des techniques importées de l'étranger : « *Les fournisseurs sont ainsi eux-mêmes, d'une certaine façon, les banquiers de leurs clients, et supportent les charges correspondantes. Une crise économique persistante a souligné les inconvénients d'un système qui impose aux fournisseurs une fonction à laquelle ils ne sont pas préparé, détourne des sommes importantes des investissements productifs, accentue la dépendance des entreprises les unes par rapport aux autres, et incite les acheteurs à abuser des facilités dont ils profitent. L'internalisation de la vie des affaires a révélé l'emploi à l'étranger de techniques de financement mieux adaptées, à base de crédit-acheteur, dans lesquels les banquiers financent directement les acheteurs, par exemple, sous forme de crédit global d'exploitation, pour permettre de régler comptant leurs fournisseurs ».*

¹⁵⁹¹ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 624.

¹⁵⁹² Ibidem, n° 625.

¹⁵⁹³ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 627 : « *l'ouverture de crédit cède la place d'un point de vue juridique à un véritable crédit. On doit toutefois remarquer qu'en pratique ce prêt n'est pas formalisé, les parties étant régies toujours par convention de crédit. En tout cas, ce prêt devra être remboursé par l'acheteur au banquier ».*

d'ouverture de crédit qui « lie uniquement le banquier et l'acheteur, les fonds ne sont pas mis à la disposition de ce dernier, mais à celle du fournisseur en vertu d'un mandat dont l'ouverture de crédit a investi le banquier »¹⁵⁹⁴. Il en ressort que le crédit *mourabaha* peut être qualifié en crédit acheteur, si le banquier achète directement les biens, puis les revende à l'acheteur. De l'autre côté, le crédit acheteur peut devenir un crédit *mourabaha* si l'étape de l'ouverture de crédit se cantonne spécifiquement en une promesse de mise à disposition de fonds au fournisseur.

Quand bien même le crédit *tawarruq* se fonde sur les règles de la *mourabaha*, il est différent du fait du rôle du bien dans l'opération.

C) Le crédit « *tawarruq* », un crédit sans adossement à un bien

600. – Qualification du contrat de « *tawarruq* ». Le *tawarruq* est, à certain égard, une forme dérivée de la *mourabaha*, il peut être qualifié de vente à tempérament. Pourtant, ce crédit est adossé de manière temporaire à un bien, alors que la *mourabaha* est adossé de manière définitive à un bien. Dans le *tawarruq*, le bien ne sert que d'écran pour réaliser une opération de crédit. Sa licéité islamique dépend de l'interposition d'un tiers pour transformer le bien en monnaie¹⁵⁹⁵.

Le contrat de *tawarruq* est en fait un contrat de vente où le vendeur avance des fonds à un acheteur qui va le revendre à un autre acheteur différent du premier. Ce n'est pas une vente à réméré parce que le vendeur initial ne doit pas racheter la chose, surtout s'il existe une différence de prix qui reflète une marge bénéficiaire jugée *ribawi*, à l'instar de la vente *inah*¹⁵⁹⁶. Il n'est pas totalement une vente à tempérament parce que le *tawarruq* a pour dessein de revendre la chose acquise par l'acheteur-emprunteur. C'est une forme de vente à crédit dans la relation entre le vendeur initial et l'acheteur, et une vente ordinaire dans la phase de revente du bien par l'acheteur-emprunteur à l'acheteur final. Le contrat de *tawarruq* est alors une « *mourabaha* inversée », ce qui conduit à une nouvelle qualification de vente à tempérament inversée. Si la recherche d'une qualification adéquate est difficile pour le contrat de *tawarruq*, l'opération de crédit *tawarruq* est en fait une mise à disposition de fonds adossée à deux contrats de vente (dans sa forme basique). Ainsi, elle aura pour fondement l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier.

¹⁵⁹⁴ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 625.

¹⁵⁹⁵ Voir supra, n° 546-555.

601. – Le crédit « *tawarruq* », une mise à disposition indirecte de fonds. Le crédit *tawarruq* peut également être qualifié, comme le crédit *mourabaha*, de mise à disposition indirecte de fonds, parce que le banquier vend à tempérament un bien à son client. Mais, ce bien qui entre dans le patrimoine du client va être revendu par le client en vue d’obtenir des fonds. Même si le banquier ne met pas immédiatement des fonds à la disposition du client, il lui facilite en tout cas une telle avance. L’opération repose par contre obligatoirement sur trois personnes (au minimum).

L’administration fiscale a expliqué son mécanisme, mais en a limité la nature des biens pouvant faire l’objet d’une telle opération : « *le tawarruq tel que regardé ici est une opération de financement aux termes de laquelle le client achète un actif qui n’est ni un immeuble, ni une société à prépondérance immobilière non cotée au sens du 2° du I de l’article 726 du CGI, auprès d’un financier avec un différé de paiement et donc moyennant rémunération pour ce financier, et le revend ensuite au comptant à un tiers* »¹⁵⁹⁷. Finalement, les crédits *tawarruq* sont des découverts adossés temporairement à un bien qui a pour objet de financer les besoins de liquidité des consommateurs et des professionnels, susceptible d’être régi par le régime des crédits à la consommation ou des facilités de caisse.

602. – « *Tawarruq* », une opération de pension ? Par ailleurs, faisant office de véhicule de refinancement sur les marchés monétaires islamiques, une banque recourra à ce genre d’opération notamment en vue de respecter les normes prudentielles¹⁵⁹⁸.

En Europe, seuls les établissements de crédit et les organismes prévus à l’article L. 518-1 du Code monétaire et financier interviennent sur le marché interbancaire¹⁵⁹⁹. Du moment que les banques et les institutions financières interviennent en apportant des garanties, on y négocie différentes formes de titre de créance : certificats de dépôts, billet de trésorerie, obligations des institutions financières, bons du Trésor. Les effets et les créances refinancés sont seulement utilisés comme instrument de

¹⁵⁹⁶ Voir supra, n° 138 et 371.

¹⁵⁹⁷ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, préc., § 18.

¹⁵⁹⁸ Islamic Financial Services Board, *Technical note on issues in strengthening liquidity management of Institutions offering Islamic Financial Services: The development of Islamic Money Markets*, préc., Annexe 3, p. 83.

¹⁵⁹⁹ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 686 : « *Ils peuvent y prêter ou y emprunter des fonds contre des créances publiques ou privées. Pour garantir le monopole du marché interbancaire, il est interdit aux établissements de crédit de céder ou de mettre en pension des créances au profit de personnes autres que celles autorisées à intervenir sur ce marché* ».

garantie du crédit accordé à la banque et restitués lors du remboursement. En cas de défaut de règlement, le créancier revendra les titres et si le prix reste insuffisant, il reste créancier.

Pourtant, le *tawarruq* ne peut pas servir d'opération de pension régie par les articles L. 432-12 à L. 432-19 et D. 432-1 du Code monétaire et financier. Le Professeur Bonneau classe cette dernière dans la catégorie des opérations permettant la mobilisation des créances sans transfert de risques¹⁶⁰⁰ car la cession des créances est « assortie soit d'une clause de garantie, soit d'une clause de rachat ou d'une clause de reprise »¹⁶⁰¹. Il en ressort déjà à ce stade que les clauses citées ne figurent pas dans les crédits *tawarruq*. Pour MM. Gavalda et Stoufflet, « économiquement, la pension se présente comme une avance de fonds à très court terme garantie par la remise d'effets publics ou privés. L'outil juridique correspondant à cette fonction économique paraît être le prêt assorti d'une affectation en gage des effets. On peut cependant parvenir à un résultat voisin par une cession en propriété des effets liée à une convention de rachat. Étant donné que les contrats ne sont pas toujours explicites, il est permis d'hésiter entre les deux qualifications ; mais un choix s'impose car les conditions du transfert des effets en propriété et celles de la constitution de gage diffèrent, de même que les droits résultant des qualités de propriétaire et de gagiste »¹⁶⁰². Les auteurs hésitent sur l'efficacité de la première qualification parce qu'une chaîne d'endossement se dessine. La pension a pour objet de transférer la propriété des effets. Elle est l'opération par laquelle une personne morale, un fonds commun de placement, ou fonds commun de créances cède à une autre personne morale, à un fonds commun de placement ou de créances, moyennant un prix convenu, des valeurs, titres ou effets et par laquelle les parties s'engagent respectivement et irrévocablement, la première à prendre les valeurs, titres ou effets, la seconde à les rétrocéder pour un prix et à une date convenus. La pension en ce sens assure la protection de l'organisme qui accorde la pension et est plus favorable au crédit. Elle est donc un transfert de propriété des titres ou effets, assorti d'un engagement de rétrocession. Il est alors impossible que le *tawarruq* serve dans ces conditions d'opération de pension parce que deux règles islamiques l'en empêchent : d'une part, la prohibition des opérations se fondant sur la vente *inah*, et d'autre part, la prohibition des cessions de créance (*bay al dayn bil dayn*)¹⁶⁰³.

¹⁶⁰⁰ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 828, spécialement, n° 834 à 838.

¹⁶⁰¹ Idem, n° 828.

¹⁶⁰² C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op.cit., 7 édition, n° 687 et 688.

¹⁶⁰³ Voir supra, respectivement, n° 137 et n°140.

Concernant cette dernière, l'article L. 432-17 du Code monétaire et financier qui institue une neutralité fiscale nous convainc : « *la rémunération du cessionnaire, quelle qu'en soit la forme, constitue un revenu de créance. Elle est traitée sur le plan comptable comme des intérêts* ». Doit-on comprendre que le revenu dégagé par le cessionnaire n'est pas forcément de l'intérêt, alors qu'en droit musulman, c'est le cas parce que tout revenu qui provient d'une cession de créance est entaché de *ribâ* ?

Nous comprenons que le *tawarruq* ne doit pas avoir les caractéristiques d'une opération de pension ou d'aval en pension qui permettent toujours aux établissements de crédit de se procurer des fonds pour un temps qui ne coïncide pas nécessairement avec le délai de vie des actifs mobilisés.

603. – Nature du bien. L'Administration fiscale s'est bien imprégnée de la logique juridique islamique du *tawarruq* en précisant la nature du bien sous-jacent : « *l'opération est généralement assise sur des titres ou des matières premières (ou éventuellement tout autre actif liquide). Elle comprend plusieurs transferts successifs de propriété* »¹⁶⁰⁴. Il faut apporter une précision qui rejoint la problématique de la cession des créances. Les titres dont il est question dans l'instruction fiscale ne peuvent pas être des titres de créance ou des effets de commerce. D'où, le besoin pour des juristes d'insister sur l'adossement à un « actif tangible », expression vague pour les francophones, mais significatif par les juristes musulmans.

D'ailleurs, les matières premières visées ne peuvent être ni de l'or, ni de l'argent, et encore moins de la monnaie fiduciaire.

Le crédit *tawarruq* diffère semblablement du crédit *istisna* qui a pour objet le financement de la fabrication ou la construction d'un bien.

D) Le crédit « *istisna* », un crédit adossé à un bien à fabriquer ou à construire

604. – Qualification juridique du contrat d'« *istisna* ». Au regard des conditions d'exécution du contrat d'*istisna*, c'est un contrat d'entreprise au sens de l'article 1787 du Code civil qui dispose que « *lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son*

travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière ». La Cour de cassation donne une définition proche : « le contrat d'entreprise est une convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécuter, en toute indépendance, un ouvrage »¹⁶⁰⁵. Si l'ouvrage consiste en une chose matérielle¹⁶⁰⁶, on est proche de la vente¹⁶⁰⁷, et s'il consiste en une chose immatérielle, on est proche du mandat¹⁶⁰⁸.

Le contrat d'*istisna* est en fait un contrat d'entreprise qui peut porter sur des biens mobiliers ou immobiliers¹⁶⁰⁹. L'Administration fiscale le définit comme étant « un contrat de construction aux termes duquel un client demande à un tiers chargé de la construction, appelé « le fabricant », de lui construire un ouvrage mobilier ou immobilier moyennant un prix payable d'avance, de manière fractionnée, à terme ou encore à tempérament. Le contrat prévoit que la propriété du bien construit est transférée au client à l'achèvement »¹⁶¹⁰. Ainsi, le financement de la construction d'un ouvrage mobilier ou immobilier de type *istisna* est admise par le Trésor bien que la propriété ne soit transférable qu'à l'achèvement, ce qui limite certaines opérations de construction de bien immobilier prévue par la loi.

605. – Qualification en une vente à terme et en une vente en l'état futur d'achèvement ? Les Lois du 3 janvier 1967 et du 7 juillet 1967¹⁶¹¹ ont posé le régime la vente d'immeuble à construire, codifiées aux articles 1601-1 à 1601-4 du Code civil. Elle est « celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat. Elle peut être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement ». Il convient alors de distinguer ces deux types de vente.

¹⁶⁰⁴ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, préc., § 19.

¹⁶⁰⁵ Cass. 1^{ère} civ., 19 février 1968, Bull. civ. I, n° 69 ; D. 1968.393.

¹⁶⁰⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 700 « il y a toute une catégorie de contrats d'entreprise qui ont pour objet une chose matérielle (...) qui embrasse tous les contrats ayant pour objet la fabrication (par exemple, la construction), la transformation ou l'entretien d'une chose. (...) d'autre part, il existe de nombreux contrats d'entreprise ayant pour objet immatériel : par exemple, ceux que pratiquent les médecins, les avocats, les agences de voyages, les conseils (juridiques, fiscaux, en organisation), les organisateurs de spectacles, les professeurs, etc. ».

¹⁶⁰⁷ La principale obligation du contrat d'entreprise est la fourniture d'un travail, ce qui le distingue, selon la doctrine, de la vente (voir par ex. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 700 et 708).

¹⁶⁰⁸ La Cour de cassation (Cass. 1^{ère} civ., 19 février 1968, préc.) a précisé que le contrat d'entreprise, « relatif à de simples actes matériels, ne confère à l'entrepreneur aucun pouvoir de représentation ». Si l'entrepreneur représente le maître de l'ouvrage, le contrat devrait être qualifié de mandat

¹⁶⁰⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 770 : Il peut donc s'agir de biens mobiliers « destinés à être façonnés, réparés ou nettoyés ».

¹⁶¹⁰ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, relatives aux opérations d'*istisna*, §4.

¹⁶¹¹ Lois n° 67-3 et n° 67-547.

D'une part, en vertu de l'article 1601-2, « *la vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente* ». L'instruction fiscale fait certainement référence à cette forme de vente en retenant que la propriété est transférée à l'achèvement.

D'autre part, l'article 1601-3 dispose que « *la vente en l'état futur d'achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux. Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux* »¹⁶¹². Lorsque le contrat est conclu à terme, l'acheteur ne devient le propriétaire qu'à échéance, alors que dans le cas de la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA), il devient le propriétaire au fur et à mesure de la construction.

La loi française et le droit musulman qualifie en vente pareillement les contrats ayant pour objet la construction d'un bien immobilier. Le contrat d'*istisna* peut alors être qualifié tantôt en une vente à terme, tantôt en une VEFA où le vendeur et l'acheteur disposent d'un choix sur les modalités de transfert de propriété du bien. La position de l'Administration fiscale est donc restrictive à moins d'avoir tenté de traduire la définition du contrat d'*istisna* qui ne commande rien de tel en droit musulman parce que la vente *istisna* ne limite pas les modalités de transfert de propriété : il peut être soit immédiat, soit progressif, tout en évitant l'insertion d'une clause de réserve de propriété¹⁶¹³.

Toutefois, qu'il s'agisse de la première ou de la deuxième forme de vente, le banquier jouera le rôle du maître de l'ouvrage pendant la phase de construction dont les obligations varieront selon la forme de la vente choisie, alors que c'est le client qui doit être ainsi qualifié dans un logique de droit commun. Ici, c'est le critère de l'avance de fonds qui conduit à qualifier le crédit *istisna* en une mise à disposition onéreuse de fonds au sens de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier.

¹⁶¹² L'article 1601-4 envisage le cas de la cession du contrat de vente : « *La cession par l'acquéreur des droits qu'il tient d'une vente d'immeuble à construire substitue de plein droit le cessionnaire dans les obligations de l'acquéreur envers le vendeur.*

« *Si la vente a été assortie d'un mandat, celui-ci se poursuit entre le vendeur et le cessionnaire.*

« *Ces dispositions s'appliquent à toute mutation entre vifs, volontaire ou forcée, ou à cause de mort* ».

La cession de ce genre de contrat est envisageable en droit musulman, mais ce ne peut être le cas de la vente à terme.

606. – Qualification en une mise à disposition indirecte de fonds. Le crédit *istisna* est aussi une mise à disposition indirecte de fonds. Une telle qualification s'explique pour deux raisons : la première tient au fait que le banquier ne verse aucune somme au client, et la deuxième est que les fonds sont versés au maître d'œuvre. D'ailleurs, l'instruction fiscale souligne ce mécanisme en définissant le crédit *istisna* comme « *un contrat de financement par lequel un Financier, finance pour son compte propre ou pour le compte de son Client, la construction d'un ouvrage mobilier ou immobilier auprès d'un tiers qui le construit (« le Fabricant »). Le Financier paie le Fabricant au comptant ou avec un échéancier durant la phase de construction* »¹⁶¹⁴. Le bailleur de fonds s'interpose donc entre le client et le fabricant.

En pratique, l'opération de financement s'adosse à deux contrats : un contrat d'*istisna* et un contrat d'*istisna* parallèle en permettant l'interposition du financier¹⁶¹⁵. Celui qui est conclu entre le financier et le fabricant prévoit le transfert de propriété du bien au financier (à l'achèvement dans les instructions fiscales) ; et celui conclu entre le financier et le client (distinct du fabricant) qui stipule le paiement du prix par le client de manière différée en contrepartie du transfert de la propriété du bien au client (à l'achèvement dans les instructions fiscales).

Ces deux contrats d'*istisna* doivent avoir les mêmes caractéristiques quant à la fabrication ou à la construction de l'ouvrage, tout en devant restés indépendants l'un de l'autre au risque d'entrer dans le champ d'application de la prohibition des transactions à double objet éludant le *ribâ*. Le contrat entre le banquier et le client est conclu après le contrat conclu entre le banquier et le fabricant.

Le banquier peut aussi être mandaté pour représenter le client avec qui il conclut le contrat d'*istisna* parallèle¹⁶¹⁶.

La doctrine nous informe des schémas particulièrement complexes de contrat d'entreprise : « *un contrat complexe peut combiner le mandat et le contrat d'entreprise. Cette combinaison est susceptible de donner naissance à un contrat spécial, d'une nature particulière : la qualification est*

¹⁶¹³ M. T. Usmani, op. cit., p. 123 – 124.

¹⁶¹⁴ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, relatives aux opérations d'*istisna*, préc., §4.

¹⁶¹⁵ Ibidem., § 5 : « *Dans le cadre d'une opération globale de financement de la construction d'un ouvrage, un contrat d'istisna peut prévoir l'interposition d'un Financier. Aux termes du contrat d'istisna entre le Financier et le Fabricant, le Financier commande au Fabricant un ouvrage mobilier ou immobilier, dont la propriété est transférée au Financier à l'achèvement.*

« *A côté du contrat d'istisna entre le Financier et le Fabricant, est par ailleurs mis en place un autre contrat d'istisna entre le Financier et le Client (celui-ci étant généralement distinct du Fabricant), dans lequel les modalités de paiement prennent généralement la forme d'un différé de paiement accordé par le Financier au Client* ».

¹⁶¹⁶ Voir supra, n° 577 – 585.

alors exclusive ; tel est le régime du contrat de promotion immobilière »¹⁶¹⁷. Ce montage fera donc appelle à un fabricant, un bailleur de fonds mandatant un promoteur immobilier, et un client.

En droit français, conviendra aussi la qualification de crédit immobilier défini par l'article L. 312-2, 1°, d) : « *les dépenses relatives à leur construction* ».

Comme le crédit *istisna*, il est aussi possible de distribuer en France des crédits *salam* qui permet de vendre une chose non disponible au moment de la conclusion du contrat. Toutefois, leur objet diffère sur les modalités de livraison des biens.

E) Le crédit « *salam* », un crédit adossé à un bien à livrer

607. – Distinction du contrat de « *salam* » et de l'opération de « *salam* ». Le contrat de *salam* est une vente où l'acheteur paie comptant un bien qui sera livré à terme alors que le crédit *salam* est une opération qui nécessite la combinaison de deux contrats *salam* : un premier contrat de *salam* ordinaire, et un autre conclu parallèlement¹⁶¹⁸.

608. – Qualification du contrat « *salam* ». La vente *salam* ne peut être qualifiée ni en une vente à terme car la prestation future ne peut pas être en numéraire, ni en un prêt d'argent parce qu'il n'y a pas de restitution d'une somme d'argent.

Bien qu'il ressemble à une vente à crédit, il inverse cependant l'ordre des prestations. L'acheteur qui paie comptant une chose livrable à une échéance déterminée pour le compte d'une autre personne est en fait un bailleur de fonds, en recourant par exemple à la pratique du délai de paiement de type islamique¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 708.

¹⁶¹⁸ Voir supra, n° 550 à 578.

¹⁶¹⁹ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit. 7^{ème} édition, n° 212 : « *on peut s'étonner de parler d'opération de crédit à propos des délais de paiement : y'a-t-il vraiment une mise à disposition de fonds rémunérée ? Cette qualification peut être retenue si l'on n'oublie pas que cette opération est liée à un acte commercial : la livraison de la marchandise réalisera à la fois l'exécution de la vente et la mise à disposition de fonds. Cette mise à disposition paraît incontestable même si elle ne se traduit par aucun transfert de fonds est liée à la valeur de la marchandise livrée. [...] Ces délais de paiement présentent certains avantages : ils constituent un élément de négociation commerciale et permettent d'éviter le crédit bancaire qui peut être plus onéreux. Ils ne sont toutefois pas sans inconvénient : ils sont en effet un facteur de fragilité des entreprises* »

609. – Le crédit « salam », une mise à disposition indirecte de fonds. En vue de gérer les risques liés aux contrats de *salam*, il faut distinguer l'opération se fondant uniquement sur le *salam* de celle qui se fonde sur la combinaison du *salam* et du parallèle *salam*¹⁶²⁰. C'est la seconde qui est préconisée par les banquiers islamiques, notamment s'il existe un risque lié à la variation du prix. La banque conclut alors un *salam* parallèle avec un autre client. Même en l'absence d'un tel risque, il pourra recourir à ce genre d'opération où un tiers (un autre client de la banque) pourra promettre unilatéralement de racheter le bien à une date et à un prix déterminés.

Le *salam* peut servir de support à des acquisitions de biens d'équipement qui doivent obéir à des spécifications précises. Le client demande à ce que la banque achète le bien au comptant qui lui livrera à terme. La banque conclut un premier contrat de *salam* avec le fournisseur, et un second avec le client. En revanche, l'intérêt de cette opération est d'acheter immédiatement un bien dont le prix peut varier rapidement. Plus précisément, le client promet de conclure le second *salam*, du fait d'insuffisance de liquidité pendant un certains laps de temps, à moins de conclure un contrat de *mourabaha* permettant de rembourser de manière différée les fonds avancés¹⁶²¹.

610. – Distinction d'avec le mécanisme de la dation. Est-il possible de qualifier ce mécanisme en une dation en paiement ? En fait, cette dernière est une remise, à titre de paiement avec l'accord des parties, d'une chose différente de celle qui faisait l'objet de l'obligation¹⁶²². Puisque l'opération de crédit *salam* porte sur une même chose, ce ne peut être une dation.

611. – Le crédit « salam » et la novation¹⁶²³. Est-ce qu'il en va de même pour la qualification de novation ? Celle-là consiste à éteindre et à remplacer une obligation par une nouvelle. S'il est possible en droit français de remplacer une prestation en nature par une prestation en numéraire, la novation suppose un changement suffisant par rapport à l'obligation ancienne, ce changement ne doit être ni trop important (vente transformée en donation), ni trop insignifiant (octroi de délai de

¹⁶²⁰ Mohamed Obaidullah, op. cit., p. 97-98 ; Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 84.

¹⁶²¹ Les opérations de *salam* sont particulièrement exposées aux risques de crédit et de marchés classiques (Islamic Financial Services Board, *Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institutions) offering only islamic financial services*, préc., § 106 à 122).

¹⁶²² Lexique des termes juridiques, Dalloz.

¹⁶²³ Quand bien même cette technique est considérée désuète par la doctrine en France, elle est très utilisée par les banques pour renégocier les dettes (S. Porchy-Simon, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1073).

paiement)¹⁶²⁴. La novation peut être une technique utilisée par les dispensateurs de crédit *salam* parce qu'ils seront dans une première phase propriétaire d'un bien à livrer à terme, bien cessible grâce au contrat *salam* parallèle qui doit absolument être indépendant par rapport au contrat de *salam* originel.

612. – Crédit « *salam* », un crédit acheteur. Le crédit *salam* peut être qualifié de crédit acheteur. « *Lorsque la convention de crédit entre la banque et l'acheteur est signée, (du fait qu') elle est notifiée à l'exportateur avec indication des documents qu'il devra présenter à la banque pour justifier son droit à paiement. Les paiements dus par l'acheteur étranger seront effectués par la banque sur présentation des documents ; ces paiements seront imputés sur le montant du crédit* »¹⁶²⁵. Ce mécanisme « *dissocie le contrat commercial de son financement en accordant le financement non plus à l'exportateur mais bien davantage à l'acheteur étranger. On a donc ici deux contrats indépendants* »¹⁶²⁶. Il existe des similitudes avec le crédit *salam* parce que « *le contrat commercial stipule au bénéfice de l'exportateur que les paiements seront au comptant et auront un caractère irrévocable et définitif* »¹⁶²⁷. Toutefois, il faudra s'assurer que le montage assorti d'un *salam* parallèle ne présentent ni des caractéristiques, ni des critères de dépendance entre les contrats sous-jacents.

Si la qualification des crédits islamiques adossés à un bien étant un préalable à la fixation d'un régime juridique, les règles françaises relatives à la formation du contrat de crédit s'appliquent-elles pleinement à une convention de crédit adossé à une vente.

¹⁶²⁴ L'article 1271-1-1 du Code civil qui dispose que « *lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte* ». Selon les articles 1271-3°, la novation peut aussi s'effectuer par changement de débiteur et de créancier.

¹⁶²⁵ Lamy *Droit du financement*, n° 4886 : « *en fait, ce système est assez proche du crédit documentaire : la banque demande en effet à l'acheteur étranger de lui donner un mandat irrévocable de payer directement l'exportateur en utilisant des fonds prêtés* ».

¹⁶²⁶ Ibidem, n° 4885.

¹⁶²⁷ Ibidem, n° 4886.

§2) La formation des contrats de crédit adossé à une vente

613. – Date de formation du contrat. Le contrat de crédit n'étant plus un contrat réel consenti par un professionnel de crédit¹⁶²⁸, la remise des fonds ne participe pas de la formation du contrat, mais de son exécution¹⁶²⁹. Cette règle est cependant maintenue lorsqu'il s'agit d'un contrat de prêt régi par le Code civil : « *ce contrat met donc à la charge du prêteur une obligation de mise à disposition des fonds qui est immédiate, d'autant plus que la remise de la somme prêtée participe de la formation du contrat de prêt, ce dernier étant traditionnellement un contrat réel* »¹⁶³⁰. Dès lors, il convient de distinguer les contrats de prêt des contrats de crédit lorsque ces derniers sont régis par le Code de la consommation : « *alors qu'en pratique, c'est l'emprunteur qui prend l'initiative et sollicite un prêt, au moins dans l'étape consensuelle, (...) le Législateur a ajouté une étape supplémentaire au cours de laquelle se renversent les rôles : le prêteur est tenu de formuler par écrit une offre de contrat de crédit (art. L.311-8 et L. 312-7), dont l'acceptation (par l'emprunteur) forme le prêt* »¹⁶³¹. Le crédit adossé à une vente obéit-il à cette règle ?

En matière de vente, le contrat devient parfait lorsque les parties se sont accordées sur la chose et le prix conformément à l'article 1583 du Code civil « *quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ». En principe, la vente est un contrat consensuel, et « *elle se forme par le seul consentement des parties* »¹⁶³², peu important si le prix est payé de manière différée ou si la chose n'a pas encore été livrée¹⁶³³.

Par contre, si on retient la qualification de crédit pour le contrat de crédit islamique adossé à un bien, il devra obéir à la règle posée par la Cour de cassation jugeant que le contrat de crédit n'est pas un contrat réel. En conséquence, l'échange des consentements suffit pour former le contrat.

¹⁶²⁸ La Cour de cassation a jugé que le « *prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel* » (Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 105, JCP 2000, éd. E., p. 898, concl. Saint-Rose ; JCP 2000, éd. E., p. 1086, obs. Gavalda et Stoufflet, D. 2002, som. com., 640, obs. D. M. Martin ; Banque et droit, n° 110, nov.-déc., 2006, obs. Bonneau, p. 22).

¹⁶²⁹ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 521 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 521 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 1153 : « *De son propre mouvement, la jurisprudence a décidé d'écarter le caractère réel du prêt d'abord pour les crédits à la consommation, puis de façon plus générale pour tous prêts consentis par un établissement de crédit* ».

¹⁶³⁰ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 518.

¹⁶³¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 954.

¹⁶³² Ibidem, n° 67.

¹⁶³³ Idem : Toutefois, il existe des règles spécifiques. Par exemple, la vente d'immeuble nécessite un acte authentique.

Plus précisément, lorsque le crédit adossé est soumis au Code de la consommation, l'article L. 311-13 du Code de la consommation dispose que « *le contrat accepté par l'emprunteur ne devient parfait qu'à la double condition que ledit emprunteur n'ait pas usé de sa faculté de rétractation et que le prêteur ait fait connaître à l'emprunteur sa décision d'accorder le crédit, dans un délai de sept jours* »¹⁶³⁴. Il existe donc un préalable à la formation du contrat de crédit. Le banquier doit fournir une offre de crédit. Il en va de même en matière de crédit immobilier : l'article L. 312-7 du Code de la consommation dispose que « *le prêteur est tenu de formuler par écrit une offre adressée gratuitement par voie postale à l'emprunteur éventuel ainsi qu'aux cautions déclarées par l'emprunteur lorsqu'il s'agit de personnes physiques* ». Cette offre doit être imposée aux distributeurs de crédits adossés (A) pour connaître le contenu de la convention (B).

A) L'offre de crédit adossé à une vente

614. – Offre de crédit islamique. Le Code de la consommation ne s'applique pas aux crédits consentis à des professionnels, à moins qu'ils en décident autrement, ce qui conduit à ne pas respecter le formalisme de l'offre de crédit. Il en va différemment lorsqu'un consommateur sollicite un crédit¹⁶³⁵.

En pratique, cette offre est fournie pour que l'emprunteur ait le temps d'étudier l'étendue de ses engagements¹⁶³⁶. Lorsque le crédit adossé est soumis aux dispositions du Code de la consommation,

¹⁶³⁴ Suite du même article : « *L'agrément de la personne de l'emprunteur est réputé refusé si, à l'expiration de ce délai, la décision d'accorder le crédit n'a pas été portée à la connaissance de l'intéressé. L'agrément de la personne de l'emprunteur parvenu à sa connaissance après l'expiration de ce délai reste néanmoins valable si celui-ci entend toujours bénéficier du crédit. La mise à disposition des fonds au-delà du délai de sept jours mentionné à l'article L. 311-14 vaut agrément de l'emprunteur par le prêteur* ».

¹⁶³⁵ L'article L. 311-6 du Code de la consommation oblige le prêteur à fournir au client des informations précontractuelles par écrit ou sur tout autre support durable pour comparer les différentes offres de crédit. Il s'agit d'une fiche d'information qui doit reprendre la fin de l'article L. 311-5. Avant l'offre de crédit, le prêteur doit aussi évaluer la solvabilité de l'emprunteur en vertu de l'article L. 311-8. Voir notamment C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 741 – 742 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 426 - 428.

¹⁶³⁶ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. 2010, n° 743 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 429 : « *Avec l'instauration lors de la période précontractuelle d'une fiche d'information, l'offre préalable de crédit a perdu une partie de son but initial qui était de permettre au consommateur de s'informer et de comparer les crédits. Malgré tout, ce document continue de jouer un rôle important. Le particularisme de cette offre tient autant à son contenu qu'à ses sanctions. Son but consiste à informer de manière complète et précise le consommateur sur le contenu du contrat qu'il se propose de conclure* ».

l'offre de crédit islamique doit obéir aux articles L. 311-11 (crédit à la consommation) et L. 312-8 (crédit immobilier) du même Code.

L'offre est analysée par MM. Piedelièvre et Putman en une promesse de prêt à titre gratuit¹⁶³⁷. Cette promesse deviendra un contrat de crédit lorsque l'offre est acceptée par le client. Les clauses du contrat de crédit reprendront les indications fournies par l'offre car elle doit mentionner notamment l'identité des parties, la nature et l'objet du contrat, le montant et la durée du crédit ainsi que le taux d'intérêt. Ces informations sont données par « *écrit ou sur un autre support du durable, (...) nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement* »¹⁶³⁸. L'article L. 311-7 prévoit que « *l'emprunteur reçoit sans frais (...) un exemplaire de l'offre de contrat* ».

Les conditions d'une offre de crédit doivent être maintenues pendant quinze jours pour le crédit mobilier, et trente jours pour le crédit immobilier. Les dispensateurs de crédits adossés devront donc respecter ses délais. Quand ces délais sont passés, l'offre devient caduque¹⁶³⁹.

Ces délais sont complétés par les délais de réflexion qui sont imposés par les articles L. 311-12¹⁶⁴⁰ et L. 312-10¹⁶⁴¹ du Code de la consommation.

En matière de crédit immobilier, selon l'article L. 312-12, « *l'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé. Les parties peuvent convenir d'un délai plus long que celui défini à l'alinéa précédent* ». Cet article qui lie le contrat de vente et le contrat de crédit instaure un délai pendant lequel l'offre demeure valable bien que les parties stipulent un délai supérieur à quatre mois.

Toutes ces dispositions devront s'appliquer aux crédits islamiques ; alors même que des difficultés apparaissent pour les encadrer en droit français.

615. – Contenu de l'offre. L'offre permettra aux banquiers islamiques d'une part d'informer leurs clients sur la structuration de l'opération ; et d'autre part, sur les modalités de rémunération¹⁶⁴².

¹⁶³⁷ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 429.

¹⁶³⁸ Article L. 311-6 du Code de la consommation.

¹⁶³⁹ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 429 (pour le crédit à la consommation) et n° 458 (pour le crédit immobilier).

¹⁶⁴⁰ Le client peut se rétracter dans un délai de quatorze jours.

¹⁶⁴¹ « *L'offre est soumise à l'acceptation de l'emprunteur et des cautions, personnes physiques, déclarées. L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue. L'acceptation doit être donnée par lettre, le cachet de la poste faisant foi* ».

Certes, l'article L. 311-6 ne précise plus, depuis la loi du 1^{er} juillet 2010, le contenu de l'offre du crédit mobilier. En revanche, c'est un décret en Conseil d'État qui est venu le préciser¹⁶⁴³. L'article L. 312-8 indique les éléments devant figurer dans l'offre de crédit immobilier¹⁶⁴⁴.

¹⁶⁴² C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. 2010, n° 842 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, Economica, 2011, n° 459.

¹⁶⁴³ Article D. 311-2 issu du Décret n° 2011-136 du 1^{er} février 2011 : « I. - Pour l'application de l'article L. 311-6, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit communique à l'emprunteur des informations concernant : 1° L'identité et l'adresse du prêteur ainsi que, le cas échéant, l'identité et l'adresse de l'intermédiaire de crédit concerné ; 2° Le type de crédit ; 3° Le montant total du crédit et les conditions de mise à disposition des fonds ; 4° La durée du contrat de crédit ; 5° Le montant, le nombre et la périodicité des échéances que l'emprunteur doit verser et, le cas échéant, l'ordre dans lequel les échéances seront affectées aux différents soldes dus fixés à des taux débiteurs différents aux fins du remboursement ; 6° Le montant total dû par l'emprunteur ; 7° En cas de crédit servant à financer l'acquisition de bien ou service déterminé ce bien ou service et son prix au comptant ; 8° En cas de location avec option d'achat, la description du bien loué et le prix à acquitter en cas d'achat ; 9° Le cas échéant, les sûretés exigées ; 10° Sauf en cas de location avec option d'achat, le taux débiteur, les conditions applicables à ce taux et, le cas échéant, tout indice ou taux de référence qui se rapporte au taux initial débiteur, ainsi que les périodes, conditions et procédures d'adaptation du taux. Si différents taux débiteurs s'appliquent en fonction des circonstances, ces informations portent sur tous les taux applicables ; 11° Sauf en cas de location avec option d'achat, le taux annuel effectif global, à l'aide d'un exemple représentatif mentionnant toutes les hypothèses utilisées pour le calcul de ce taux ; 12° Le cas échéant, l'obligation, pour l'obtention même du crédit ou en application des clauses et conditions commerciales, de contracter un service accessoire lié au contrat de crédit, notamment une assurance ; 13° Tous les frais liés à l'exécution du contrat de crédit, et les conditions dans lesquelles ces frais peuvent être modifiés ; 14° Le cas échéant, l'existence de frais de notaire dus par l'emprunteur à la conclusion du contrat de crédit ; 15° Les indemnités en cas de retard de paiement et, le cas échéant, les frais d'inexécution que le prêteur peut demander à l'emprunteur en cas de défaillance, ainsi que les modalités d'adaptation et de calcul de ces indemnités et de ces frais ; 16° Un avertissement relatif aux conséquences d'une défaillance de l'emprunteur ; 17° L'existence du droit de rétractation ; 18° Le droit au remboursement anticipé et, le cas échéant, le droit du prêteur à une indemnité ainsi que le mode de calcul de cette indemnité en application de l'article L. 311-22 ; 19° Le droit de l'emprunteur à se voir remettre, sur demande et sans frais, un exemplaire de l'offre de contrat de crédit si, au moment de la demande, le prêteur est disposé à conclure le contrat de crédit ; 20° La mention que le prêteur doit, dans le cadre de la procédure d'octroi du crédit, consulter le fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers ; 21° Le délai pendant lequel le prêteur est engagé par les informations précontractuelles.

« II. - Pour l'application du 11° du I, le prêteur tient compte du ou des éléments du crédit que l'emprunteur lui a indiqué privilégier le cas échéant, tels que la durée du contrat de crédit et le montant total du crédit.

« Pour le calcul du taux effectif global, si le contrat prévoit la possibilité pour l'emprunteur de disposer des sommes disponibles en vertu du contrat de crédit selon des modalités différentes assorties de frais ou de taux débiteurs différents, le prêteur précise la modalité qu'il a prise comme référence conformément à l'hypothèse figurant au 4° de l'annexe à l'article R. 313-1 et indique que les autres modalités peuvent avoir pour conséquence l'application de taux annuels effectifs globaux plus élevés.

« III. - Dans le cas d'un contrat de crédit en vertu duquel les échéances n'entraînent pas immédiatement un amortissement correspondant du montant total du crédit, mais servent à reconstituer le capital aux périodes et dans les conditions prévues par le contrat de crédit ou par un contrat accessoire, l'information précontractuelle indique que cette modalité d'exécution ne garantit pas le remboursement du montant total du crédit consenti, sauf si une telle garantie est donnée.

« IV. - L'ensemble des informations prévues au présent article est présenté conformément à la fiche d'information mentionnée à l'article L. 311-6 annexée au présent code.

« V. - Toute information complémentaire apportée à l'emprunteur par le prêteur ou l'intermédiaire de crédit, notamment en cas d'application des règles relatives au démarchage, figure sur un document distinct, qui peut être annexé à la fiche mentionnée au IV ».

¹⁶⁴⁴ « L'offre définie à l'article précédent :

« 1° Mentionne l'identité des parties, et éventuellement des cautions déclarées ;

Toujours, en vertu de l'article L. 312-8, toute modification des conditions d'obtention du prêt (montant, taux, etc.) donne lieu à l'émission d'une nouvelle offre¹⁶⁴⁵.

Doivent être également mentionnés, selon l'article L. 311-10, le coût total, s'il y a lieu, le taux effectif global et les perceptions forfaitaires demandées en sus des intérêts en ventilant celles correspondant aux frais de dossier et aux frais par échéances. Dans les deux types de crédit, le taux d'intérêt doit être communiqué. Néanmoins, il s'agira du taux de profit et du TEG pour les crédits islamiques¹⁶⁴⁶.

616. – Faculté de rétractation du client. Contrairement au droit commun des obligations, le client peut se rétracter une fois le contrat de crédit conclu¹⁶⁴⁷. L'article L. 311-12 du Code de la consommation¹⁶⁴⁸, ainsi que l'article L. 311-41 en cas de vente ou de démarchage à domicile¹⁶⁴⁹,

« 2° Précise la nature, l'objet, les modalités du prêt, notamment celles qui sont relatives aux dates et conditions de mise à disposition des fonds ;

« 2° bis Pour les offres de prêts dont le taux d'intérêt est fixe, comprend un échéancier des amortissements détaillant pour chaque échéance la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts ;

« 2° ter Pour les offres de prêts dont le taux d'intérêt est variable, est accompagnée d'une notice présentant les conditions et modalités de variation du taux d'intérêt et d'un document d'information contenant une simulation de l'impact d'une variation de ce taux sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit. Cette simulation ne constitue pas un engagement du prêteur à l'égard de l'emprunteur quant à l'évolution effective des taux d'intérêt pendant le prêt et à son impact sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit. Le document d'information mentionne le caractère indicatif de la simulation et l'absence de responsabilité du prêteur quant à l'évolution effective des taux d'intérêt pendant le prêt et à son impact sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit ;

« 3° Indique, outre le montant du crédit susceptible d'être consenti, et, le cas échéant, celui de ses fractions périodiquement disponibles, son coût total, son taux défini conformément à l'article L. 313-1 ainsi que, s'il y a lieu, les modalités de l'indexation ;

« 4° Enonce, en donnant une évaluation de leur coût, les stipulations, les assurances et les sûretés réelles ou personnelles exigées, qui conditionnent la conclusion du prêt ;

« 4° bis Mentionne que l'emprunteur peut souscrire auprès de l'assureur de son choix une assurance dans les conditions fixées à l'article L. 312-9 ;

« 5° Fait état des conditions requises pour un transfert éventuel du prêt à une tierce personne ;

« 6° Rappelle les dispositions de l'article L. 312-10.

« Toute modification des conditions d'obtention d'un prêt dont le taux d'intérêt est fixe, notamment le montant ou le taux du crédit, donne lieu à la remise à l'emprunteur d'une nouvelle offre préalable ».

¹⁶⁴⁵ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 842 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 458.

¹⁶⁴⁶ Voir supra, n° 447 – 487. S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., p. 471, note 1 : « Au visa articles 1907 du Code civil et L. 313-1 du Code de la consommation », la Cour de cassation a jugé qu'« à la date de l'acte (notarié), les frais de notaire et d'inscription hypothécaire étaient déterminables », ce qui a pour conséquence de les inclure dans l'assiette du TAEG.

¹⁶⁴⁷ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 707.

¹⁶⁴⁸ « L'emprunteur peut se rétracter sans motifs dans un délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit comprenant les informations prévues à l'article L. 311-18. Afin de permettre l'exercice de ce droit de rétractation, un formulaire détachable est joint à son exemplaire du contrat de crédit. « L'exercice par l'emprunteur de son droit de rétractation ne peut donner lieu à enregistrement sur un fichier ».

fixent à quatorze jours le délai de rétractation, délai qui court du jour de l'acceptation de l'offre de crédit¹⁶⁵⁰. Cette disposition enjoint aussi le banquier à fournir un formulaire détachable pour exercer ce droit.

L'article L. 311-38 régit les effets de la rétraction du consommateur¹⁶⁵¹. En cas d'exercice de ce droit, le contrat de crédit est de plein droit résilié sans frais ni indemnités, à l'exception des frais engagés pour l'ouverture de dossier de crédit. Rien ne s'oppose en droit musulman pour que cette disposition encadre le crédit islamique.

En outre, l'article L. 311-35 du Code de la consommation dispose que « *tant que le prêteur ne l'a pas avisé de l'octroi du crédit, et tant que l'emprunteur peut exercer sa faculté de rétractation, le vendeur n'est pas tenu d'accomplir son obligation de livraison ou de fourniture. Toutefois, lorsque par une demande expresse rédigée, datée et signée de sa main même, l'acheteur sollicite la livraison ou la fourniture immédiate du bien ou de la prestation de services, le délai de rétractation ouvert à l'emprunteur par l'article L. 311-12 expire à la date de la livraison ou de la fourniture, sans pouvoir ni excéder quatorze jours ni être inférieur à trois jours. Toute livraison ou fourniture anticipée est à la charge du vendeur qui en supporte tous les frais et risques* ». L'application de cet article est plus pertinente dans la mesure où il fait explicitement référence au financement d'un bien, où la livraison empêche le client de se rétracter.

En matière immobilière, le client dispose de trente jours de réflexion en vertu de l'article L. 312-10 du Code de la consommation. Les crédits islamiques adossés doivent tenir compte du régime juridique de la faculté de rétraction ainsi que des sanctions qui entourent le formalisme de l'offre de crédit.

617. – Sanctions. Le non respect de la remise de l'offre préalable est sanctionné, en matière de crédit à la consommation, par l'article L. 311-48 du Code de la consommation, et en matière de

¹⁶⁴⁹ L'article L. 311-41 du Code de la consommation dispose qu'« *en cas de vente ou de démarchage à domicile, le délai de rétractation est de quatorze jours calendaires quelle que soit la date de livraison ou de fourniture du bien ou de la prestation de services. Aucun paiement comptant ne peut intervenir avant l'expiration de ce délai* »

¹⁶⁵⁰ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., 2010, n° 743.

¹⁶⁵¹ L'article L. 311-38 du Code de la consommation dispose que « *lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation du contrat de vente ou de fourniture de prestation de services mentionné au 9° de l'article L. 311-1, le contrat de crédit destiné à en assurer le financement est résilié de plein droit sans frais ni indemnité, à l'exception éventuellement des frais engagés pour l'ouverture du dossier de crédit* ».

crédit immobilier, par l'article L. 312-33 du même Code. Outre l'amende de 3750 euros, le prêteur pourra être déchu de son droit aux intérêts¹⁶⁵².

Cette déchéance qui devra être étendue aux dispensateurs de crédit islamique doit concerner le « profit ».

618. – Protection accrue du client. En matière de crédit mobilier destiné à un consommateur, deux dispositions accentuent les obligations du banquier. D'une part, l'article L. 311-8 dispose que le banquier « attire l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles du ou des crédits proposés et sur les conséquences que ces crédits peuvent avoir sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de paiement ». Cette disposition impose aussi que les employés de la banque soient « formés à la distribution de crédit à la consommation et à la prévention du surendettement. L'employeur de ces personnes tient à disposition, à des fins de contrôle, l'attestation de formation mentionnée à l'article L. 6353-1 du Code de travail ». Ici, il est clair que cette disposition doit s'appliquer aux crédits islamiques en raison tant de leurs spécificités quant à la nature du crédit, que des charges financières qui pèsent sur l'emprunteur¹⁶⁵³. Par ailleurs, il faudrait que le distributeur de crédit islamique dispose des compétences spécifiques qui peuvent être acquises grâce à des formations proposées par les Universités, les Écoles de commerce ou les organismes professionnels¹⁶⁵⁴.

Toutefois, le point le plus important dans une opération de crédit est de connaître la situation financière de l'emprunteur. L'article L. 311-9 impose au banquier de vérifier la solvabilité du client à partir d'un certain nombre d'informations qui lui sont demandées. En fonction de la nature du crédit, « le consommateur doit disposer de la possibilité de conclure un contrat de crédit amortissable à la place d'un contrat de crédit renouvelable », en vertu de l'article L. 311-8-1 du même Code. Cette disposition devrait également s'appliquer aux crédits adossés, notamment pour les crédits de *mourabaha revolving*.

¹⁶⁵² C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. 2010, n° 755 : « Les sanctions pénales prévues aux anciens articles L. 311-34 et L. 311-35 sont reprises aux nouveaux articles L. 311-49 et L. 311-50 avec adaptations aux nouvelles obligations du prêteur » ; voir aussi S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 433 et n° 461.

¹⁶⁵³ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 494 à 499.

¹⁶⁵⁴ Signalons l'existence de deux Diplômes d'université en Finance Islamique. L'une à l'Université Paris-Dauphine (<http://www.financeislamique.dauphine.fr>), et l'autre à l'École de Management de Strasbourg, Université de Strasbourg (<http://www.em-strasbourg.eu/formations/du-finance-islamique>).

Par ailleurs, l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier protège le client professionnel en cas de rupture ou réduction de concours financiers¹⁶⁵⁵ parce que le non-respect de ces dispositions peut entraîner la responsabilité pécuniaire de l'établissement de crédit¹⁶⁵⁶.

Lorsque l'offre de crédit est acceptée, le contrat de crédit est formé, mais dont le contenu mérite une attention particulière au regard des modalités de rémunération du dispensateur de crédit islamique.

B) Le contenu de la convention de crédit adossé à une vente

619. – Forme de la convention de crédit. Du fait du caractère consensuel des contrats de crédit, il ne doit exister en principe aucune exigence de forme. Ils peuvent être prouvés par tous moyens, même si la remise des fonds ne suffit plus à prouver l'existence d'un contrat de crédit¹⁶⁵⁷.

Le droit musulman exige un écrit conformément au verset 282 de la deuxième sourate du Coran, et le droit français l'exige aussi en matière de crédit destiné aux consommateurs¹⁶⁵⁸.

En matière de crédit à la consommation, l'article R. 311-5 du Code de la consommation énumère les mentions devant figurer dans le contrat de crédit. Outre un soin particulier porté à une meilleure information précontractuelle des clients, la loi exige que les caractéristiques essentielles du crédit soient présentées dans un encadré au début du contrat¹⁶⁵⁹. Si l'offre de crédit acceptée forme le contrat de crédit, il est important, outre l'identité des parties et la nature du crédit, d'indiquer le montant du crédit et le taux d'intérêt applicable¹⁶⁶⁰. Il en va de même pour le crédit immobilier¹⁶⁶¹.

¹⁶⁵⁵ « Tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. Ce délai ne peut, sous peine de nullité de la rupture du concours, être inférieur à soixante jours. Dans le respect des dispositions légales applicables, l'établissement de crédit fournit, sur demande de l'entreprise concernée, les raisons de cette réduction ou interruption, qui ne peuvent être demandées par un tiers, ni lui être communiquées. L'établissement de crédit ne peut être tenu pour responsable des préjudices financiers éventuellement subis par d'autres créanciers du fait du maintien de son engagement durant ce délai.

« L'établissement de crédit n'est pas tenu de respecter un délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise ».

¹⁶⁵⁶ Voir supra, n° 430 et suivants.

¹⁶⁵⁷ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 527.

¹⁶⁵⁸ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. 2010, n° 744 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, Economica, 2011, n° 434 – 436.

¹⁶⁵⁹ Article L. 311-18 : « Le contrat de crédit est établi par écrit ou sur un autre support durable. Il constitue un document distinct de tout support ou document publicitaire, ainsi que de la fiche mentionnée à l'article L. 311-6. Un encadré, inséré au début du contrat, informe l'emprunteur des caractéristiques essentielles du crédit ».

¹⁶⁶⁰ En vertu de l'article L. 313-1 du Code de la consommation, le TEG doit figurer dans le contrat, que le taux d'intérêt soit fixe ou variable : C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. 2010, n° 744 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit*

Les crédits destinés aux professionnels sont moins formalistes, mais nécessitent un contenu clair et précis¹⁶⁶².

620. – La destination des fonds avancés. Le crédit adossé met des fonds à la disposition d'une autre personne que le client de la banque. D'ailleurs, c'est le premier contrat de vente qui réalise le premier transfert de fonds. En droit français, « *le montant des fonds prêtés peut faire l'objet d'une inscription au compte de l'emprunteur (...), il peut être également versé directement au bénéficiaire du paiement que doit effectuer l'emprunteur* »¹⁶⁶³. Cette affirmation de M. Bonneau montre que le crédit sert en réalité des objectifs plus éloignés que le prêt *stricto sensu* dans la mesure où l'obligation de remise des fonds à l'emprunteur pour exécuter le contrat de crédit ne s'applique pas pour toutes les formes de crédit. Dans les crédits adossés, l'obligation d'acheter le bien avant de le vendre à crédit au client semble ne pas poser de difficultés au stade de la remise des fonds. En revanche, l'auteur souligne que « *si l'emprunteur peut avoir la libre destination des fonds prêtés, le contrat conclu entre le banquier et le client peut prévoir une destination particulière des fonds qui devra être respectée par le client ainsi que par le banquier. Le non-respect de cette destination entraînera la résolution du contrat de prêt et donc de la restitution desdits fonds* »¹⁶⁶⁴. Il a également relevé que, selon la Cour de cassation, « *la banque n'est pas tenue de veiller à l'affectation des fonds sauf disposition légale ou stipulation contractuelle contraire* »¹⁶⁶⁵. Ainsi, en l'absence de texte précis encadrant le crédit adossé à une vente, les règles relatives à la destination s'y appliquent¹⁶⁶⁶ de sorte que le premier contrat de vente réalise la mise à disposition, et le second la mise à disposition d'un bien.

bancaire, Economica, 2011, n° 432. Toute modification du taux ainsi que des échéances doit être communiquée par écrit ou sur tout support durable (art. L. 311-21 du même Code).

¹⁶⁶¹ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 456 : « *le contrat de prêt immobilier est un contrat de prêt de somme d'argent qui relève pour partie des règles prévues par les articles 1905 et suivants du Code civil. (...) Mais là encore l'originalité du droit de la consommation tient à l'existence d'un corps de règles dérogatoires au droit commun qui a pour but d'amener le consommateur à réfléchir ; à donner un consentement véritablement éclairé et à ne pas être piégé par le contrat* ».

¹⁶⁶² C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., 2010, n° 839.

¹⁶⁶³ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 521.

¹⁶⁶⁴ Ibidem, op. cit., n° 522.

¹⁶⁶⁵ Idem : Cass. com. 23 janvier, 2007, Bull. civ., IV, n° 7, p. 7; Banque et droit, n° 113, mai-juin, 2007, p. 38, obs. Bonneau.

¹⁶⁶⁶ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 554.

621. – Obligations de transparence. L'article 1602 du Code civil dispose que « *le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur* »¹⁶⁶⁷. Le droit français exige la même chose que le droit musulman qui met l'accent sur le *gharar*. Cet article oblige le vendeur, et donc le banquier dans une opération de crédit adossé, d'expliquer la nature de ses engagements. Il doit clairement indiquer qu'il va acheter le bien puis le revendre à son client. Cette obligation renvoie à l'obligation d'information du banquier¹⁶⁶⁸, notamment en ce qui concerne la provenance du bien, son prix de vente, la marge bénéficiaire. Ce dernier élément doit par la suite se trouver dans le TEG figurant dans le second contrat de vente¹⁶⁶⁹. Dans les contrats de vente, les modalités de fixation du prix ne doivent jamais en droit musulman conduire à la genèse du *ribâ*, ce qui semble ne pas être le cas en droit français dans certaines hypothèses puisque l'article 1652 dispose que « *l'acheteur doit l'intérêt du prix de la vente jusqu'au paiement du capital, dans les trois cas suivants : s'il a été ainsi convenu lors de la vente ; si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus ; si l'acheteur a été sommé de payer. Dans ce dernier cas, l'intérêt ne court que depuis la sommation* »¹⁶⁷⁰. Si la faculté de percevoir des intérêts est prévue en droit français, le droit musulman l'exclut.

622. – Détermination du prix de vente. Dans les opérations de crédit adossé, le prix de la vente doit être fixé de manière précise. Il doit être connu (*malum*) par les parties de manière certaine (*mouta'ayyam*). En droit français, l'article 1591 du Code civil maintient cette exigence en disposant que « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* ». Cette détermination du prix doit avoir lieu « *au moment de la formation du contrat, « indiqué » dans l'acte, sinon la vente est nulle, voire inexistante* »¹⁶⁷¹. Selon la Cour de cassation, « *l'article 1591 du Code civil n'impose pas que l'acte porte en lui-même une indication de prix, mais seulement que ce prix soit*

¹⁶⁶⁷ Quant à l'acheteur, l'article 1650 du Code civil dispose que « *la principale obligation de l'acheteur est de payer le prix au jour et au lieu réglés par la vente* ».

¹⁶⁶⁸ Voir supra, n°432 – 434.

¹⁶⁶⁹ Voir supra, n° 447 – 487.

¹⁶⁷⁰ Dans la même logique, l'article L. 131-11 du Code de la consommation indique que « *si la chose qu'on s'est obligé est mobilière, toute somme versée d'avance sur le prix, quels que soient la nature du versement et le nom qui est donné dans l'acte, est productive, au taux légal en matière civile, d'intérêt qui courront à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du versement jusqu'à réalisation ou restitution des sommes versées d'avance, sans préjudice de l'obligation de livrer qui reste entière* ». Ce texte encadre la pratique des arrhes qui est différemment appréciée en droit musulman (voir supra).

¹⁶⁷¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 203.

déterminable »¹⁶⁷². Cette règle a également conduit le vendeur à lier le prix à la rentabilité de la chose¹⁶⁷³, ce qui peut être un argument de plus pour structurer des montages financiers islamiques dépendant de la performance des biens sous-jacent. Toutefois, le crédit adossé sera moins sujet à ce genre de stipulation dans les opérations de crédit *mourabaha*.

Un éclairage est apporté par l'article 1593 du même Code qui dispose que « *les frais d'acte et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur* ». Bien que cet article ait un caractère supplétif selon l'arrêt du 23 décembre 1931 de la chambre civile de la Cour de cassation¹⁶⁷⁴, le dispensateur de crédit islamique pourra répercuter ces frais sur le coût du crédit¹⁶⁷⁵.

Ainsi, les éléments de rémunération du banquier doivent figurer dans le contrat de crédit, ou bien dans des documents contractuels tels que l'Administration fiscale l'a prévue.

624. – Mention obligatoire. Pour fixer les droits et les obligations des parties à une opération de crédit adossé à une vente, les documents contractuels doivent faire ressortir clairement, selon l'Administration fiscale, que le « financier » acquiert l'actif pour le revendre, « *un instant de raison ou dans un délai qui ne peut excéder six mois* »¹⁶⁷⁶, à son client. Ainsi, le banquier acheteur puis revendeur de bien doit informer le coût du crédit au client-acheteur.

Ces mêmes documents doivent donc stipuler le prix total d'acquisition de l'actif par le client. Ils « *doivent également, comptablement et fiscalement, permettre de faire ressortir distinctement dans la facturation :*

- *premièrement, le prix d'acquisition par le financier ;*
- *deuxièmement, la commission du financier ;*

¹⁶⁷² Cass. 3^{ème} civ, 26 septembre 2007, Bull. civ. III, n° 159, in Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 203.

¹⁶⁷³ Cass. 1^{ère} civ, 28 juin 1988, Bull. civ. I, n° 212, in Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 210.

¹⁶⁷⁴ Gaz. Pal. 1932. 1. 433.

¹⁶⁷⁵ Article L. 311-1, 5° du Code de la consommation : « *Coût total du crédit dû par l'emprunteur, tous les coûts, y compris les intérêts, les commissions, les taxes et autres frais que l'emprunteur est tenu de payer pour la conclusion et l'exécution du contrat de crédit et qui sont connus du prêteur, à l'exception des frais d'acte notarié. Ce coût comprend également les coûts relatifs aux services accessoires au contrat de crédit s'ils sont exigés par le prêteur pour l'obtention du crédit, notamment les primes d'assurance. Ce coût ne comprend pas les frais dont l'emprunteur est redevable en cas d'inexécution de l'une de ses obligations prévue au contrat de crédit* ».

¹⁶⁷⁶ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, 4/FE/S1/10 relative aux opérations de *mourabaha*, préc., § 11.

- *et troisièmement, le revenu du financier constituant la seule contrepartie du différé de paiement accordé au client qui sera étalée dans le temps* »¹⁶⁷⁷. Ces précisions sont aussi exigées pour le crédit *tawarruq*.

S'agissant du crédit *istisna*, « *les documents contractuels doivent clairement faire ressortir que l'actif à construire doit être livré au client, dans un délai qui ne peut excéder six mois après son achèvement ; ces mêmes documents doivent stipuler le Prix total d'acquisition de l'actif par le Client* »¹⁶⁷⁸. L'instruction fiscale insiste sur la détermination du montant des fonds avancés parce que les documents contractuels doivent distinguer le revenu et la commission. Qu'en est-il du profit ?

625. – Revenus du banquier : profit et commission. Ici, il convient de reprendre les distinctions faites par l'Administration fiscale. Elle distingue dans le revenu du banquier, d'une part, la commission d'intermédiation, et d'autre part, le profit correspondant à la marge bénéficiaire.

L'instruction indique que le « revenu » doit être connu et accepté par les deux parties au contrat au moyen d'un échéancier annexé au contrat. Il est « *égal à la différence entre le montant des flux financiers prévus au contrat relatifs au paiement de l'actif, à l'exception de ceux afférents à la commission éventuelle du financier, et le prix d'acquisition de cet actif par le financier* »¹⁶⁷⁹. Ce « revenu » est en fait la « *marge bénéficiaire* » ou le « profit » tiré par le banquier parce qu'il est « *la contrepartie du différé de paiement accordé à l'acquéreur par le vendeur, l'acquéreur s'obligeant à payer au vendeur le revenu du financier jusqu'à la date de paiement effectif de l'intégralité du prix* »¹⁶⁸⁰. Ce revenu est expliqué de la même manière pour les crédits *tawarruq* et *istisna*¹⁶⁸¹.

Dans le crédit *salam*, le revenu provient de la différence du prix d'acquisition du bien par le banquier et le prix de vente au client.

Quant à la commission, elle « *correspond à ce que le financier perçoit au titre de sa seule intermédiation, à l'exclusion de toute autre prestation ou profit (notamment la plus-value réalisée sur la cession de l'actif). Elle doit être conforme aux pratiques usuelles en la matière* »¹⁶⁸². En principe, la commission est calculée sur le montant des fonds avancés, sans tenir compte de la durée du différé. En pratique, la durée du différé est prise en compte, ce qui risque d'être assimilée au *ribâ*.

¹⁶⁷⁷ Idem.

¹⁶⁷⁸ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, 4 FE/S4/10 relative aux opérations d'*istisna*, préc., § 7.

¹⁶⁷⁹ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, 4/FE/S1/10 relative aux opérations de *mourabaha*, préc., § 9.

¹⁶⁸⁰ Idem.

¹⁶⁸¹ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, 4 FE/S4/10 relative aux opérations d'*istisna*, préc., § 7.

¹⁶⁸² Instruction fiscale, 23 juillet 2010, 4/FE/S1/10 relative aux opérations de *mourabaha*, préc., § 10.

Cela pose le problème de savoir de quelle manière déterminer la commission d'intermédiation. Il est plus que probable qu'elle doit être calculée de manière forfaitaire en référence à la pratique de la place.

En outre, quand bien même l'intérêt et la commission n'auraient pas le même fait générateur¹⁶⁸³, les juges français ont été confrontés à la pratique des intérêts déguisés en commission. Si l'immobilisation des fonds est virtuelle, la commission est qualifiée d'intérêt déguisé¹⁶⁸⁴. Une commission ayant les caractéristiques d'un intérêt entre donc dans le champ de l'interdiction islamique de l'intérêt.

Généralement, un banquier ne se contente pas de stipuler uniquement une commission d'intermédiation. Il en existe d'autres qui sont fonction de la nature du crédit comme des commissions de confirmation, des commissions d'engagement, des commissions d'ouverture de crédit, etc. Il convient toujours de connaître la cause de ces commissions pour savoir si elles ont ou non une nature « *ribawi* ». En revanche, la commission d'intervention doit intégrer l'assiette du TEG¹⁶⁸⁵.

Lorsque la convention de crédit adossé est formée, elle produit des effets qui sont spécifiques par rapport aux contrats de crédit conventionnel.

¹⁶⁸³ Voir supra, n° 337 – 355.

¹⁶⁸⁴ Voir supra, n° 478 – 485.

¹⁶⁸⁵ Voir supra, n°450 et 464.

§3) Les effets des conventions de crédits adossés à une vente

626. – Distinction vente et prêt. En droit français, les parties à une convention de crédit appliquent principalement le régime du prêt à intérêt. Le prêteur met les fonds à la disposition de l'emprunteur qui est tenu de les restituer. En principe, il n'existe aucune relation contractuelle entre le vendeur initiale et le client de la banque. Ce principe connaît une dérogation en matière de crédit destiné aux consommateurs. Il existe une interdépendance du contrat de vente et du contrat de crédit. Cette règle est transposable aux opérations de crédit adossé. Toutefois, la règle islamique de l'indépendance des contrats remet en question certains aspects à l'interdépendance des crédits (B).

Toujours, dans le crédit adossé, le banquier est néanmoins lié au fournisseur ou au constructeur par un contrat de vente : il paie le prix comptant, ou à crédit, au fournisseur qui doit le lui livrer, ou livrer le client. Puis, il vend le bien à tempérament au client qui doit rembourser l'avance de fonds, ou plus précisément, il doit payer le prix, paiement qui se réalise de manière échelonnée. Cependant, le banquier peut transférer certains recours au client si la chose n'est pas conforme à ses spécifications ou si elle contient des vices cachés¹⁶⁸⁶. L'agencement de ces contrats produit des effets similaires en matière de défaillance du client (C), bien que les ventes produisent des effets normalement attendus pour ce genre de contrat (A).

A) Les effets de la vente dans une opération de crédit adossé à une vente

627. – Effets d'une vente à tempérament. Étant donné que l'opération de crédit adossé se structure grâce au moins à deux contrats de vente, le régime général de la vente s'appliquera, principalement pour le premier contrat de vente¹⁶⁸⁷. Par contre, les effets de la vente à tempérament seront en partie identiques au prêt à intérêt.

¹⁶⁸⁶ M. Ayub, *Understanding Islamic Finance*, op. cit., p. 437 ; M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 82 et 102.

¹⁶⁸⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 59 à 514.

En matière de crédit adossé, si l'article 1602 dispose que « *le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur* », le banquier doit indiquer dans la convention de crédit son rôle d'intermédiaire.

Selon l'article 1603 du Code civil, si le fournisseur du bien (ainsi que le constructeur ou le fabricant) et le banquier sont des vendeurs, ils doivent exécuter « *deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* ». Or, l'obligation de garantie peut être atténuée au regard des vices pouvant affectés le bien¹⁶⁸⁸, et l'obligation de délivrer pouvant être prise en charge par le fournisseur parce que le banquier n'est pas véritablement le fournisseur, ni un constructeur.

Si le client de la banque est l'acheteur, il a une obligation principale de payer le prix en vertu de l'article 1650 du même Code. Or, c'est le banquier qui paie le prix au fournisseur, prix remboursé par le client. Il peut aussi « *prendre livraison de la chose ; il ne peut s'y refuser si la chose est conforme au contrat* »¹⁶⁸⁹.

Dans le crédit affecté, l'article L. 311-34 du Code de la consommation dispose que « *chaque fois que le paiement du prix sera acquitté, en tout ou partie, à l'aide d'un crédit, et sous peine des sanctions prévues à l'article L. 311-49, le contrat de vente doit le préciser, quelle que soit l'identité du prêteur* ». Cette disposition distingue bien la vente et le prêt, ce qui ne convient pas à la structuration des crédits adossés d'autant plus qu'« *aucun engagement ne peut valablement être contracté par l'acheteur à l'égard du vendeur tant qu'il n'a pas accepté le contrat de crédit* ». Ce type de crédit sert à financer l'acquisition du bien, alors que les crédits adossés incorporent dans la seconde vente la dimension d'avance de fonds qui s'accompagne forcément d'un transfert de propriété de la chose.

628. – Transfert de propriété. Le transfert de propriété permet de distinguer la vente et le prêt¹⁶⁹⁰ : la vente transfère définitivement la propriété de la chose¹⁶⁹¹, alors que le prêt transfère la propriété des sommes d'argent, fonds qui devront être remboursés. Même si on arrive au même résultat avec la vente à tempérament qui caractérise les crédits adossés – à savoir un remboursement échelonné, un bien entre cependant dans le patrimoine du client avec les crédits adossés.

¹⁶⁸⁸ Voir infra, n° 640.

¹⁶⁸⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 512.

¹⁶⁹⁰ Ibidem, n° 84 à 86.

¹⁶⁹¹ Sauf clause contraire, ou vente à réméré.

En principe, le transfert de propriété est accompli dès la formation du second contrat de vente. Selon l'adage « *risk perit domino* », le transfert de risque suit le transfert de propriété, ce qui se réalise par le consentement des parties en droit français. En revanche, étant donné que le transfert immédiat de propriété n'est pas une règle d'ordre public, les parties peuvent reporter le transfert de propriété et, par voie de conséquence, le transfert de risque¹⁶⁹². Cependant, un tel aménagement ne peut être prévu par les parties à une convention de crédit adossé parce que celui qui est propriétaire doit supporter les risques liés au bien. À défaut, le crédit génère du *ribâ*.

529. – Obligation de mentionner le prix de vente. En matière de crédit immobilier, le contrat principal étant le contrat de vente, « *l'acte écrit, y compris la promesse unilatérale de vente acceptée et le contrat préliminaire prévu à l'article L. 261-15 du code de la construction et de l'habitation, ayant pour objet de constater l'une des opérations mentionnées à l'article L. 312-2, doit indiquer si le prix sera payé directement ou indirectement, même en partie, avec ou sans l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les sections 1 à 3 du présent chapitre* »¹⁶⁹³. Au regard de cet article, le second contrat de vente (*mourabaha*, *tawarruq*, *istisna* ou *salam*) dans le crédit adossé devrait indiquer que le banquier a acheté le bien auprès du fournisseur ou a payé un constructeur pour réaliser un ouvrage.

S'agissant de la promesse, l'article 1589 du Code civil dispose que « *la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des parties sur la chose et sur le prix* »¹⁶⁹⁴. Dès lors que le bien est acquis par la banque¹⁶⁹⁵, le promettant (c'est-à-dire le client) exécutera sa promesse en concluant une vente *mourabaha*, *tawarruq* ou *salam*. Cette promesse doit être constatée par un acte authentique dans le cas d'une vente immobilière¹⁶⁹⁶.

¹⁶⁹² P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., 2007, n° 127 : En effet, la multiplication des formalités et des autorisations administratives, les nécessités pratiques ne permettent pas de transférer immédiatement la propriété. Parfois, le vendeur stipule une clause de réserve de propriété jusqu'au paiement complet du prix.

¹⁶⁹³ Article L. 312-15 du Code de la consommation.

¹⁶⁹⁴ Voir notamment F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 59 et suivants, spéc. 60 : « *la promesse unilatérale présente les mêmes caractéristiques (que la promesse de vente) à ceci près que le promettant s'y engage à acheter. Le bénéficiaire accepte la promesse sans prendre l'engagement de vendre* ».

¹⁶⁹⁵ Idem : Les auteurs citent un arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 1891, affaire Hollier-Larousse, DP, 1897.I.34 : « *une promesse d'achat dont il a été régulièrement pris acte oblige celui qu'il l'a faite, alors même que la partie envers laquelle elle est contractée ne s'est point obligée à vendre, et que la réalisation du contrat est subordonnée à sa volonté* ».

¹⁶⁹⁶ Article 1589-2 du Code civil : « *Est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du code général des impôts, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation* ».

Dans les crédits adossés à des biens meubles, la convention qui doit aussi mentionner le prix de vente ne sera pas soumise au formalisme du crédit immobilier.

630. – Livraison du bien. L'article 1604 du Code civil définit la délivrance¹⁶⁹⁷ comme étant « *le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur* ». Il doit s'agir de la remise d'une chose conforme à la demande du client ; la chose étant quérable, et non portable, la remise de la chose suffit pour accomplir la délivrance, même si la remise de la clef est fortement symbolique en matière immobilière¹⁶⁹⁸. L'article 1605 dispose que « *l'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété* », alors que l'article 1606 prévoit que « *la délivrance des effets mobiliers s'opère ou par la tradition réelle, ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent, ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre* ». L'article 1607 concerne « *la tradition de droits incorporels [qui] se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur* ». Ces dispositions encadrent les différentes sortes de choses susceptibles de faire l'objet d'un crédit adossé. Il convient aussi de tenir compte de l'étendue de cette obligation de délivrance qui doit s'accomplir, selon l'article 1615 du Code civil, par la livraison des accessoires et tout ce qui est destiné à son usage¹⁶⁹⁹.

Dans une opération de crédit adossé, qu'il s'agisse du transport de la chose (mobilier), de la remise des clefs ou du titre de propriété (chose immobilière), de la remise des titres (droits incorporels), la délivrance doit s'accompagner d'un transfert de propriété du vendeur initial à l'acheteur final.

Pour une chose à fabriquer ou à construire, il est important de tenir compte du cahier des charges, tout en le comparant au procès-verbal de livraison. En droit français, dès lors que l'emprunteur a signé le bon attestant que la livraison a été effectuée, le bailleur de fonds peut alors payer le vendeur ou le prestataire de service.

Par contre, quand le bien financé n'a pas été livré par la faute du vendeur, le prêteur ne peut pas réclamer à l'emprunteur la restitution des sommes versées au vendeur parce que les obligations de

par le bénéficiaire. Il en est de même de toute cession portant sur lesdites promesses qui n'a pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré dans les dix jours de sa date ».

¹⁶⁹⁷ Pour le régime juridique, voir notamment Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., 2011, n° 299 à 336.

¹⁶⁹⁸ Ibidem, n° 299.

¹⁶⁹⁹ CA Paris, 29 septembre 1987, D. 1987, IR 132.

l'emprunteur n'ont pas pris effet¹⁷⁰⁰. Il en est de même si la faute est celle du prêteur qui n'a pas avancé les fonds au vendeur¹⁷⁰¹. Selon la Cour de cassation, « *dès lors que l'emprunteur a signé un bon attestant que la livraison a été effectuée, le prêteur a pu, sans commettre de faute, adresser les fonds au vendeur et l'emprunteur ne saurait invoquer les malfaçons et la non-conformité pour refuser de régler les échéances* »¹⁷⁰². La Cour de cassation n'a pas non plus annulé un contrat de crédit affecté à la suite de l'annulation de la vente initiale¹⁷⁰³. Cet arrêt permet d'entrevoir la possibilité d'un éventuel contrôle de licéité des crédits islamiques par le juge français : comme les crédits affectés, ils pourront être annulés en cas de non respect de cette destination tout en tenant compte de leur nature juridique.

L'article L. 311-35 du Code de la consommation dispose que « *tant que le prêteur ne l'a pas avisé de l'octroi du crédit, et tant que l'emprunteur peut exercer sa faculté de rétractation, le vendeur n'est pas tenu d'accomplir son obligation de livraison ou de fourniture* ». Cette disposition annonce logiquement que la livraison ne peut intervenir qu'après l'accomplissement des formalités de conclusion du contrat de crédit lequel présente une particularité en matière de crédit à la consommation : l'emprunteur est protégé par la faculté de rétractation. Ainsi, surgit encore une fois, la problématique de la succession des contrats de vente dans les crédits islamiques, à la place de la succession d'un contrat de vente et d'un contrat de prêt dans un crédit affecté. Cet article ne devrait pas s'appliquer parce que le banquier achète directement auprès du vendeur, ou par le biais d'un mandataire, pour le revendre. Il en sera de même pour les aménagements prévus par cet article qui prévoit que « *toutefois, lorsque par une demande expresse rédigée, datée et signée de sa main même, l'acheteur sollicite la livraison ou la fourniture immédiate du bien ou de la prestation de services, le délai de rétractation ouvert à l'emprunteur par l'article L. 311-12 expire à la date de la livraison ou de la fourniture, sans pouvoir ni excéder quatorze jours ni être inférieur à trois jours. Toute livraison ou fourniture anticipée est à la charge du vendeur qui en supporte tous les frais et risques* »¹⁷⁰⁴. Cette hypothèse ne peut pas se rencontrer en matière de crédit adossé pour les raisons évoquées plus haut.

¹⁷⁰⁰ Cass. 1^{ère} Civ., 7 février 1995, BC I, n° 70 ; D. 1995, Sommaire 314, obs. Pizzio

¹⁷⁰¹ Cass. 1^{ère} Civ., 3 mai 1995, CCC 1995, n° 175, obs. Raymond.

¹⁷⁰² 1^{ère} Civ, 9 juin 1993, Bull. civ. I, n° 212.

¹⁷⁰³ Cass. Com., 5 mai 1996, Bull. civ. IV, n° 75, p. 61.

¹⁷⁰⁴ L'article R. 311-9 du Code de la consommation apporte plus de précision en disposant que « *l'acheteur qui sollicite la livraison ou la fourniture du bien en application de l'article L. 311-35 doit apposer sur le contrat de vente une demande rédigée de sa main dans les termes suivants : « Je demande à être livré immédiatement » ; « Je reconnais*

631. – Construction d'un bien. En outre, les articles L. 261-9 à L. 261-22, et R. 261-1 à 261-33 du Code de la construction et de l'habitation régissent la vente d'immeuble à construire. Ainsi, toute opération de crédit fondée sur l'*istisna* doit respecter ces dispositions au cours de la phase de construction, et non en ce qui concerne la mise à disposition de fonds, à moins de stipuler une clause liant la remise de la chose et le remboursement des fonds.

Qu'il s'agisse de la première ou de la deuxième forme de vente, le banquier jouera le rôle du maître de l'ouvrage dont les obligations varieront selon la forme de la vente choisie. Or, il pèse sur l'entrepreneur, et sur le banquier du fait d'un transfert de recours, trois sortes de garanties légales : la garantie décennale¹⁷⁰⁵, la garantie biennale¹⁷⁰⁶ et la garantie annale¹⁷⁰⁷. Ces garanties sont supportées par le constructeur, et non par le banquier dans les deux Droits¹⁷⁰⁸.

632. – Construction d'une maison individuelle. Les articles L. 231-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation fournissent un autre fondement juridique à l'opération d'*istisna*. Ces dispositions régissent la construction de maison individuelle assortie d'un plan. Un contrat doit être établi par écrit soit sous seing privé ou par acte authentique et doit porter sur un immeuble ne pouvant comporter que deux logements. Le préalable à cette opération est la fourniture d'un plan¹⁷⁰⁹. Ainsi, toute personne chargée de la construction d'un immeuble d'habitation ou d'un immeuble professionnel doit conclure avec le maître de l'ouvrage un contrat régi par l'article L. 231-2 qui exige, à peine de nullité, « les énonciations suivantes :

- a) *La désignation du terrain et la mention du titre de propriété du maître de l'ouvrage (ou des droits réels permettant de construire) ;*
- b) *La conformité du projet aux règles de construction ;*
- c) *La consistance et les caractéristiques techniques du bâtiment à construire ;*

avoir été informé que cette demande a pour effet de réduire le délai légal de rétractation. Celui-ci expirera le jour de la livraison du bien, sans pouvoir être inférieur à trois jours ni supérieur à sept jours » ».

¹⁷⁰⁵ En vertu de l'article 1792 du Code civil, c'est une « responsabilité de plein droit à raison des dommages survenus à la construction « lorsqu'ils compromettent la solidité de l'ouvrage » ou « le rendent impropre à sa destination » » (Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 745).

¹⁷⁰⁶ Qui est « une garantie de bon fonctionnement pour les dommages compromettant le bon fonctionnement des éléments d'équipement dissociables de l'ouvrages (art. 1792-3 et 1792-4-2 du Code civil) » (Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 745).

¹⁷⁰⁷ Article 1792-6 du Code civil.

¹⁷⁰⁸ Voir infra, n° 634.

¹⁷⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 17 février 1981, RD imm. 1982. 592, in Code de la construction et de l'habitation, Dalloz, 2008, p. 169.

- d) *Le coût égal à la somme du prix convenu et s'il y a lieu, du coût des travaux dont le maître de l'ouvrage se réserve l'exécution en précisant : d'une part, le prix convenu est forfaitaire et définitif – montant révisable en vertu l'article L. 321-11 ; et d'autre part, le coût des travaux à la charge du maître de l'ouvrage qui doit être expressément stipulé dans le contrat ;*
- e) *Les modalités de règlement en fonction de l'avancement des travaux ;*
- f) *La possibilité que le maître de l'ouvrage peut être assisté par un expert ;*
- g) *L'indication de l'obtention du permis de construire et des autres autorisations administratives ;*
- h) *L'indication des modalités de financement, la nature et le montant des prêts obtenus ;*
- i) *La date de l'ouverture du chantier, le délai d'exécution des travaux et les pénalités de prévues en cas de retard de livraison ;*
- j) *La référence de l'assurance dommage souscrite par le maître de l'ouvrage ;*
- k) *Les justifications des garanties de remboursement et de livraison¹⁷¹⁰ apportées par le constructeur, les attestations de ces garanties étant établies par le garant et annexées au contrat »¹⁷¹¹.*

Ces conditions s'agencent bien avec l'opération d'*istisna*, notamment le point h) de cette disposition qui exige l'indication des modalités de financement, sa nature et son montant. Il est possible que le contrat soit un contrat type comportant des stipulations portant sur les travaux à la charge du constructeur, sur le prix convenu, sur le délai d'exécution des travaux et sur les pénalités en cas de retard de livraison. Cependant, le maître de l'ouvrage doit fournir le terrain qui lui appartient. À défaut, le contrat est nul¹⁷¹². Ces dispositions ne s'appliqueraient pas lorsque le plan est fourni par le maître de l'ouvrage¹⁷¹³.

L'article L. 231-7, II, dispose que « *tout mandat donné par le maître de l'ouvrage au constructeur ou à un de ses préposés aux fins de percevoir tout ou partie d'un prêt destiné au financement de la*

¹⁷¹⁰ Voir article L. 231-6 du même Code où la garantie est autonome et dépasse les simples limites de la garanties financières parce que le garant peut mettre en demeure le constructeur en cas de manquement à ses obligations ou désigner un nouvel entrepreneur en cas de défaillance du constructeur.

¹⁷¹¹ Bien entendu, il est convenu que le contrat peut, selon l'article L. 231-4, comporter une ou plusieurs conditions suspensives relatives à l'acquisition du terrain, l'obtention du permis de construire, l'obtention du ou des prêt(s), de l'assurance dommage, de la garantie de livraison.

¹⁷¹² TGI Rouen, 12 juin 1979, Rev. dr. immo., 1980. 442, in Code de la construction et de l'habitation, Dalloz, 2008, p. 170.

¹⁷¹³ Cass. 3^{ème} civ., 30 septembre 1998, Rev. dr. immo., 1998. 658, in Code de la construction et de l'habitation, Dalloz, 2008, p. 169.

construction est réputé non écrit », ce qui interdit de recourir à un crédit *istisna*. Or le III du même article prévoit que « *les paiements intervenant aux différents stades de construction peuvent être effectués directement par le prêteur, sous réserve de l'accord du maître de l'ouvrage à chaque échéance et de l'information du garant* ». C'est cette dernière règle qui devra régir le crédit *istisna*. Puis, en vertu de l'article L. 231-8, la réception couvre les vices et les défauts de conformité apparents. Le maître de l'ouvrage dispose de huit jours pour les dénoncer s'il n'a pas été assisté par un professionnel¹⁷¹⁴.

On voit que le droit français encadre particulièrement bien la construction des maisons individuelles. Ainsi, pour réaliser une opération de crédit *istisna*, un banquier en devra tenir compte car, conformément aux règles qui régissent l'*istisna*, il aura tantôt la qualité de dispensateur de crédit, tantôt de maître d'ouvrage.

633. – Promotion immobilière. Les articles 1831-1 à 1831-5 du Code civil régissent la promotion immobilière qui « *c'est un contrat par lequel une personne prend l'initiative et la direction d'une opération immobilière pour le compte de ceux qui veulent devenir propriétaires des constructions, à un prix convenu à l'avance* »¹⁷¹⁵.

Si l'article 1831-1 a opté pour la qualification d'un mandat, MM. Malaurie, Aynès et Gautier retiennent celle d'un contrat complexe parce qu' « *il comporte 1°) l'engagement de construire – à cet égard, il est un contrat d'entreprise, 2°) celui d'accomplir des actes juridiques pour le compte d'autrui (acquisition de terrains, ventes d'immeubles, contrats avec l'architecte) – à cet égard, il est un mandat (...) bien que (la loi) eût imposé au promoteur des obligations dépassant celles d'un mandataire, notamment la garantie des vices cachés et la prise en charge des dépassements de prix* »¹⁷¹⁶. Toutefois, lorsque « *le promoteur s'engage à réaliser lui-même le programme immobilier, il devient un entrepreneur (art. 1831-1). Il est alors nécessaire de savoir s'il agit en qualité d'entrepreneur (il a promis de construire) ou de mandataire (il a géré une opération immobilière)* »¹⁷¹⁷. Cette complexité existe dans les crédits *istisna* combinés au parallèle *istisna*.

¹⁷¹⁴ Par contre, il ne doit pas vérifier la réalisation des conditions suspensives liées à l'obtention de l'assurance dommage et de la garantie de livraison lors de l'émission de son offre de prêt (Cass. 3^{ème} civ., 16 décembre 2009, Banque et droit, n° 130, mars-avril 2010, Chron., Th. Bonneau, p. 34).

¹⁷¹⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, op. cit., n° 712.

¹⁷¹⁶ Idem.

¹⁷¹⁷ Idem.

634. – Vices cachés et exonération de la responsabilité du banquier. Le contrat de crédit islamique adossé peut contenir une clause d'exonération de responsabilité du banquier résultant de vices pouvant affectés le bien vendu ou contruit. En droit musulman, cette convention porte le nom de « *bay al bara'ah* »¹⁷¹⁸. Si un vice résulte d'une cause naturelle, le vendeur n'est pas tenu d'en informer l'acheteur selon les hanafites alors que les autres jurisconsultes répugnent les omissions à l'instar du dol prévu par le Code civil¹⁷¹⁹ qui doit être déterminant du vice du consentement comme en droit français.

En vertu de l'article 1641 du Code Civil, le vendeur devrait garantir les vices cachés¹⁷²⁰ : « *Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent, tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* ». L'article 1643 précise qu'« *il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie* ».

Pour exercer l'action rédhibitoire et l'action estimatoire prévues par l'article 1644 du Code civil¹⁷²¹, il faut que « *le vice soit rédhibitoire, c'est-à-dire qu'il empêche l'usage de la chose, ce qui n'est pas le cas s'il peu important, secondaire ou s'il est facilement réparable* »¹⁷²².

Le rapport de Messieurs Jouini et Pastré indique que « *il faudrait prévoir que, lorsque la revente du bien financé intervient concomitamment au premier achat, le Financier revendeur (la banque) puisse être exonéré de la garantie des vices cachés (qui reposerait alors toute entière sur le vendeur initial)* »¹⁷²³. Pourtant, l'action rédhibitoire peut être exercée par le sous-acquéreur contre le vendeur initial¹⁷²⁴ : « *depuis 1820, une jurisprudence constante reconnaît au sous-acquéreur déçu le droit d'agir en dommages-intérêts, soit contre son vendeur, soit directement contre le fabricant, vendeur*

¹⁷¹⁸ Article 4/9, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*; voir supra, n° 171.

¹⁷¹⁹ Article 1108 du Code civil : « *il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ».

Article 1116 du Code civil : « *le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé* ».

¹⁷²⁰ F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 263 et suivants.

¹⁷²¹ « *Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts* », sur les conditions d'exercice de l'action, voir Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 400 et suivants.

¹⁷²² Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 387.

¹⁷²³ *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Rapport précit.

¹⁷²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, Bull. civ. n° 119 in Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 321.

originaires, soit contre n'importe quel intermédiaire de commercialisation du produit, tous obligés envers le sous-acquéreur »¹⁷²⁵.

Nous avons vu que le crédit islamique adossé devra fortement s'appuyer sur le régime de la vente en droit français. Ce régime s'adjoit en matière de crédits aux consommateurs à celui du contrat de prêt en appliquant la règle de l'interdépendance des contrats. Quelles sont donc les conséquences de ce régime en matière de crédit adossé ?

B) La remise en question de l'interdépendance des contrats ?

635. – Crédit islamique et indépendance des contrats. Le droit musulman interdit que les différents contrats incorporés dans une opération de financement soient dépendants les uns des autres parce qu'une Tradition de Mohamed interdit qu'un contrat « conditionne » l'exécution d'un autre, ou que la vente soit combinée à un prêt. La finalité de cette Tradition est d'empêcher des montages frauduleux réalisant une opération *ribawi*¹⁷²⁶.

On retrouve, selon M. Bonneau, cette même règle en droit français : « *on ne doit pas penser qu'il existe à titre de principe un lien entre le contrat de prêt et le contrat de vente dont le prêt a permis la réalisation. Les deux sont juridiquement distincts, généralement par leur cause et leur objet, ainsi que partiellement par leurs contractants : il en est ainsi par exemple si le prêt a permis le financement de l'acquisition de matériel* »¹⁷²⁷. Cette analyse renforce notre idée selon laquelle une opération de crédit peut s'adosser à une vente bien que « *les événements affectant la validité ou l'exécution de l'un n'ont d'incidence, ni sur la validité, ni sur l'exécution de l'autre. Aussi l'emprunteur ne peut-il prendre prétexte de la mauvaise exécution de la vente pour se dégager de son obligation de remboursement à l'égard du banquier* »¹⁷²⁸. Toutefois, il faut tempérer cette analyse parce qu'il existe une série d'exception au principe de l'indépendance des contrats.

Il faut d'abord citer les crédits régis par le Code de la consommation que nous verrons plus bas. Puis, les cas où les parties ont conféré une relation juridique et matérielle forte entre le fait d'acquérir le bien et de le revendre à crédit. C'est le cas notamment « *lorsque les contrats de prêts et*

¹⁷²⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 417.

¹⁷²⁶ Voir supra, n° 26 – 28, 239 – 242.

¹⁷²⁷ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 522.

¹⁷²⁸ Idem.

vente ont été conclus par l'intermédiaire d'une même personne »¹⁷²⁹, ou « lorsque le vendeur et le prêteur ont agi de concert »¹⁷³⁰. Selon M. Bonneau, « la Cour de cassation est allée encore plus loin en admettant que la caducité d'un prêt intimement lié au contrat principal : « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la Cour d'appel a constaté que les deux actes de vente et de prêt, qui avaient été passés le même jour par-devant le même notaire, étaient intimement liés, en a déduit que les parties avaient entendu subordonner l'existence du prêt à la réalisation de la vente en vue de laquelle il avait été conclu, de sorte que les deux contrats répondaient à une cause unique ; qu'elle a donc retenu à bon droit, non que l'obligation de l'emprunteur était dépourvue de cause, mais que l'annulation du contrat de vente avait entraîné la caducité du prêt » »¹⁷³¹. Au regard de ces précisions, la règle de l'interdépendance des contrats ne devrait pas s'appliquer au crédit adossé qui doit être analysé comme une convention cadre englobant deux contrats de vente, et non comme la combinaison d'un contrat de vente et d'un contrat de prêt à intérêt. Le mécanisme du crédit islamique « fusionne » donc le contrat principal (contrat de vente) et le contrat de crédit (contrat de vente à tempérament).

636. – Dépendance du contrat de crédit à la consommation et du contrat principal. Bien que la loi du 1^{er} juillet 2010 ait modifié celles du 10 janvier 1978 et celle du 13 juillet 1979, la principale caractéristique de ces lois est de créer un « lien juridique » entre le contrat de crédit et le contrat principal¹⁷³² : « le prêt est ainsi lié au contrat principal de vente ou d'entreprise »¹⁷³³. En fait, « le législateur a voulu prendre en compte l'indivisibilité qui existe dans l'esprit du consommateur entre les deux contrats. On peut dire qu'ils se servent mutuellement de cause : le consommateur n'achète que parce qu'il obtient un prêt ; réciproquement, il n'emprunte que pour acheter. Dès lors, l'un des contrats ne peut exister ou être maintenu sans l'autre : c'est peut-on dire, deux contrats ou rien du tout ! » »¹⁷³⁴. Doit-on conclure que les dispositions liant le contrat principal et le contrat de crédit ne sont pas applicables aux crédits adossés ?

¹⁷²⁹ Cass.com, 19 janvier 1993, R. D. T. com., 1993, obs. Bouloc, p. 707, cité par Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 522.

¹⁷³⁰ Cass. com., 18 mai 1993, Contrats-Concurrence-Consommation, oct. 1993, n° 182, note Raymond, cité par Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 522.

¹⁷³¹ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., note 120, p. 403, voir Cass. civ 1^{ère}, 1^{er} juillet 1997, Bull. civ, I, n° 224, p. 150 ; D. 1998, J. 32, note Aynès.

¹⁷³² C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 720 à 722.

¹⁷³³ A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1200, n° 1212.

¹⁷³⁴ Idem.

L'article L. 311-13 du Code de la consommation dispose que « *le contrat [de crédit] accepté par l'emprunteur ne devient parfait qu'à la double condition que ledit emprunteur n'ait pas usé de sa faculté de rétractation et que le prêteur ait fait connaître à l'emprunteur sa décision d'accorder le crédit, dans un délai de sept jours* ». Selon M. Bonneau, « *la dépendance du contrat principal au regard du contrat de crédit a une traduction essentielle : le contrat principal ne peut pas prendre effet tant que le contrat de crédit n'est pas parfait. (...) Si le bien financé n'a pas été livré par la faute du vendeur qui néanmoins a été payé directement par le banquier, ce dernier ne peut réclamer à l'emprunteur la restitution des sommes ainsi versées. Cette dépendance se manifeste également en cas de contestation de l'exécution [du contrat par le client]* »¹⁷³⁵. Cette dépendance a donc pour conséquence de ne pas pouvoir exécuter le contrat principal tant que le contrat de crédit n'est pas définitivement conclu en vertu de l'article L. 311-35 du Code. Cette disposition ainsi que les articles L. 311-27 et L. 311-31 encadrent l'obligation du vendeur de livrer le bien¹⁷³⁶, où l'avance de fonds doit avoir lieu avant ladite livraison¹⁷³⁷. Ces mêmes remarques valent en cas d'annulation du contrat principale qui conduit de plein droit à celle du contrat de crédit, ou en cas de résolution de plein droit du contrat principal si le prêt n'est pas accordé¹⁷³⁸.

637. – Délitement du lien de dépendance en matière de crédit immobilier ? En matière de crédit immobilier¹⁷³⁹, l'interdépendance des contrats « *présente des aspects différents : ici elle repose expressément sur le jeu de conditions et englobe éventuellement le contrat d'assurance* ». Outre

¹⁷³⁵ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 707, spéc. n° 713.

¹⁷³⁶ En vertu de l'article L. 311-31 du Code de la consommation, « *les obligations de l'emprunteur ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien ou de la fourniture de la prestation ; en cas de contrat de vente ou de prestation de services à exécution successive, elles prennent effet à compter du début de la livraison ou de la fourniture et cessent en cas d'interruption de celle-ci. Le vendeur ou le prestataire de services doit conserver une copie du contrat de crédit et le présenter sur leur demande aux agents chargés du contrôle* ».

¹⁷³⁷ Voir aussi l'article L. 311-34 qui accentue la dépendance du contrat de crédit et du contrat de vente : « *chaque fois que le paiement du prix sera acquitté, en tout ou partie, à l'aide d'un crédit, et sous peine des sanctions prévues à l'article L. 311-49, le contrat de vente ou de prestation de services doit le préciser, quelle que soit l'identité du prêteur. Aucun engagement ne peut valablement être contracté par l'acheteur à l'égard du vendeur tant qu'il n'a pas accepté le contrat de crédit. Lorsque cette condition n'est pas remplie, le vendeur ne peut recevoir aucun paiement, sous quelque forme que ce soit, ni aucun dépôt* ».

¹⁷³⁸ Article L. 311-36 du Code de la consommation. Voir aussi A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1212.

¹⁷³⁹ Voir C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. 2010, n° 842 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 474 – 477.

l'assurance¹⁷⁴⁰, ce sont plus précisément les conditions résolutoires¹⁷⁴¹ et suspensives qui sont encadrées.

On retrouve donc la même règle de l'interdépendance des contrats en matière de crédit immobilier à la lecture des articles L. 312-15 à L. 312-20. Le premier article dispose que « *l'acte écrit, y compris la promesse unilatérale de vente acceptée, ayant pour objet de constater l'une des opérations mentionnées à l'article L. 312-2, doit indiquer si le prix sera payé directement ou indirectement, même en partie, avec ou sans l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par [les articles L. 312-1 à L. 312-14]* ». Toutefois, l'article L. 312-16 du Code de la consommation dispose que « *cet acte (qui constate une opération immobilière) est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement. La durée de validité de cette condition suspensive ne pourra être inférieure à un mois à compter de la date de la signature de l'acte ou, s'il s'agit d'un acte sous seing privé soumis à peine de nullité à la formalité de l'enregistrement, à compter de la date de l'enregistrement* »¹⁷⁴². Au regard de ces articles, on peut penser que la dépendance du contrat principal et du contrat de crédit est autant tenue que dans le crédit affecté. Or, « *le lien d'interdépendance entre le prêt et le contrat principal se retrouve ici, mais au seul stade de la*

¹⁷⁴⁰ Article L. 312-9 du Code de la consommation : « *Lorsque le prêteur propose à l'emprunteur l'adhésion à un contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit en vue de garantir en cas de survenance d'un des risques que ce contrat définit, soit le remboursement total ou partiel du montant du prêt restant dû, soit le paiement de tout ou partie des échéances dudit prêt, les dispositions suivantes sont obligatoirement appliquées :*

« *1° Au contrat de prêt est annexée une notice énumérant les risques garantis et précisant toutes les modalités de la mise en jeu de l'assurance ;*

« *2° Toute modification apportée ultérieurement à la définition des risques garantis ou aux modalités de la mise en jeu de l'assurance est inopposable à l'emprunteur qui n'y a pas donné son acceptation ;*

« *3° Lorsque l'assureur a subordonné sa garantie à l'agrément de la personne de l'assuré et que cet agrément n'est pas donné, le contrat de prêt est résolu de plein droit à la demande de l'emprunteur sans frais ni pénalité d'aucune sorte. Cette demande doit être présentée dans le délai d'un mois à compter de la notification du refus de l'agrément.*

« *Le prêteur ne peut pas refuser en garantie un autre contrat d'assurance dès lors que ce contrat présente un niveau de garantie équivalent au contrat d'assurance de groupe qu'il propose. Toute décision de refus doit être motivée.*

« *Le prêteur ne peut pas modifier les conditions de taux du prêt prévues dans l'offre définie à l'article L. 312-7, que celui-ci soit fixe ou variable, en contrepartie de son acceptation en garantie d'un contrat d'assurance autre que le contrat d'assurance de groupe qu'il propose.*

« *L'assureur est tenu d'informer le prêteur du non-paiement par l'emprunteur de sa prime d'assurance ou de toute modification substantielle du contrat d'assurance* ».

¹⁷⁴¹ Articles L. 312-12 du Code de la consommation : « *l'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé* ».

¹⁷⁴² Article L. 312-16, alinéa 2, du même Code : « *Lorsque la condition suspensive prévue au premier alinéa du présent article n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit. A compter du quinzième jour suivant la demande de remboursement, cette somme est productive d'intérêts au taux légal majoré de moitié* ». Cette disposition protectrice peut ne pas convenir aux parties qui peuvent y déroger en mentionnant expressément que l'acquéreur paiera sans recourir à l'emprunt (A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit, n° 1224).

formation du contrat : une fois les deux conclus, leurs effets se dérouleront dans l'autonomie et la nullité ou la résolution de la vente n'anéantiront pas le prêt, non plus que l'inverse. Comme la vente immobilière passe toujours, en pratique, par un acte notarié précédé d'une promesse de vente, c'est au stade de cette promesse que le lien se manifestera, car on ne procédera à l'acte authentique que lorsque l'opération est devenue certaine. Peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse d'une promesse unilatérale ou synallagmatique. Ce lien est assuré techniquement par la combinaison d'une condition résolutoire relative au prêt et d'une condition suspensive concernant la vente »¹⁷⁴³. Cette position est à relativiser parce que l'emprunteur peut demander, en cas de contestation ou d'accident qui affectent l'exécution du contrat principal (s'il s'agit du financement d'un ouvrage ou de travaux), la suspension du crédit de prêt : « l'emprunteur peut obtenir du tribunal la suspension de l'exécution du contrat de prêt »¹⁷⁴⁴, suspension prononcée jusqu'à la solution du litige. Le prêteur doit intervenir dans la procédure¹⁷⁴⁵.

Il conviendra alors de reconsidérer les effets prévus par le Code pour l'opération de crédit immobilier islamique qui fusionne l'avance de fonds et la vente en se structurant grâce à deux contrats de vente. La jurisprudence a jugé que lorsque la convention prévoit « un paiement direct des prestataires »¹⁷⁴⁶, la banque doit contrôler la destination des fonds. Ce contrôle n'est pas de rigueur parce que le banquier islamique achète préalablement le bien. Un tel contrôle est par contre exigé pour la construction de maison individuelle¹⁷⁴⁷.

638. – Construction d'une maison. Les dispositions qui régissent la construction d'une maison individuelle effectuent le même genre de distinction entre le contrat d'entreprise et le contrat de prêt. L'article L. 231-10 du Code de la construction et de l'habitation dispose qu'« aucun prêteur ne peut émettre une offre de prêt sans avoir vérifié que le contrat comporte les énonciations exigées par l'article L. 231-2 qui doivent figurer au moment où l'acte lui est transmis et ne peut débloquer les

¹⁷⁴³ A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1223, voir aussi Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 711 : « De même, à l'instar des règles gouvernant le crédit mobilier, le Code établit, à propos du crédit immobilier, un lien entre le contrat de crédit et le contrat principal et organise la protection de l'emprunteur lors du remboursement. L'identité entre le crédit mobilier et le crédit immobilier n'est cependant pas totale ».

¹⁷⁴⁴ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. 2010, n° 844.

¹⁷⁴⁵ Article L. 312-19 du Code de la consommation.

¹⁷⁴⁶ CA Amiens, 13 septembre 2004, Arnoult c/ BNP, *Jurisdata*, n° 254456, in C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. 2010, n° 845.

¹⁷⁴⁷ Article 1799-1 du Code civil.

fonds s'il n'a pas communiqué l'attestation de garantie de livraison »¹⁷⁴⁸. Le banquier doit néanmoins se livrer à des contrôles de nature formelle¹⁷⁴⁹. En effet, le banquier commet une faute lorsqu'il débloque les fonds au vu des seules demandes d'avance du constructeur, sans tenir compte des stipulations contractuelles prévoyant un échéancier en fonction de l'état d'avancement réel des travaux ou des factures attestant de leur état d'avancement réel¹⁷⁵⁰.

Comme le crédit *mourabaha*, l'opération de crédit *istisna* incorpore la construction du bien dans les conditions de mise à disposition de fonds. Dès lors, certaines dispositions devront être appliquées à la lumière tant des exigences du droit musulman, qu'à la lumière du droit français. L'article L. 231-3 du même Code prévoit que six sortes de contrat sont réputées non écrites notamment si elles ont pour objet ou pour effet :

- « *D'obliger le maître de l'ouvrage de donner mandat au constructeur pour chercher le ou les prêts* », ce qui ne devrait pas être le cas dans une opération d'*istisna* parce que le maître d'ouvrage sera un instant donné le banquier ;
- « *De subordonner le remboursement du dépôt de garantie à l'obligation, par le maître de l'ouvrage, de justifier du refus de plusieurs demandes de prêt* », ce qui est sans incidence sur la conformité islamique du crédit *istisna* ;
- « *D'interdire au maître de l'ouvrage de visiter le chantier, préalablement à chaque échéance des paiements et à la réception des travaux* », ce qui est aussi une cause de nullité ou de résolution du contrat d'*istisna* en droit musulman.

639. – Délitement de l'indépendance des contrats avec la pratique du « *hamish jiddiya* »¹⁷⁵¹ ?

Bien que le droit musulman pose en principe général l'indépendance des contrats peu important si ces contrats s'agencent dans une opération de financement, l'engagement de verser un *hamish jiddiya* de la part du client peut être analysé comme une condition tendant à estomper ce lien d'indépendance.

¹⁷⁴⁸ L'alinéa 2 prévoit qu'en cas de défaillance du constructeur et malgré l'accord du maître de l'ouvrage sur le paiement direct échelonné au profit du constructeur par le prêteur, ce dernier est responsable des conséquences préjudiciables d'un versement excédent le pourcentage maximum du prix total exigible aux différents stades de la construction d'après l'état d'avancement des travaux dès lors que ce versement résulte de l'exécution d'une clause irrégulière du contrat.

¹⁷⁴⁹ Voir Th. Bonneau, Banque et droit, n° 130, mars-avril 2010, Chron., note 21, p. 34.

¹⁷⁵⁰ TGI Chalons-sur-Saône, 28 avril 1998, AJDI 2000. 120, obs. Chomel, in Code de la construction et de l'habitation, Dalloz, 2008, p. 186 – 187.

¹⁷⁵¹ Voir supra, n° 131, 519 – 520.

Le crédit *mourabaha* présente les caractéristiques d'une opération où le premier contrat de vente entre le banquier et le fournisseur est lié à la conclusion future du contrat de *mourabaha* qui renforcent la relation entre les deux contrats lorsque le client de la banque verse le *hamish jiddiya* qui consiste à verser une sorte d'arrhe pour que le banquier entre en relation avec le vendeur.

Cependant, la doctrine islamique analyse le *hamish jiddiya* comme un engagement préalable du client (« *mouata'ah* ») de verser une somme d'argent au banquier pour montrer son sérieux. Sa légalité est admise s'il est indépendant de la réalisation ou non de la vente. Cela signifie qu'il ne peut pas être qualifié d'acompte car il est restituable, sauf pour couvrir les frais de la banque¹⁷⁵².

En fait, l'interdiction du *mouata'ah* est posée contre la pratique du *ribâ*, de la vente *inah* et de la vente *al wafa*¹⁷⁵³ selon AAOIFI¹⁷⁵⁴. Plus précisément, elle concerne les prêts combinés à un autre contrat translatif de propriété en vue d'éluder le *ribâ*. Ici, la doctrine tient compte de l'intention délibérée et claire de commettre un acte interdit par la loi islamique.

Toutefois, le *mouata'ah* est permis pour trouver une solution islamique adéquate tout en procédant à des *hiyal*, notamment en matière bancaire et financière. D'ailleurs, le non respect de la *mouata'ah* ouvre le droit à indemnisation parce les engagements préalables ont une force obligatoire¹⁷⁵⁵. Cette permission n'est valable que si trois conditions sont réunies : d'une part, il faut un accord des parties pour exécuter cet engagement qui conditionne la formation d'un contrat futur ; d'autre part, le *mouata'ah* doit intégrer l'ensemble contractuel en ayant une force obligatoire ; et enfin, la force obligatoire du *mouata'ah* doit être équivalente à toutes les autres conditions d'un contrat valide. Ainsi, l'engagement préalable de verser une certaine somme d'argent au banquier est analysé comme une promesse unilatérale renforcée d'exécuter une transaction future, transaction débutant par l'achat du bien par le banquier.

Cette pratique est-elle interdite en droit français ?

640. – Interdiction en droit français de la pratique du « *hamish jiddiya* » ? En vertu de l'article 1589-1 du Code civil, « *est frappé de nullité tout engagement unilatéral souscrit en vue de l'acquisition d'un bien ou d'un droit immobilier pour lequel il est exigé ou reçu de celui qui s'engage*

¹⁷⁵² Articles 6/1 à 6/2, Standard AAOIFI n° 3, *Combinaison of contracts*.

¹⁷⁵³ Opération de réméré où le vendeur acquerra à nouveau le bien après avoir payé le prix de vente à l'acheteur.

¹⁷⁵⁴ Annexe 2, du Standard AAOIFI n° 3, *Combinaison of contracts*.

¹⁷⁵⁵ Idem.

un versement, quelle qu'en soit la cause et la forme »¹⁷⁵⁶. Il en découle que le « *hamish jiddiya* » ne devrait pas pouvoir être stipulé en droit français.

Mais, le *hamish jiddiyah* peut être qualifié soit d'acompte au sens du second alinéa de l'article 1589 du Code civil¹⁷⁵⁷, soit d'arrhes au sens de l'article 1590 du Code civil¹⁷⁵⁸ : c'est-à-dire une somme d'argent imputable sur le prix total, versée par le débiteur avant la conclusion du contrat et constituant un moyen de dédit. Les arrhes sont perdues si le débiteur revient sur son engagement. En pratique, on parle d'acompte qui est en réalité un paiement partiel pour régler la fraction exécutée d'une fourniture de biens ou de services, ou le paiement partiel imputé sur le montant de la dette ; ou encore d'avance pour un paiement partiel en cas d'exécution fragmentaire d'une prestation¹⁷⁵⁹.

Plus précisément, l'article L. 311-14 du Code de la consommation dispose que « *pendant un délai de sept jours à compter de l'acceptation du contrat par l'emprunteur, aucun paiement, sous quelque forme et à quelque titre que ce soit, ne peut être fait par le prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de celui-ci, ni par l'emprunteur au prêteur. Pendant ce même délai, l'emprunteur ne peut non plus faire, au titre de l'opération en cause, aucun dépôt au profit du prêteur ou pour le compte de celui-ci. Si une autorisation du prélèvement sur son compte bancaire est signée par l'emprunteur, sa validité et sa prise d'effet sont subordonnées à celles du contrat de crédit* ». Cette interdiction se retrouve en matière de crédit immobilier en vertu de l'article L. 312-11 du même Code : « *Jusqu'à l'acceptation de l'offre par l'emprunteur, aucun versement, sous quelque forme que ce soit, ne peut, au titre de l'opération en cause, être fait par le prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de celui-ci, ni par l'emprunteur au prêteur. Jusqu'à cette acceptation, l'emprunteur ne peut, au même titre, faire aucun dépôt, souscrire ou avaliser aucun effet de commerce, ni signer aucun chèque. Si une autorisation de prélèvement sur compte bancaire ou postal est signée par l'emprunteur, sa validité*

¹⁷⁵⁶ L'article 1589-2 (ancien article 1840 A du Code général des impôts) prévoit la constatation par acte authentique ou l'enregistrement dans un délai de dix jours des promesses en matière de société ayant pour objet la construction, l'acquisition ou la gestion d'immeubles à diviser ou divisés par fractions attribuées aux associés, et sociétés dont l'actif est principalement constitué par des terrains non bâtis, selon les articles 728 et 1655 ter du Code général des impôts.

¹⁷⁵⁷ « *Si cette promesse s'applique à des terrains déjà lotis ou à lotir, son acceptation et la convention qui en résultera s'établiront par le paiement d'un acompte sur le prix, quel que soit le nom donné à cet acompte, et par la prise de possession du terrain.*

La date de la convention, même régularisée ultérieurement, sera celle du versement du premier acompte »

¹⁷⁵⁸ « *Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir, Celui qui les a données, en les perdant,*

Et celui qui les a reçues, en restituant le double ».

¹⁷⁵⁹ L'article L. 131-11 du Code de la consommation montre que la pratique des arrhes ou des acomptes est bien établie en droit français en disposant que « *si la chose qu'on s'est obligé est mobilière, toute somme versée d'avance sur le prix, quels que soient la nature du versement et le nom qui est donné dans l'acte, est productive, au taux légal en matière*

et sa prise d'effet sont subordonnées à celle du contrat de crédit ». Ces deux articles semblent ainsi interdire la pratique du *hamish jiddiya* qui greffe les opérations de crédits adossées à un bien. Toutefois, ces versements ne peuvent s'effectuer que sept jours après l'acceptation pour le crédit à la consommation, et avant l'acceptation de l'offre par l'emprunteur, pour le crédit immobilier. Ainsi, le distributeur de crédit adossé doit aménager le moment du versement du *hamish jiddiya*, quoique l'article L. 311-40¹⁷⁶⁰, *in fine*, du Code de la consommation apporte la nuance suivante : « *en cas de paiement d'une partie du prix au comptant, le vendeur (...) doit remettre à l'acheteur un récépissé valant reçu et comportant la reproduction intégrale des dispositions de l'article L. 311-36 et de l'article L. 311-37* ». Ici, le paiement comptant peut englober le *hamish jiddiya* dans la mesure où le client-acheteur verse cette somme au banquier-vendeur.

Si les juges n'admettent pas cette configuration, ils appliqueront l'article L. 311-50 pour condamner à 30 000 euros le banquier. En conséquence, pour éclairer les juges et les professionnels, devraient intervenir soit le Comité de la réglementation bancaire et financière, soit le législateur, soit le pouvoir exécutif pour encadrer le *hamish jiddiyah* en droit français.

Le II de l'article L. 231-4 du Code de la construction et de l'habitation dispose qu'« *aucun versement, aucun dépôt, aucune souscription ou acceptation d'effet de commerce ne peuvent être exigés ou acceptés avant la signature du contrat de construction ni avant la date à laquelle la créance est exigible* ». En revanche, le III, précise qu'un dépôt peut être effectué sur un compte spécial et ne doit représenter qu'au maximum trois pour cent du prix de la construction projetée, fonds qui seront indisponibles, incessibles et insaisissables. Ils pourront cependant s'imputer sur le prix de la vente. Ainsi, il est possible au dispensateur de crédit *istisna* de demander un *hamish jiddiya*.

641. – Effet de l'annulation et de la résolution d'un des contrats. En droit français, si le contrat principal n'est pas conclu, l'emprunteur rembourse logiquement le prêteur. Si le contrat de crédit n'est pas conclu, le banquier est remboursé des sommes qu'il aurait pu avancées avant la conclusion

civile, d'intérêt qui courent à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du versement jusqu'à réalisation ou restitution des sommes versées d'avance, sans préjudice de l'obligation de livrer qui reste entière ».

¹⁷⁶⁰ « *Le vendeur ou le prestataire de services ne peut recevoir, de la part de l'acheteur, aucun paiement sous quelque forme que ce soit, ni aucun dépôt, en sus de la partie du prix que l'acheteur a accepté de payer au comptant, tant que le contrat relatif à l'opération de crédit n'est pas définitivement conclu* ».

« *Si une autorisation de prélèvement sur compte bancaire est signée par l'acquéreur, sa validité et sa prise d'effet sont subordonnées à celles du contrat de vente* ».

du contrat de crédit¹⁷⁶¹ : « *si le contrat principal est résolu (par exemple pour vice caché de la chose), le prêt suit de plein droit le même sort à condition toutefois que le prêteur soit appelé à l'instance* »¹⁷⁶².

Pour le crédit affecté, l'article L. 311-32 du Code de la consommation dispose qu'« *en cas de contestation sur l'exécution du contrat principal, le tribunal pourra, jusqu'à la solution du litige, suspendre l'exécution du contrat de crédit. Celui-ci est annulé ou résolu de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même judiciairement résolu ou annulé* ». L'article L. 311-33 aborde le cas de l'annulation et de la résolution judiciaire du fait du vendeur : « *si la résolution judiciaire ou l'annulation du contrat principal survient du fait du vendeur, celui-ci pourra, à la demande du prêteur, être condamné à garantir l'emprunteur du remboursement du prêt, sans préjudice de dommages et intérêts vis-à-vis du prêteur et de l'emprunteur* ». Alors même que ces dispositions ne tiennent pas en compte du mécanisme du crédit islamique qui fusionne tant le contrat principal que le contrat de crédit, ils devront être invoqués lorsque le vendeur initial n'exécute pas ses obligations.

L'article L. 311-37 du Code de la consommation dispose que « *dans les cas de résolution du contrat de vente ou de prestations de services prévus à l'article L. 311-36¹⁷⁶³, le vendeur ou le prestataire de services rembourse, sur simple demande, toute somme que l'acheteur aurait versée d'avance sur le prix. A compter du huitième jour suivant la demande de remboursement, cette somme est productive d'intérêts, de plein droit, au taux de l'intérêt légal majoré de moitié* ». Le vendeur rembourse toute somme versée par l'acheteur en cas de résolution du contrat, sommes qui sont, de plein droit, productives d'intérêts, au taux légal majorés de moitié.

En ce qui concerne la résolution judiciaire du contrat principal, la Cour de cassation a décidé que le prêt est également résolu en raison de l'effet rétroactif de la résolution¹⁷⁶⁴. Ainsi, « *le contrat de prêt*

¹⁷⁶¹ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 713.

¹⁷⁶² A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1212.

¹⁷⁶³ L'article L. 311-36 du Code de la consommation dispose que « *le contrat de vente ou de prestation de services est résolu de plein droit, sans indemnité : 1° Si le prêteur n'a pas, dans un délai de sept jours à compter de l'acceptation du contrat de crédit par l'emprunteur, informé le vendeur de l'attribution du crédit ; 2° Ou si l'emprunteur a, dans ce même délai de sept jours, exercé son droit de rétractation.*

« *Toutefois, lorsque l'emprunteur, par une demande expresse, sollicite la livraison ou la fourniture immédiate du bien ou de la prestation de services, l'exercice du droit de rétractation du contrat de crédit n'emporte résolution de plein droit du contrat de vente ou de prestation de services que s'il intervient dans un délai de trois jours à compter de l'acceptation du contrat de crédit par l'emprunteur. Le contrat n'est pas résolu si, avant l'expiration des délais mentionnés au présent article, l'acquéreur paie comptant* »

¹⁷⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1993, Bull. civ., I, n° 355 ; Cass. civ., 1^{ère}, 13 février 1996, Bull. civ., I, n° 82 in Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 560, note 1060.

se trouve résolu ou annulé par l'effet de l'annulation rétroactive de la vente en vue de laquelle elle a été accordée, vente qui est censée n'avoir jamais existé »¹⁷⁶⁵, sauf l'hypothèse où « les emprunteurs qui ont obtenu la résolution judiciaire de la vente, ont manifesté leur volonté de ne pas se prévaloir de l'interdépendance des contrats »¹⁷⁶⁶. Si le vendeur initial ou le banquier, dans un crédit islamique adossé, tente une action en résolution ou en annulation de la première vente, la décision du juge devra se répercuter sur la seconde vente, à moins que le juge veille à la jouissance paisible du bien par le client.

Lorsque ce dernier présente des signes de défaillance, son régime juridique français devrait être transposé aux crédits islamiques adossés.

C) Les effets de la défaillance du client

642. – Non remboursement du crédit. Le client défaillant est avant tout un client qui ne peut plus rembourser son crédit. Cela ouvre le droit au prêteur soit de résoudre le contrat, soit de rechercher sa responsabilité s'il a commis une faute.

Le droit du crédit à la consommation instaure des procédures pour palier cette défaillance si la situation du client n'est pas irrémédiablement compromise.

643. – « Désendettement conventionnel de l'emprunteur »¹⁷⁶⁷. Lorsque le crédit finance l'acquisition d'un bien immobilier, l'emprunteur peut demander, en cas de défaillance (« ou encore en cas de forte baisse du taux d'intérêt »), une renégociation de sa dette. Sont alors rediscutés le montant des fonds, le TEG et la durée du contrat, le tout figurant « sous la seule forme d'un avenant »¹⁷⁶⁸. Par contre, un nouveau délai de réflexion de dix jours est posé par la loi du fait de l'émission d'une offre de crédit¹⁷⁶⁹.

¹⁷⁶⁵ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 560, note 1060, citant Cass. civ., 1^{ère}, 16 décembre 1992, Bull. civ., I, n° 316 ; Cass. civ., 1^{ère}, 18 juin 1996, Bull. civ., I, n° 262 ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 juillet 1998, Dalloz Affaires 1998, 1771.

¹⁷⁶⁶ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 560, note 1061, citant Cass. Civ., 1^{ère}, 6 janvier 1998, Bull. civ., I, n° 6.

¹⁷⁶⁷ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 468.

¹⁷⁶⁸ Article L. 312-14-1 du Code de la consommation : « En cas de renégociation de prêt, les modifications au contrat de prêt initial sont apportées sous la seule forme d'un avenant. Cet avenant comprend, d'une part, un échéancier des amortissements détaillant pour chaque échéance le capital restant dû en cas de remboursement anticipé et, d'autre part, le taux effectif global ainsi que le coût du crédit calculés sur la base des seuls échéances et frais à venir. Pour les prêts à taux variable, l'avenant comprend le taux effectif global ainsi que le coût du crédit calculés sur la base des seuls

644. – Sanction de la défaillance du client. En cas de difficulté financière du client, le droit musulman prévoit des solutions proches du droit français, mais dont certains aspects ne coïncident pas avec le régime juridique français¹⁷⁷⁰.

En droit français, la défaillance du client est souvent sanctionnée par l'exigence du prêteur d'un remboursement immédiat des fonds avancés, assorti ou non d'une majoration ayant la nature d'intérêt¹⁷⁷¹. En droit musulman, cette demande n'est pas appropriée lorsqu'une personne est confrontée à des difficultés financières¹⁷⁷².

Les articles L. 311-24¹⁷⁷³ et L. 312-22¹⁷⁷⁴ du Code de la consommation encadrent, respectivement, la défaillance du client en matière de crédit mobilier et de crédit immobilier¹⁷⁷⁵. Ces dispositions ne

échéances et frais à venir jusqu'à la date de la révision du taux, ainsi que les conditions et modalités de variation du taux. L'emprunteur dispose d'un délai de réflexion de dix jours à compter de la réception des informations mentionnées ci-dessus ».

¹⁷⁶⁹ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 469.

¹⁷⁷⁰ Voir supra, n° 420 – 426.

¹⁷⁷¹ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. 2010, n° 750 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 439 - 441.

¹⁷⁷² En ce qui concerne la prévention de défaillance en droit musulman, M. T. Usmani indique qu'« *afin de sécuriser le paiement des échéances, le titre de propriété de la maison ou de la terre, ou n'importe quelle autre propriété du client peut gardée par le financier comme sécurité, jusqu'à ce que la dernière échéance soit payé par le client. Le financier, dans ce cas, sera responsable de la construction de la maison* » (op. cit., p. 124). Alors même qu'il est interdit de stipuler une clause de réserve de propriété en droit musulman, la banque et le client peuvent décider de reporter l'enregistrement du bien au nom du client jusqu'au règlement de toutes les échéances, pratique qui doit être néanmoins accompagnée par l'émission d'un document établissant effectivement la propriété du client (article 5/4, Sharia Standard n° 8 de l'AAOIFI, *Murabaha to the Purchase Orderer*). Par exemple, le client peut fournir un chèque ou un billet à ordre pour garantir le crédit *mourabaha* (articles 5/1 à 5/3 du même Standard).

Par ailleurs, une clause du contrat de crédit peut prévoir que la banque islamique pourra débiter le compte de son client, lorsque ce compte se fonde sur le *wadiah* ou la *moudaraba*. Elles se réservent ce droit en cas de non paiement des échéances par le client si le compte est créditeur. C'est également le cas lorsque des commissions ou des primes d'assurances n'ont pas été versées à la banque. Cette clause risque d'entrer dans le champ d'interdiction d'immixtion du banquier dans les comptes de son client en droit français, V. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 405 : « *Le principe de non-ingérence, encore dénommé principe de non-immixtion, impose aux établissements de crédit de ne pas intervenir dans les affaires de leurs clients. Dégagé par la doctrine à partir des décisions jurisprudentielles et consacré implicitement par l'article L. 563-3 du Code monétaire et financier, ce principe repose sur un paradoxe apparent : il protège à la fois le client et le banquier.*

(Ce principe) concerne également les opérations de crédit : le banquier n'a pas à apprécier l'opportunité de l'affectation du crédit ».

¹⁷⁷³ « *En cas de défaillance de l'emprunteur, le prêteur pourra exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, majoré des intérêts échus mais non payés. Jusqu'à la date du règlement effectif, les sommes restant dues produisent les intérêts de retard à un taux égal à celui du prêt. En outre, le prêteur pourra demander à l'emprunteur défaillant une indemnité qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat et sans préjudice de l'application des articles 1152 et 1231 du code civil, sera fixée suivant un barème déterminé par décret ».*

¹⁷⁷⁴ « *En cas de défaillance de l'emprunteur et lorsque le prêteur n'exige pas le remboursement immédiat du capital restant dû, il peut majorer, dans des limites fixées par décret, le taux d'intérêt que l'emprunteur aura à payer jusqu'à ce qu'il ait repris le cours normal des échéances contractuelles. Lorsque le prêteur est amené à demander la résolution du contrat, il peut exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, ainsi que le paiement des intérêts échus. Jusqu'à la date du règlement effectif, les sommes restant dues produisent des intérêts de retard à un taux égal à celui du*

devraient pas en principe s'appliquer aux crédits islamiques du fait de la genèse du *ribâ*. Toutefois, le contrat de crédit islamique prévoit la perception de ces « majorations » en vue uniquement de leur reversement à une œuvre de charité. L'article D. 311-6 du Code de la consommation fixe un taux pour de telle indemnité : « *lorsque le prêteur exige le remboursement immédiat du capital restant dû en application de l'article L. 311-24, il peut demander une indemnité égale à 8% du capital restant dû à la date de la défaillance* ».

645. – Aménagement des sanctions. Les articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil reflètent l'esprit du droit musulman parce qu'ils « *permettent au juge, selon M. Bonneau, de prendre des mesures en faveur des débiteurs qui ont des difficultés financières. Ce dernier peut, en effet, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier dans la limite de deux ans, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues ; [bien que] par décision spéciale, prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital, ce qui constitue, selon l'auteur, une dérogation aux dispositions de l'article 1254 du Code civil selon lequel « le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou produit des arrérages, ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts : le paiement fait sur le capital et intérêt, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts* »¹⁷⁷⁶. La décision de reporter devra être prononcée par le juge si le contrat de crédit islamique contient une stipulation expresse selon laquelle le client de la banque bénéficie d'un report de paiement en cas de défaillance si la situation est surmontable par un rééchelonnement. Par contre, le remboursement des fonds s'imputent simultanément sur le capital et la marge bénéficiaire, sans qu'il n'existe une priorité, parce que le capital et la marge bénéficiaire constitue le prix final de vente due par le client.

prêt. En outre, le prêteur peut demander à l'emprunteur défaillant une indemnité qui, sans préjudice de l'application des articles 1152 et 1231 du code civil, ne peut excéder un montant qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat, est fixé suivant un barème déterminé par décret ».

¹⁷⁷⁵ L'article L. 311-22-2 du Code de la consommation prévoit que le prêteur est tenu d'informer des risques encourus par l'emprunteur en cas de manquement à son obligation de remboursement. Les dispositions des articles L. 311-24 et L. 311-25 encadrent cette information et les risques (C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 750 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 434 – 436).

¹⁷⁷⁶ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit. n° 719.

De plus, l'article L. 313-12 du Code de la consommation prévoit la suspension des échéances et son rééchelonnement dans la limite de deux ans, notamment en cas de licenciement¹⁷⁷⁷. Cet article devra s'appliquer au crédit islamique.

En revanche, en vertu de l'article 1244-3, toute stipulation contraire à ces dispositions est réputée non écrite. Dès lors, la stipulation selon laquelle les intérêts perçus par le banquier, dans un crédit islamique, sont reversés à une œuvre de charité ne devrait pas être jugée contraire à la loi française.

646. – Liquidation amiable du bien et clause de voie parée. Par ailleurs, les banques islamiques pratiquent la procédure de liquidation amiable du bien en cas de défaillance définitive du client¹⁷⁷⁸. Elle est mise en œuvre lorsque le client ne peut plus rembourser les échéances dues au banquier. Le droit musulman permet au vendeur de récupérer le bien vendu à crédit si l'acheteur devient insolvable¹⁷⁷⁹, ce qui pourrait se rapprocher de la procédure dite de voie parée en droit français.

En matière de crédit immobilier, cette clause de voie parée qui « *autorise le créancier à faire vendre l'immeuble en se dispensant de recourir aux formes de la saisie immobilière* »¹⁷⁸⁰ est interdite¹⁷⁸¹. « *La clause est cependant licite si elle est postérieure à la naissance de la dette mais risque de tomber sous le coup des nullités de la période suspecte* »¹⁷⁸².

Ainsi, cette procédure de droit musulman doit être suffisamment bien encadrée notamment par la mise en place d'une procédure d'enchère, qui se rapproche de ce que les praticiens en France ont établi pour éviter la vente en justice : « *le Conseil supérieur du notariat et les principaux créanciers hypothécaires (Crédit foncier, Comptoir des entrepreneurs) ont conclu des conventions qui prévoient, en cas de défaillance de l'emprunteur, l'établissement, à la demande de l'emprunteur et*

¹⁷⁷⁷ « L'exécution des obligations du débiteur peut être, notamment en cas de licenciement, suspendue par ordonnance du juge d'instance dans les conditions prévues aux articles 1244-1 à 1244-3 du code civil. L'ordonnance peut décider que, durant le délai de grâce, les sommes dues ne produiront point intérêt.

« En outre, le juge peut déterminer dans son ordonnance les modalités de paiement des sommes qui seront exigibles au terme du délai de suspension, sans que le dernier versement puisse excéder de plus de deux ans le terme initialement prévu pour le remboursement du prêt ; il peut cependant surseoir à statuer sur ces modalités jusqu'au terme du délai de suspension ».

¹⁷⁷⁸ Voir supra, n° 537.

¹⁷⁷⁹ AAOIFI, Sharia Standard n° 3, *Default on payment by a debtor*, Annexe B: *Basis of Shari'a rulings*, p. 39 : « *If an asset sold by Murabaha or another sales contract is still available to the seller, and the purchaser has defaulted in the payment of the price, and subsequently has become bankrupt, then the seller is entitled to repossess the sold asset instead of initiating legal proceedings to obtain a bankruptcy order. This judgement is based on the report of Abu Hurayrah (may Allah be pleased with him) that the Prophet (prayers and peace of Allah be upon him) said: If one party has sold an asset and the other party (the purchaser) has become bankrupt, and the former party has managed to retain the asset, then he is more qualified to take possession of the asset in preference to the other creditors* ».

¹⁷⁸⁰ Lamy Droit du financement, 2006, n° 4523.

¹⁷⁸¹ Article 742 du Code de procédure civile.

¹⁷⁸² Lamy Droit du financement, op. cit., n° 4523.

avec l'aide du notaire, d'une sorte de plan d'apurement du passif. S'il paraît impossible de redresser la situation, les parties conviennent de convertir la saisie en vente volontaire, de gré à gré ou sur adjudication amiable ; c'est simplement faute d'accord que l'on en vient à la vente en justice qui est ainsi devenu rare »¹⁷⁸³.

Mais, depuis l'ordonnance du 1^{er} juillet 2010, l'article L. 311-23 du Code de la consommation dispose qu'« *en cas de défaillance de l'emprunteur, seuls les modes de réalisation du gage autorisés par les articles 2346 et 2347 du code civil sont ouverts aux créanciers gagistes, à l'exclusion du pacte comissoire prévu à l'article 2348¹⁷⁸⁴ qui est réputé non écrit* ». C'est pourquoi, cet article permet la vente du bien gagé (Article 2346 du Code civil) ou en devenir le propriétaire (article 2347 du Code civil) à condition que le juge statue en ce sens. Le pacte comissoire ressemblant à la clause de voie parée est étrangement interdit en matière de crédit à la consommation.

En définitive, si les crédits islamiques n'ont pas de fondements juridiques explicites (de nature législative et réglementaire), ils peuvent être régis par le droit français, malgré leur spécificité sur le montage du crédit, le contenu du crédit, la nature de la rémunération, les effets de la convention de crédit ainsi que la défaillance. Il serait opportun d'apporter quelques ajouts dans la loi. Par exemple, l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier pourrait citer, à l'instar du crédit-bail, les opérations de crédit islamique adossé à la vente (ainsi que celles adossées au contrat de bail ou de société). L'article L. 311-1 du Code de la consommation peut contenir un nouvel alinéa qui définit le crédit adossé à un contrat de vente ; et d'autres articles définiront leur régime juridique dont l'article L. 313-3 du Code de la consommation qui devra faire entrer dans son champ d'application les modalités de rémunération du dispensateur de crédit islamique.

Bien qu'aucune réforme législative ne soit encore prévue, certains crédits islamiques se fondant sur un contrat de vente dispose d'un régime fiscal en France.

¹⁷⁸³ *Idem.*

¹⁷⁸⁴ L'article 2348 du Code civil dispose qu'« *il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé* ».

« *La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite.*

« *Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée* ».

Sous-section III) Les régimes fiscaux des opérations de crédit adossé à des contrats de vente

647. – Régimes similaires. Nous allons exposer brièvement le régime fiscal de la *mourabaha* (§1) parce qu'il a été détaillé plus haut¹⁷⁸⁵, qui sert en fait de régime de référence pour celui du crédit *tawarruq* car la même instruction fiscale en fixe le cadre (§2). Bien qu'aucune instruction fiscale ne régit le crédit « *salam* », c'est néanmoins le cas du crédit « *istisna* » (§3).

§1) Le régime fiscal du crédit « *mourabaha* »

648. – Distinction flux de profit et flux d'intérêt. La Direction Générale du Trésor et de la Politique Économique (DGTPE) a apporté des éclaircissements sur la fiscalité des opérations bancaires se structurant grâce au contrat de *mourabaha*. Le régime fiscal est posé par une instruction fiscale qui appuie ses explications sur les flux financiers transitant entre les différents protagonistes impliqués dans ces opérations¹⁷⁸⁶.

En matière de crédit, la marge bénéficiaire du banquier est qualifiée de revenu du banquier assimilable aux intérêts parce que l'opération, qui relève de l'imposition des bénéfices industriels et commerciaux, « *bénéficie des dispositions du 2 bis de l'article 38 du CGI qui prévoient l'étalement du produit pour les prestations continues, rémunérées notamment par des loyers ou des intérêts*¹⁷⁸⁷ »¹⁷⁸⁸. Par conséquent, « *les règles fiscales doivent être appliquées, pour le financier, en regardant le revenu comme un flux d'intérêts que produirait un financement conventionnel équivalent, et pour le client, comme un flux d'intérêts qu'il acquitterait dans le cadre d'un financement conventionnel équivalent. Les autres éléments du prix (commission, plus-value, etc.) demeurent quant à eux taxables selon les règles de droit commun applicables au financier et au*

¹⁷⁸⁵ Voir supra, n° 294 à 304.

¹⁷⁸⁶ Voir aussi supra, n° 586, pour les conditions d'application de l'instruction fiscale (Instruction fiscale, 23 juillet 2010, préc., 4/FE/S1/10 relative aux opérations de *mourabaha*, §12).

¹⁷⁸⁷ Et pour les prestations discontinues mais à échéances successives échelonnées sur plusieurs exercices, au fur et à mesure de l'exécution.

client considérés »¹⁷⁸⁹. Il s'agit ici d'une règle instituant une neutralité fiscale à la marge bénéficiaire puisque la logique économique a pris le pas sur la logique juridique. Ce pragmatisme conduit également à tirer toutes les autres conséquences qui en découlent du régime mis en place.

649. – Imposition du « revenu ». Fiscalement, ce revenu doit être déduit du résultat imposable par le client sur la durée du différé de paiement, quel que soient les paiements effectués, selon un rythme strictement identique à celui retenu pour l'enregistrement comptable de l'opération et conforme à l'échéancier annexé au contrat¹⁷⁹⁰.

Il faut noter que du côté du client, le revenu du financier et la commission sont exclus de la base d'amortissement de l'actif acquis par le client si cet actif est amorti¹⁷⁹¹. Il y a cependant un retour au droit commun du fait que le revenu du financier et la commission sont exclus de l'assiette des droits de mutation à titre onéreux perçus dans les conditions de droit commun à l'occasion de la revente de l'actif immobilier au client.

Si ledit revenu est versé à un financier établi à l'étranger, s'applique en principe le même régime¹⁷⁹².

650. – Exonération de TVA. Le crédit adossé devrait être soumis à la TVA parce qu'il implique une vente d'un bien. Or, l'opération peut être exonérée de TVA conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 27 octobre 1993, *Muy's eb de Winter's Bouw*¹⁷⁹³ : « *lorsque le prestataire de services et le fournisseur de biens autorisent leur client à surseoir au paiement du prix, moyennant le paiement d'intérêts, il octroie en principe un crédit exonéré de TVA. Toutefois, si le sursis de paiement concerne une période antérieure au fait générateur, les intérêts sont un élément de la base d'imposition de la livraison du bien ou de la prestation. Au cas particulier, si les parties ne se sont pas expressément accordées dans l'acte de vente sur l'existence d'une opération de crédit, elles ont néanmoins prévu la facturation distincte du profit ainsi que son paiement étalé dans le temps selon un échéancier. Dès lors, les conditions de la*

¹⁷⁸⁸ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, préc., 4/FE/S1/10 relative aux opérations de *mourabaha*, §15 ; A. de Brosses et F. Burnat, *Fiscalité des opérations de finance islamique en France : deuxième round*, art. préc., ; I. Z. Cekici, *Le cadre fiscal des opérations bancaires et financières islamique en France*, art. préc.

¹⁷⁸⁹ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, préc., 4/FE/S1/10 relative aux opérations de *mourabaha*, § 13.

¹⁷⁹⁰ *Idem*.

¹⁷⁹¹ *Idem*.

¹⁷⁹² Assimilation du revenu aux intérêts et exonération du prélèvement prévus au III de l'article 125 A, sauf si le financier n'est pas établi dans un État non coopératif au sens de l'article 238-0 A.

¹⁷⁹³ Commenté par l'instruction administrative du 29 mai 1998, BOI 3 B-1-98 : nous pouvons lire dans les instructions précédentes du 25 février 2009.

jurisprudence communautaire sont remplies, et l'opération est exonérée de la TVA ». On applique alors le régime fiscal existant à des crédits qui n'ont pas la même nature juridique.

Cette exonération peut également concerner la commission si « *la fraction de la commission perçue au titre de la seule intermédiation financière se trouve exonérée de TVA dans la mesure où elle ressort distinctement de la facturation* »¹⁷⁹⁴.

651. – Imposition de la plus-value. En principe, la plus-value est taxable sur l'excédent entre le prix de cession et le prix d'acquisition d'un bien. L'Administration fiscale prévoit que « *pour l'application du régime des plus-values immobilières et des prélèvements prévus à l'article 244 bis A, le revenu du financier et la commission viennent en diminution du prix de cession de l'immeuble au client (égal au prix total d'acquisition)* »¹⁷⁹⁵. Si le prix de cession – qui est le prix réel stipulé dans l'acte – comprend le prix d'acquisition du bien, le profit et la commission d'intermédiation, seule une partie résiduelle sera imposée au titre des plus-values immobilières, à savoir que la marge bénéficiaire et la commission d'intervention sont écartées de l'assiette d'imposition de la plus-value. Néanmoins, si le client réalise une plus-value lorsqu'il cédera l'actif, elle est « *calculée à partir du prix d'acquisition payé par le client augmenté de la commission considérée comme des frais d'acquisition sauf pour les entreprises qui ont compris la commission dans les charges immédiatement déductibles de leurs résultats imposables* »¹⁷⁹⁶.

En définitive, le régime fiscal est explicite parce que ce sont les aspects les plus délicats qui ont été traités par l'Administration fiscale. L'assimilation de la marge bénéficiaire à l'intérêt dénote une neutralité fiscale.

La même instruction ne s'est pas contentée d'encadrer le crédit *mourabaha* puisqu'elle concerne non seulement sa forme de dépôt rémunérateur¹⁷⁹⁷, mais également le crédit *tawarruq*.

¹⁷⁹⁴ Ibidem., § 14. L'instruction prévoit aussi l'imposition de la valeur ajoutée qui est « *étrangère à la base de calcul de la TVA (taxe sur la valeur ajoutée). Cette taxe, contrairement à sa dénomination, n'est pas assise sur la valeur ajoutée au sens comptable du terme (...). Elle constitue l'un des soldes intermédiaires de gestion, lesquels renseignent sur les différents stades de formation du résultat final* » (M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec, 30^e édition, 2006, n° 969). L'instruction prévoit qu'« *en matière de cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises, le chiffre d'affaires de référence ainsi que la valeur ajoutée sont calculées suivant le régime dont relève le financier ; et pour la détermination de la cotisation foncière des entreprises, les immeubles, étant acquis par le financier en vue de la revente, ne constituent pas, en principe, des biens dont il dispose au sens du 1° de l'article 1467 [du Code général des impôts] et, par conséquent, ne sont pas pris en compte dans sa base d'imposition* » (Ibidem., § 16).

¹⁷⁹⁵ Ibidem., § 15.

¹⁷⁹⁶ Idem.

¹⁷⁹⁷ L'opération de dépôt rémunéré via la *mourabaha* est appelée « *mourabaha inversée* » qui permet de rémunérer à court terme les liquidités disponibles du moment que « *le client achète au comptant directement ou indirectement (par*

§2) Le régime fiscal du crédit « *tawarruq* »

652. – Mêmes flux financiers que le crédit « *mourabaha* ». Impliquant au moins trois transferts de propriété, l'opération de *tawarruq* fait ressortir les mêmes flux financiers que la *mourabaha*¹⁷⁹⁸ : « *prix, commission et revenu sont déterminés ou déterminables et connus des deux contractants le jour de la conclusion de l'opération* »¹⁷⁹⁹. Fiscalement, elle est soumise aux mêmes conditions que celles de la *mourabaha* sauf en ce qui concerne la nature des biens pouvant faire l'objet d'une telle transaction.

653. – Achat du bien appartenant au client. Le crédit *tawarruq* permet à un client de se procurer des liquidités en adossant le financement à un bien qui est généralement un bien facilement négociables sur les marchés financiers tel qu'un instrument financier ou un titre de propriété portant sur une matière première¹⁸⁰⁰. L'Administration exclut en revanche deux catégories de biens : « *le client achète un actif qui n'est ni un immeuble ni une société à prépondérance immobilière non cotée au sens du 2° du I de l'article 726 CGI, auprès d'un financier avec un différé de paiement et donc moyennant rémunération pour ce financier et le revend ensuite au comptant à un tiers* »¹⁸⁰¹.

Elle admet cependant que « *le financier puisse réaliser des opérations de *tawarruq* sur des actifs qu'il a pu acquérir antérieurement sans intention au moment de l'acquisition de réaliser une telle opération* ». Cette précision dénote la prise en compte de la sensibilité du droit musulman à éviter de maquiller des opérations usuraires. D'ailleurs, « *ces actifs peuvent, en conséquence, avoir été*

l'intermédiaire de ce financier ou d'un autre intervenant), au moyen des liquidités dont il dispose, placées préalablement sur un compte ouvert à son nom auprès dudit financier, un actif (matières premières, titres ou tout autre actif liquide, à l'exclusion des immeubles et sociétés à prépondérance immobilière non cotées au sens du 2° du I de l'article 726 CGI), qu'il revend à brève échéance à ce dernier avec un différé de paiement moyennant rémunération, qui consiste à l'identique du revenu du financier défini au paragraphe n° 11, le revenu du client » (Instruction fiscale, 23 juillet 2010, préc., § 24). En vue de bénéficier du régime de la *mourabaha* classique, la *mourabaha* inversée doit remplir les conditions tenant tant à la nature des opérations (bancaires ou financières) qu'au statut du financier (établissement de crédit, prestataire de service d'investissement ou personne morale privée ou publique définies plus haut). Ainsi, « *sur le plan économique, le revenu du client constitue la rémunération d'un différé de paiement, assimilable sur le plan fiscal aux intérêts dus durant cette période dans le cadre d'une opération de dépôt conventionnel* ».

¹⁷⁹⁸ Voir aussi supra, n° 586, pour les conditions d'application de l'instruction fiscale.

¹⁷⁹⁹ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, relative aux opérations de *mourabaha*, préc., § 17 à 23.

¹⁸⁰⁰ Voir supra, n° 540 à 549.

¹⁸⁰¹ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, préc., 4/FE/S1/10 relative aux opérations de *mourabaha*, § 17.

détenus sur des périodes longues et avoir un prix d'acquisition chez le financier très éloigné du prix de revente par le client au tiers. Dans cette hypothèse, et aux seules fins de déterminer le revenu du financier, le prix d'acquisition de l'actif par le financier visé au troisième tiret du paragraphe n° 11 ci-dessus sera réputé égal à la valeur de marché de l'actif revendu, ladite valeur étant fixée dans le contrat entre le financier et le client. Cette valeur de marché devra être égale ou très proche de celle à laquelle le client revendra l'actif au tiers »¹⁸⁰². L'avant dernière phrase pourrait nous conduire à considérer que l'Administration fiscale admettrait que le *tawarruq* soit un simple montage financier pour obtenir des liquidités. Or, le prix de revente au tiers limite la manœuvre dans la dernière phrase. Ainsi, il existe bel et bien une certaine flexibilité en la matière, qui ne permet cependant pas d'imposer une quelconque plus-value si le client de la banque réalise un profit, chose qui est généralement bien encadré par les praticiens.

A côté de ces deux types d'opération de crédit se structurant grâce à la vente, la DGTPE a posé le régime fiscal des crédits *istisna*.

¹⁸⁰² Ibidem., § 22.

§3) Le régime fiscal du crédit « *istisna* »

654. – Conditions d’application de l’instruction fiscale¹⁸⁰³. Comme le crédit *mourabaha*, le crédit *istisna* doit remplir les conditions tenant à la nature bancaire ou financière de l’opération et celles relatives au statut du financier¹⁸⁰⁴, ainsi que celles devant être contenue dans la convention de crédit. Ainsi, « *dans le cas où un différé de paiement est accordé au client par le financier, l’opération d’istisna entre le financier et le client doit réunir les conditions suivantes : les documents contractuels doivent clairement faire ressortir que l’actif à construire doit être livré au client, dans un délai qui ne peut excéder six mois après son achèvement* »¹⁸⁰⁵ ; ce qui montre que l’objet du crédit doit être la vente d’un bien construit par l’intermédiaire du banquier. « *Ces mêmes documents doivent stipuler le prix total d’acquisition de l’actif par le client* »¹⁸⁰⁶ ; ce qui est une exigence de transparence découlant du droit français et du droit musulman.

Selon l’Administration fiscale, « *le revenu du financier doit être connu et accepté par les deux parties au contrat au moyen d’un échéancier annexé au contrat, distinguant le remboursement du prix d’acquisition, le paiement du revenu et le paiement de la commission* ». Plus précisément, la DGTPE qui qualifie la marge bénéficiaire de « *revenu du financier* » exige qu’il « *doit être expressément désigné comme étant la contrepartie du service rendu continument par le financier au client jusqu’au terme de l’opération et qui résulte du différé de paiement consenti à celui-ci* »¹⁸⁰⁷ ; ce qui permet d’assimiler cette marge bénéficiaire à l’intérêt, qui est en fait « *la contrepartie du différé de paiement accordé à l’acquéreur par le vendeur, l’acquéreur s’obligeant à payer au vendeur le revenu du financier jusqu’à la date de paiement effectif de l’intégralité du prix* »¹⁸⁰⁸.

Ces documents contractuels « *doivent également permettre d’identifier comptablement et fiscalement : le prix d’acquisition de l’actif par le financier ; le revenu du financier constituant la seule contrepartie du différé de paiement accordé au client ; la commission du financier*

¹⁸⁰³ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, préc., 4/FE/S4/10 relative aux opérations d’*istisna*, § 7 : « *le contrat entre le financier et le client doit mentionner explicitement que l’opération considérée s’inscrit dans le cadre juridique et fiscal défini par la présente instruction* ».

¹⁸⁰⁴ Ibidem, § 8 ; voir aussi supra, n° 586.

¹⁸⁰⁵ Ibidem, § 7.

¹⁸⁰⁶ Idem.

¹⁸⁰⁷ Idem.

¹⁸⁰⁸ Idem.

correspondant à la rémunération du financier au titre de sa seule intermédiation, à l'exclusion de toute autre prestation ou profit (notamment la plus-value réalisée sur la cession de l'actif). La commission doit être conforme aux pratiques usuelles en la matière ». Il ressort de ces conditions que le crédit *istisna* génère des flux financiers similaires au crédit *mourabaha*.

655. – Régime fiscal : même logique que le crédit « *mourabaha* ». L'Administration fiscale indique que l'opération d'*istisna* s'apparente à « une opération d'achat conventionnel comprenant le cas échéant un fractionnement des paiements et/ou des délais de paiement. Les règles communes en matière de fiscalité s'appliquent »¹⁸⁰⁹. Elle accentue cette idée en indiquant que « concernant les opérations d'*istisna* parallèle et s'agissant du contrat d'*istisna* entre le financier et le client, le revenu du financier (...) peut être regardé sur le plan économique comme la contrepartie du décalage dans le temps accordé pour le paiement au client. Par conséquent, le revenu du financier constitue la rémunération d'un différé de paiement assimilable, sur le plan fiscal, aux intérêts dus durant la période considérée dans le cadre d'un financement conventionnel. Dans ce cadre, les règles fiscales doivent être appliquées pour le financier, en regardant le revenu comme un flux d'intérêts que produirait un financement conventionnel équivalent, et pour le client, comme un flux d'intérêts qu'il acquitterait dans le cadre d'un financement conventionnel équivalent »¹⁸¹⁰. Dès lors, ledit revenu est assimilé à l'intérêt, déductible, alors que la commission et les plus-values sont taxables selon les règles du droit commun : « Les autres éléments du prix (plus-value, commission, etc.) demeurent quant à eux taxables selon les règles du droit commun applicables au financier et au client considérés »¹⁸¹¹. Ce régime fiscal est donc similaire à celui du crédit *mourabaha*. S'il en va de même aussi pour le crédit adossé à un contrat de louage, il est pourtant juridiquement différent et d'un point de vue du droit musulman, et du droit français.

¹⁸⁰⁹ Ibidem, §9.

¹⁸¹⁰ Idem.

¹⁸¹¹ Ibidem., § 10.

Section II) Les régimes juridiques des opérations de crédit adossées aux contrats de louage

656. – Du louage au crédit. En droit français, l'article 1708 du Code civil dispose qu'« *il y a deux sortes de contrats de louage* ». Il s'agit d'une part de « *celui des choses* » qui est « *un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* »¹⁸¹², et d'autre part, « *celui d'ouvrage* » qui est « *un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* »¹⁸¹³. La première forme de louage comprend, dans le langage courant, le bail et la location qui ont pour objet de louer une chose¹⁸¹⁴. Ces contrats sont des mises à disposition d'une chose pendant un certain temps, en contrepartie du paiement d'un loyer.

La deuxième forme (louage d'ouvrage) consiste à « louer » les services d'une personne. Ce sont les contrats de travail et d'entreprise qui sont alors visés par le Code.

Le louage de chose comprend non seulement le bail à loyer, mais également le bail à ferme, le « loyer », le bail à cheptel, les devis et marchés¹⁸¹⁵.

Cette même dichotomie (louage de chose et louage de personne) existe en droit musulman. L'Imam Abou Hanifa définit l'*ijara* comme étant « *la vente d'un « manfaa' » conformément [aux règles qui découlent] du qiyas, au regard des besoins des être humains* »¹⁸¹⁶. En langue arabe, le terme « *manfaa'* » renvoie à l'idée de tirer profit d'une chose, d'une situation, d'un droit, etc.

¹⁸¹² Article 1709 du Code civil.

¹⁸¹³ Idem.

¹⁸¹⁴ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., 9^{ème} édition, 2011, n° 503 : « *Quant au verbe « louer », il est ambigu car il désigne l'opération dans les deux sens : le propriétaire loue un bien au locataire, mais on dit pareillement que le locataire loue ce bien à son bailleur. Aussi est-il toujours préférable d'éviter l'emploi de ce verbe imprécis, et dire que le bailleur « donne en location » tandis que le locataire « prend en location » (la pratique notariale dit encore « donner à bail » ou « prendre à bail »)* ».

¹⁸¹⁵ En vertu de l'article 1711 « *Ces deux genres de louage se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières :*

« *On appelle "bail à loyer", le louage des maisons et celui des meubles ;*

« *"Bail à ferme", celui des héritages ruraux ;*

« *"Loyer", le louage du travail ou du service ;*

« *"Bail à cheptel", celui des animaux dont le profit se partage entre le propriétaire et celui à qui il les confie.*

« *Les devis, marché ou prix fait, pour l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix déterminé, sont aussi un louage, lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait.*

« *Ces trois dernières espèces ont des règles particulières* ».

¹⁸¹⁶ Nous avons traduit le terme à partir du texte, en turc, qui est lui-même une traduction de l'arabe. Imam Abou Hanifa, in *El-Ihtiyar*, op. cit., p. 185, n° 127.

Juridiquement, il désigne le droit de jouir tant d'une chose, que des services d'une personne¹⁸¹⁷. Après avoir repris cette définition de l'Imam Abou Hanifa, M. Zuhayli précise que la chose donnée en location peut être tant un bien meuble ou un bien immobilier, qu'une prestation de service¹⁸¹⁸.

S'agissant de l'*ijara* d'une chose, M. Usmani le définit comme étant un « *un contrat par lequel le propriétaire d'une chose transfère son usufruit à une autre personne pour une période convenue et un loyer convenu* »¹⁸¹⁹. On peut alors conclure que le louage est identique à l'*ijara*, et inversement.

En droit français, le « bailleur », appelé également « loueur », désigne celui qui donne en location une contrepartie du paiement du « loyer » par le « locataire », ou le « preneur ». En droit musulman, le prestataire de service est appelé « *ajir* », alors que le bailleur est appelé « *mujir* », le locataire « *mustajir* » et la somme versée à titre de loyer « *ujrah* ».

Dans les deux Droits, le contrat de louage permet de structurer des financements de type locatif. Il s'agit pour un bailleur de fonds d'acheter un bien pour le mettre à la disposition d'un locataire-emprunteur qui paie des loyers en contrepartie de la jouissance qu'il en tire du bien, ce dernier pouvant ou non produire des fruits (fonds de commerce, parts sociales, etc.)

Ce qui est assez remarquable, le louage est, dans les deux systèmes juridiques, un contrat qui tient une place aussi importante que la vente. L'Imam Abou Hanifa, fondateur de la première école juridico-théologique (*madhab*), a été le premier à systématiser le régime juridique de l'*ijara*¹⁸²⁰. En droit français, selon M. Bénabent, les dispositions du Code civil relative au louage n'ont pas été modifiées depuis leur adoption bien que des « *statuts particuliers ont été mis en place pour les baux les plus importants en pratique (baux d'habitation, baux commerciaux, baux ruraux, location de fonds de commerce), venant faire reculer sérieusement l'impact du Code* »¹⁸²¹. Malgré leur âge, ces contrats jouent un rôle essentiel dans l'économie. Ils permettent aujourd'hui de structurer des

¹⁸¹⁷ W. Al-Zuhayli, *Financial Transaction in Islamic Jurisprudence*, op. cit., Tome 1, p. 412.

¹⁸¹⁸ Par exemple, les médecins, les dentistes, les conseillers juridiques et financiers, ainsi que les agents commerciaux peuvent être sollicités par son biais : voir Imam Abou Hanifa, in *El-Ihtiyar*, p. 189, n° 140 à 143 ; M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 99.

¹⁸¹⁹ M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 108.

¹⁸²⁰ Imam Abou Hanifa, in *El-Ihtiyar*, op. cit.

¹⁸²¹ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., 9^{ème} édition, 2011, n° 504 ; voir notamment la nature complexe du crédit-bail : C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 792 – 793 : « *Sans préjuger de sa nature juridique, le crédit-bail recouvre lato sensu une opération financière puisqu'en louant du matériel, les sociétés de leasing permettent aux entreprises d'accroître la masse globale des investissements. L'équivoque vient de ce que cette opération de crédit emprunte le régime juridique d'un contrat de bail* ».

opérations de crédit comme la location-vente, la location assortie d'une promesse de vente, le crédit-bail, ou encore le lease-back¹⁸²².

Dans ces formes de mises à disposition de fonds (ou plutôt de mise à disposition de bien), il y a en fait une dose de bail, une dose de prêt, une dose de sûreté, et/ou une dose de vente en fonction du but assigné à l'opération : si les différents modes de financement locatif « *ne relèvent pas d'une nature juridique homogène, certaines d'entre elles sont essentiellement des opérations de crédit. Elles ont une vente comme objectif et sont assorties d'un crédit consenti par le vendeur. Celui-ci demeure le propriétaire de la chose, soit parce que le transfert de propriété est différé, soit parce que le candidat à l'acquisition n'a pas encore déclaré vouloir acheter. Mais, dans la période d'attente, le candidat acheteur a la jouissance de la chose moyennant le paiement d'une redevance qui s'imputera en tout ou partie sur le prix de vente, si celle-ci se réalise. Si la mise à disposition du bien moyennant redevance s'apparente à un bail, elle n'en pas la nature* »¹⁸²³.

En droit musulman, l'*ijara* a donné aussi naissance à divers types de financements locatifs¹⁸²⁴. L'opération que nous qualifions de « *crédit ijara* » se fonde sur les mêmes mécanismes juridiques français lorsque le but recherché par le client est de jouir d'un bien en disposant d'une option d'achat. Toutefois, cette forme de transaction obéit à des règles juridiques différentes par rapport au droit français (§1). Une analyse comparée de ses règles avec le droit français nous conduira à proposer des régimes juridiques découlant principalement la location assortie d'une promesse de vente et du crédit-bail (§2).

Ces régimes sont à présent compléter par un régime fiscal depuis la publication d'une instruction fiscale par la Direction Générale du Trésor et de la Politique Économique¹⁸²⁵ (§3).

¹⁸²² C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 791 à 811 et n° 833 à 838 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 543 ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 530 à 555 ; voir aussi A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., 9^{ème} édition, 2011, n° 1254 à 1285 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., 2010, n° 807 à 823.

¹⁸²³ F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 313.

¹⁸²⁴ Voir Annexe 2, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek* ; T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 99 – 114 ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, *Structuring Islamic Finance Transaction*, op. cit., p. 77 – 92 ; M. Obaidullah, op. cit., p. 85 – 100 ; Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 83 à 97, B. Kettel, *Introduction to Islamic Banking and Finance*, op. cit., p. 114 à 129 ; A. Khouildi, *Le leasing (Ijara wa iqtina)*, in *Introduction aux techniques de financement islamique*, actes de séminaires, n° 37, Banque Islamique de Développement-IRTI, 1^{ère} édition, Djeddah, Arabie Saoudite, 1996, p. 131 – 150 ; W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 383 à 434.

¹⁸²⁵ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, Direction Générale des Finances Publiques, Bulletin Officiel des Impôts, n° 78 du 24 août 2010, 4/FE/S3/10 relative aux opérations d'*ijara*.

§1) Le régime juridique islamique des opérations de crédit « *ijara* »

657. – Distinction entre le contrat d'« *ijara* » et le crédit « *ijara* ». Les règles qui régissent le contrat d'*ijara* (A) et la convention de crédit *ijara* (B) sont identiques bien qu'une étape d'achat du bien par le banquier soit imposée pour le dernier.

A) Le régime juridique islamique du contrat d'« *ijara* »

658. – Sources. Le Coran relate la prestation de service du Prophète Moïse dans les versets 26 et 27 de la 28^{ème} Sourate¹⁸²⁶. Ces versets sont les sources du contrat d'*ijara*. Bien que le texte concerne une prestation de service, les juristes musulmans se fondent sur l'utilisation du terme d'« *ijara* ». Des « *Hadith* » du Prophète Mohamed précisent les règles en cette matière : « il faut payer l'employé avant que sa sueur ne sèche » ; « *chaque employé doit connaître le montant de son salaire* »¹⁸²⁷. Plus spécifiquement, le louage de chose est, par extension, permis parce qu'il se fonde sur un autre *Hadith* qui indique que Mohammed avait autorisé la location de terrains¹⁸²⁸.

Au regard de ces sources, le consensus *docturum (ijma)* est établi sur sa conformité islamique depuis l'époque des compagnons de Mohammed, et le « *qiyas* » intervient pour autoriser des nouvelles locations adaptées au financement¹⁸²⁹.

659. – Avantages procurés par l'« *ijara* ». Les juristes musulmans soulignent que ce contrat procure, entre autres, trois séries d'avantages, de « bienfaits » provenant de Dieu au sens théologique du terme¹⁸³⁰. Premièrement, son utilisation a une portée étendue faisant entrer dans les différents cycles économiques des personnes n'ayant pas de ressources financières suffisantes. Deuxièmement, le bailleur peut donner en location à plusieurs reprises son bien permettant à lui et

¹⁸²⁶ Il s'agit du récit de Moïse qui fait suite à son bannissement d'Égypte. Il fit la rencontre de sa future épouse dont le père l'engagea : « Ô père, dit l'une des deux filles, prends-le à ton service. Tu ne pourras trouver un autre serviteur plus fort et plus digne de confiance. Je voudrais, dit le vieillard, te marier à l'une de mes filles que voici, à condition que tu restes huit ans à mon service. Si tu veux aller jusqu'à dix ans, libre à toi de le faire. Je ne t'imposerai rien de pénible et, s'il plaît à Dieu, tu trouveras en moi un homme équitable ».

¹⁸²⁷ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 384 à 386.

¹⁸²⁸ Idem.

¹⁸²⁹ Voir Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.

¹⁸³⁰ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 400; T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 99 – 114.

aux locataires successifs de jouir des fruits de ce bien. Troisièmement, il offre de nombreuses façons de structurer un financement allant du crédit aux « *sukuk ijara* »¹⁸³¹.

660. – Un régime juridique flexible. S'il va de soi que le consentement et la capacité de contracter soient exigés pour former le contrat d'*ijara*, les juristes insistent sur son objet pour régir pratiquement tous les aspects juridiques¹⁸³² (2), ce qui leur permet d'adapter son régime juridique. Il convient d'abord d'analyser la nature juridique du contrat (1), pour finir par les causes d'extinction (3).

1) La nature juridique du contrat d'« *ijara* »

661. – Contrat synallagmatique, à titre onéreux et à durée déterminée. Le contrat d'*ijara* est un contrat qui a naturellement une force obligatoire au sens du droit musulman puisque, liant les parties, toutes modifications ultérieures de ses conditions d'exécution nécessitent le consentement des deux parties, notamment en ce qui concerne la variation du montant du loyer¹⁸³³. Par contre, la résiliation en cas de manquement de l'une des parties à ses obligations peut être invoquée par les deux parties¹⁸³⁴.

Si le contrat permet de telles modifications, c'est parce qu'il est un contrat bilatéral à exécution successive et à titre onéreux : le paiement des loyers garantit la jouissance répétée du bien loué, mais une jouissance qui n'est plus plaisible ne justifie pas le paiement de loyer.

En revanche, l'*ijara* ne peut pas être perpétuel. La durée du contrat doit être mentionnée de manière non équivoque au jour de la conclusion du contrat¹⁸³⁵.

Si la nature du contrat nous renseigne sur les engagements pris par les parties, c'est surtout son objet qui fixe les règles qui leur sont applicables.

¹⁸³¹ M. Ayub, *Understanding Islamic Finance*, op. cit., p. 279 à 306 ; *Islamic Banking and Finance, What It Is and What It Could be*, op. cit., p. 299.

¹⁸³² W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 388 à 413.

¹⁸³³ M. Ayub, *Understanding Islamic Finance*, op. cit., p. 284.

¹⁸³⁴ Article 4/1/1, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.

¹⁸³⁵ Article 4/1/2, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

2) L'objet du contrat d'« ijara »

662. – Objet flexible. Les hanafites et les malékites considèrent que ce contrat peut s'adapter aux différentes circonstances, notamment en modifiant par un commun accord son exécution. L'utilisation du bien loué est encadrée par des règles précises : à savoir la jouissance d'une chose (b) en contrepartie du paiement d'un loyer (c) parce que les parties à un tel contrat ont des obligations spécifiques (a)¹⁸³⁶.

a) Les obligations des cocontractants

663. – Obligations du « mujir » (du bailleur). Le *mujir* doit être le propriétaire du bien loué. Cette exigence découle du régime d'interdiction de la vente des biens non disponibles, interdiction qui se fonde sur une série de Traditions prophétiques selon lesquelles un vendeur ne peut vendre une chose que s'il la possède. Le principe est qu'il ne peut y avoir de location si le bien loué n'appartient pas au bailleur. Toutefois, le locataire peut sous-louer la chose si le bailleur y consent¹⁸³⁷.

La conclusion du contrat oblige le bailleur à mettre à la disposition de son locataire une chose qui peut utiliser. Il doit alors la livrer pour percevoir un loyer en garantissant son usage¹⁸³⁸.

664. – Obligations du « mustajir » (du locataire). Le locataire doit payer un loyer en contrepartie de la jouissance du bien. Il doit l'utiliser conformément aux stipulations contractuelles. Toutefois, le bien ne subissant pas une transformation majeure, d'autres utilisations sont admissibles¹⁸³⁹.

Selon l'Imam Abou Hanifa, le locataire dispose des « options »¹⁸⁴⁰, à l'instar des contrats de vente. Il s'agit par exemple d'un *khiyar* d'inspection qui lui permet de ne pas réceptionner une chose qui ne convient pas à sa demande¹⁸⁴¹.

¹⁸³⁶ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 415.

¹⁸³⁷ Ibidem, p. 408.

¹⁸³⁸ M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 101.

¹⁸³⁹ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 415 ; M. T. Usmani, , op. cit., p. 101.

¹⁸⁴⁰ Voir supra, n° 142 à 147.

Tout dommage causé au bien ouvre le droit à une indemnisation du bailleur. En revanche, si le bien est détruit, le locataire n'est plus tenu de verser des loyers s'il n'a pas commis de faute ou de négligence¹⁸⁴². Sont concernés par cette règle les lieux d'habitation, les terrains agricoles ainsi que les fermes¹⁸⁴³.

665. – Distinction de l'« *ijara* » d'avec l'« *ijara wa iktina* ». Ces obligations sont néanmoins aménagées pour aboutir à une variante du contrat d'*ijara*. Lorsque le contrat prévoit un transfert de propriété du bien loué, il se nomme « *ijara wa iktina* ». C'est une sorte de location-vente où le locataire a promis d'acheter le bien à échéance. L'*ijara* est alors assortie d'une promesse unilatérale d'achat¹⁸⁴⁴.

666. – Distinction entre l'« *ijara* » et l'« *ijara muntahia biltamlik* ». Si l'*ijara* est un contrat de bail au sens classique du terme, l'*ijara muntahia biltamlik* est un contrat de location assortie d'une promesse de vente¹⁸⁴⁵. Ce dernier confère en fait une option d'achat au locataire. Lorsqu'il la lève, le bailleur doit exécuter sa promesse. Or, l'*ijara wa iktina* oblige le locataire à acheter le bien loué.

Deux autres points doivent être mis en évidence. D'abord, la conclusion d'une promesse bilatérale de vente étant interdite, l'opération *ijara muntahia biltamlik* doit comprendre uniquement une promesse unilatérale de vente. Puis, la convention-cadre doit séparer le contrat d'*ijara* et la promesse de vente¹⁸⁴⁶. Ainsi, le bailleur ne doit pas exécuter sa promesse avant la fin du bail. Le locataire dispose à cet égard d'une option d'achat¹⁸⁴⁷. S'il la lève, les loyers versés peuvent être transformés en paiement du prix de vente. L'opération se dénoue par une vente impliquant, cette fois-ci, un transfert de propriété au locataire devenu acheteur. Ici, la conclusion d'un contrat de vente est obligatoire pour constater le transfert de propriété. Cela signifie que la convention d'*ijara muntahia biltamlik* ne peut pas contenir une clause organisant la vente au terme du bail.

Dans une logique de crédit, l'*ijara muntahia biltamlik* est un « *leasing* » qui peut être traduit en une location assortie d'une option d'achat ou en crédit-bail.

¹⁸⁴¹ Imam Abou Hanifa, in *El-Ihtiyar*, p. 187, n° 131.

¹⁸⁴² Ibidem, p. 189, n° 147.

¹⁸⁴³ Ibidem, p. 193, n° 163.

¹⁸⁴⁴ M. T. Usmani, op. cit., p. 106 ; A. Thomas, S. Cox and B. Kratty, op. cit., p. 80.

¹⁸⁴⁵ Article 8/1 à 8/8, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*, voir aussi son Annexe B qui reprend la Résolution de l'Académie de Fiqh, n° 110 (4/12).

¹⁸⁴⁶ M. Ayub, *Understanding Islamic Finance*, op. cit., p. 290.

¹⁸⁴⁷ Article 8/2, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.

Cette forme d'*ijara* est néanmoins loin d'épuiser la matière parce qu'il existe d'autres modalités de louer une chose en droit musulman.

667. – Distinction de l'« *ijara* » d'avec le « *lease-back* ». L'AAOIFI permet qu'une personne vende un bien à une autre personne en vue de le reprendre en location sous forme d'*ijara muntahia biltamlik*¹⁸⁴⁸. L'opération permet ainsi d'avancer des fonds en s'adossant à un bien, bien qui peut revenir à nouveau dans le patrimoine du locataire *in fine*. C'est alors une opération de « *lease-back* »¹⁸⁴⁹.

Il faut noter une curiosité de l'AAOIFI qui permet une opération proche appelé « *ijara inverse* » : le locataire loue à nouveau le bien loué au bailleur, ce qui n'est pas un « *lease-back* » parce que le bien appartient au locataire dans le *lease-back*. Cette possibilité n'est offerte uniquement jusqu'au paiement du premier loyer, peu important le montant du loyer dû par les parties (l'un supérieur à l'autre, ou inversement), et dès lors que les flux financiers s'effectuent au comptant¹⁸⁵⁰. En fait, c'est l'interdiction des transactions reproduisant les mécanismes de l'*inah* qui sont visées. En tout état de cause, il n'est pas permis que la durée ou le montant des loyers varient entre les deux transactions. Par exemple, le locataire qui paie 1000 de loyer ne peut pas percevoir un loyer de 1100 lors d'une transaction portant sur le bien faisant l'objet d'un second *ijara*. Il en sera de même alors que les montants des loyers sont identiques, mais dont les paiements se réalisent avec un décalage dans le temps.

668. – « *Ijara à terme* », « *ijara successifs* » et « *ijara parallèle* ». Les auteurs s'accordent sur la conformité islamique de conclure un « *ijara mawsufah bil thimma* », c'est-à-dire un « *ijara à terme* »¹⁸⁵¹ : le bailleur livre à terme le bien qui va être donné en location au preneur parce qu'un cahier des charges a été respecté pour l'obtenir (via une fabrication ou une transformation), alors même que l'actif ainsi décrit n'appartient pas encore au bailleur au moment de la conclusion du contrat¹⁸⁵². Il s'agit dans le langage bancaire islamique d'un « *forward ijara* »¹⁸⁵³.

¹⁸⁴⁸ Article 8/5, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁸⁴⁹ Voir infra, n° 711.

¹⁸⁵⁰ Article 3/4, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.

¹⁸⁵¹ M. T. Usmani, op. cit., p. 103 ; M. Ayub, op. cit., p. 282.

¹⁸⁵² Article 3/5, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁸⁵³ A. Thomas, S. Cox and B. Kratty, *Structuring Islamic Finance Transactions*, op. cit., p. 82.

Une telle transaction offre l'opportunité au bailleur d'acquérir ledit bien ou de le construire (via la combinaison avec le contrat de vente *istisna*). Il se peut que l'opération présente les caractéristiques du *salam*¹⁸⁵⁴. Mais, dans le cas de l'*ijara*, le paiement comptant n'est pas exigé. Par contre, les loyers peuvent être payés avant la livraison du bien¹⁸⁵⁵. Cette transaction doit éviter deux risques de non-conformité islamique : d'une part l'apparition du *gharar* ; et d'autre part, celle du *ribâ* dans sa composante relative à l'équivalence des prestations. On voit que le droit musulman porte une attention particulière au transfert réel de la jouissance du bien loué de la même manière qu'elle porte son attention sur le transfert de propriété dans les contrats de vente.

Si les chaféites ne l'admettaient pas, ils se sont résignés, et ont même admis que la conclusion de deux contrats de location, portant sur un même bien, peuvent se succéder avec des échéances différentes¹⁸⁵⁶. Il s'agit de l'« *ijara successif* »¹⁸⁵⁷ qui n'est licite que si l'opération porte sur un même bien qui sera loué pour des périodes successifs. Cette opération d'« *ijara successifs* » se distingue de l'« *ijara à terme* » parce que ce dernier ne reporte que la date de l'exécution du contrat, alors que le premier prévoit la location successive du bien à un même locataire ou à des locataires successifs.

En revanche, l'« *ijara parallèle* » qui porte sur le même bien mais en se superposant sur l'*ijara originel* est interdite parce que le bailleur n'a pas le droit de conclure un *ijara* avec un tiers alors qu'il a déjà conclu un *ijara* portant sur le même bien avec le locataire¹⁸⁵⁸.

669. – Distinction colocation et sous-location. Lorsque l'*ijara* consiste à partager sur la même période la jouissance d'un seul bien par plusieurs locataires (colocation), il n'est pas nécessaire d'indiquer avec précision les périodes pour lesquelles tel ou tel cocontractant est le locataire exclusif¹⁸⁵⁹.

Il est également permis que le locataire « sous-loue » la chose si le bailleur y consent expressément¹⁸⁶⁰. Bien que les auteurs s'accordent à fixer le loyer de la sous-location à un montant égal à celui de la location originelle, voire inférieur à celui de la location initiale, le locataire initial peut exiger un surplus s'il perçoit le loyer directement du sous-locataire selon l'école chaféite et hanbalite. Ce surplus n'est licite que si le locataire détient une « part » dans l'exploitation du bien

¹⁸⁵⁴ Voir supra, n° 550 – 576.

¹⁸⁵⁵ A. Thomas, S. Cox and B. Kratty, op. cit., p. 82.

¹⁸⁵⁶ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 387.

¹⁸⁵⁷ Article 4/2/1, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bitttamleek*.

¹⁸⁵⁸ Articles 4/2/1 et 4/2/2, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁸⁵⁹ Article 4/2/3, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

faisant l'objet d'un sous-*ijara*¹⁸⁶¹. Néanmoins, l'école hanafite reste prudente en recommandant que ledit surplus soit versé à une œuvre de charité.

670. – Convention-cadre d'« *ijara* ». Le Sharia Board de l'AAOIFI permet que les parties puissent conclure une convention-cadre encadrant les différentes opérations adossé à un contrat d'*ijara*. Néanmoins, le contrat d'*ijara* doit être consigné dans un *instrumentum* séparé de la promesse d'achat (*ijara wa iktina*), de la promesse de vente ou de don (*ijara muntahia biltamlik*), du contrat d'*istisna* (*ijara à terme*), des autres contrats d'*ijara* (*ijara* successif et sous-*ijara*) pour qu'une véritable indépendance des obligations soit respectée. Cela permet de ne pas dénaturer les obligations découlant des différents contrats¹⁸⁶².

b) La jouissance d'une chose

671. – Existence et nature du bien. En droit musulman, toutes les écoles exigent que la chose existe au moment de la conclusion du contrat, à moins que l'*ijara* soit combiné à un contrat d'*istisna*. Elle doit être disponible non seulement juridiquement, mais également matériellement¹⁸⁶³. Elle doit aussi être non seulement une chose aliénable (une chose dans le commerce dont la valeur puisse être évaluée par les acteurs des marchés)¹⁸⁶⁴, notamment si le contrat est assorti d'une promesse d'achat (*ijara wa iktina*) ou d'une promesse de vente (*ijara muntahia biltamlik*). Cette chose doit donc être une chose dont on peut user¹⁸⁶⁵. Le contrat doit indiquer avec précisions ses caractéristiques pour assurer une jouissance paisible au locataire. Trois points méritent d'être approfondis pour qu'une location reste en conformité avec la loi islamique¹⁸⁶⁶.

672. – Usage du bien. Premièrement, ce bien doit être utile et utilisable par le locataire dont l'usage doit être circonscrit par la loi islamique, c'est-à-dire qu'il serve une activité licite, peu important

¹⁸⁶⁰ Article 3/3, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.

¹⁸⁶¹ Article 4/2/4, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁸⁶² Article 2/2, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁸⁶³ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 395 .

¹⁸⁶⁴ Imam Abou Hanifa, in *El-Ihtiyar*, p. 187, n° 129.

¹⁸⁶⁵ M. T. Usmani, , op. cit., p. 100.

¹⁸⁶⁶ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 390.

l'appartenance à l'Islam du bailleur ou du locataire¹⁸⁶⁷. Il peut être un bien meuble ou immeuble destiné à équiper les entreprises et les particuliers dont la propriété peut être transférée ou non à terme¹⁸⁶⁸. Le bien loué ne doit servir que ce pourquoi il a été loué après avoir été clairement identifié par le locataire, à moins qu'une clause prévoit d'autres usages qui nécessitent ou non l'agrément du bailleur. Selon l'Imam Abou Hanifa, les cocontractants doivent préciser les modes de jouissance du bien¹⁸⁶⁹. Les parties doivent expressément indiquer que le bien est loué dans tel but (location de terrain agricole pour la culture¹⁸⁷⁰, louage de cheptel pour tirer profit du lait¹⁸⁷¹, bail d'habitation¹⁸⁷², etc.)¹⁸⁷³.

Le contrat de location est à cet égard soumis aux règles de salubrité publique. Lorsque, par exemple, l'activité exercée dans le local loué est une activité nuisible (polluante, nuisance sonore, etc.), le bailleur et le locataire ne peuvent conclure un *ijara*¹⁸⁷⁴.

673. – Biens loués et produits « ribawi ». Deuxièmement, il convient d'être vigilant avec la location de produits cités dans la Tradition des six produits *ribawi*¹⁸⁷⁵. Il est donc interdit de « louer » de l'or, de l'argent, du blé, de l'orge, des dattes (et autres choses compris dans le champ d'application de la Tradition) en contrepartie du paiement du loyer par la même chose qui a été donnée en location.

En outre, la chose louée ne peut être ni consommable, ni transformable comme la monnaie fiduciaire, les denrées, le pétrole, le gaz, les futaies, les minéraux et toutes autres ressources du même genre¹⁸⁷⁶.

674. – Biens incorporels. Enfin, troisièmement, le droit musulman ne permet pas la conclusion d'un contrat d'*ijara* pour certains biens meubles incorporels¹⁸⁷⁷. Sont concernés les brevets d'invention,

¹⁸⁶⁷ Article 5/1/1, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bitttamleek*.

¹⁸⁶⁸ Article 5/1/3, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁸⁶⁹ Imam Abou Hanifa, in *El-Ihtiyar*, p. 185, n° 128.

¹⁸⁷⁰ Ibidem, p. 187, n° 135 à 137.

¹⁸⁷¹ Ibidem, p. 187, n° 138.

¹⁸⁷² Ibidem, p. 187, n° 134.

¹⁸⁷³ Pour les prestations de service, voir Imam Abou Hanifa, in *El-Ihtiyar*, p. 187, n° 140 à 143.

¹⁸⁷⁴ Ibidem, p. 187, n° 134.

¹⁸⁷⁵ Voir supra, n° 25 – 26.

¹⁸⁷⁶ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 390.

¹⁸⁷⁷ Ibidem, p. 388 ; Article 3 de la décision de base de la Banque de Liban n° 9042 du 1^{er} juin 2005 relative aux opérations de *Ijara Tachghilia* et de *Ijara Mountahia bil Tamalouk*.

les droits d'auteur, les titres financiers, voire les contrats de travail parce qu'ils ne peuvent faire l'objet ni d'un prêt (où il est exigé une restitution équivalente) ni d'une vente¹⁸⁷⁸.

Puisque les brevets, les titres financiers ainsi que les droits d'auteur sont des biens dont la propriété est divisible en *abusus*, en *usus* et en *fructus*, leur usage est monnayable¹⁸⁷⁹. Et, puisque le droit musulman autorise la location de la production scientifique, comme le fait de participer à la diffusion de la connaissance par les universités nécessitant des financements, cette production scientifique n'entre-t-elle pas dans le domaine de la propriété intellectuelle ? Les brevets devraient faire l'objet d'un contrat d'*ijara*. Il ne devrait non plus pas être différent pour les titres financiers dès lors que la location des titres transfère la jouissance des droits qui y sont incorporés (droits pécuniaires et droit de vote). Par contre, on comprend mieux qu'un contrat de travail ne puisse pas être loué. Cela exclut ainsi le louage du louage d'ouvrage.

Dès lors que le bailleur permet au locataire de jouir de la chose, il doit lui payer le loyer.

c) Le paiement du loyer

675. – Détermination du montant du loyer. Le montant du loyer peut être différent en fonction de l'activité exercée dans un même local : il peut être de 1000 pour la vente de chaussure, 2000 pour la fabrication et la vente de chose métallique¹⁸⁸⁰.

Si le premier loyer doit être déterminé au moment de la conclusion du contrat¹⁸⁸¹, les loyers subséquents peuvent être déterminables en se référant à des données sur le marché facilement accessibles pour les deux parties¹⁸⁸². Ainsi, le loyer peut être indexé si le taux n'est pas laissé à la discrétion du bailleur¹⁸⁸³.

¹⁸⁷⁸ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 396 : Par ailleurs, certains auteurs limitent encore le champ de l'*ijara* en invoquant que le *gharar* peut entacher la location d'un véhicule lorsque le loyer dépendrait simultanément de la distance parcourue et de la période de location. Or, le contrat peut encadrer l'utilisation du véhicule avec des données chiffrées et connues des parties, ce qui écarte l'aléa dangereux et spéculatif.

En outre, un contrat d'*ijara* peut être conclu pour l'accomplissement des obligations religieuses en vue de rémunérer le « muezzine » dont le travail est de faire l'appel à la prière (« *edzan* ») ou l'« imam » pour diriger les offices quotidiennes de prières, contrairement à la position d'Abou Hanifa (in *El-Ihtiyar*, p. 193, n° 157).

¹⁸⁷⁹ En droit français, de tels biens peuvent être crédit-loués en vertu de l'article L. 313-17, 3° et 4°, du Code monétaire et financier ; voir aussi Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 548 et s.

¹⁸⁸⁰ Imam Abou Hanifa, in *El-Ihtiyar*, p. 189, n° 152.

¹⁸⁸¹ Ibidem, p. 185, n° 128.

¹⁸⁸² Articles 5/2/1 et 5/2/3, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁸⁸³ Imam Abou Hanifa, in *El-Ihtiyar*, p. 189, n° 154; M. T. Usmani, op. cit., p. 102.

Le nombre de période où le loyer est dû peut être néanmoins supérieur ou inférieur à la durée effective de jouissance du bien¹⁸⁸⁴.

676. – Nature et modalités de paiement du « loyer ». Les loyers peuvent être payés en nature¹⁸⁸⁵, en numéraire ou sous forme de service. S'il s'agit d'un loyer en numéraire, il peut être versé de manière différée (en une seule fois) ou de façon fractionnée (en plusieurs fois).

Une fois la jouissance du bien terminée, le contrat d'*ijara* prend fin.

3) Les causes d'extinction du contrat d'« *ijara* »

677. – Causes « normales ». En principe, l'extinction du contrat doit résulter soit de l'arrivée du terme, soit d'un commun accord, soit du décès de l'une des parties¹⁸⁸⁶, soit de la cession du contrat d'*ijara*¹⁸⁸⁷, soit la détérioration d'un bien, soit du non paiement des loyers¹⁸⁸⁸. Dans les quatre derniers cas, le contrat sera alors, selon la terminologie juridique française, « résilié ».

Si le contrat arrive à terme alors que le bien est encore nécessaire pour le locataire, les parties peuvent le reconduire. Bien sûr, il peut aussi être reconduit tacitement tant que les loyers seront versés¹⁸⁸⁹.

678. – Causes de nullité. Lorsque les conditions de formation du contrat ne sont pas remplies (capacité, consentement, objet du contrat), le contrat est nul.

La nullité est également encourue si le contrat dissimule un montage financier *ribawi* ou entaché de *gharar*¹⁸⁹⁰.

¹⁸⁸⁴ Articles 5/2/1 et 5/2/3, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.

¹⁸⁸⁵ Ici, il faut porter une attention particulière sur la nature du bien faisant l'objet du contrat d'*ijara* et la nature de la chose servant au paiement du loyer parce qu'il existe un risque d'entrer dans le champ d'interdiction du *ribâ* (voir supra, n° 673).

¹⁸⁸⁶ À moins qu'un héritier reconduise le contrat, Imam Abou Hanifa, in *El-Ihtiyar*, p. 193, n° 164.

¹⁸⁸⁷ Articles 7/1/1 et 7/1/2, du même Sharia Standard de l'AAOIFI : S'il le vend à un tiers, il en sera de même sans qu'il requière le consentement du locataire. Par contre, le nouveau propriétaire est soit tenu de poursuivre le contrat de bail s'il en a eu connaissance, soit en mesure de le résilier.

¹⁸⁸⁸ Imam Abou Hanifa, in *El-Ihtiyar*, p. 187, n° 132.

¹⁸⁸⁹ Article 7/2/6, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁸⁹⁰ M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 109.

679. – Causes de résiliation. Lorsque le locataire ne paie plus le loyer ou utilise le bien de façon détournée aux stipulations contractuelle, le bailleur peut résilier le contrat¹⁸⁹¹.

Du côté du locataire, le droit musulman ne lui permet pas de résilier un contrat d'*ijara* sans motif valable. Si aucune raison n'explique la résiliation, il continuera de payer les loyers, mais le bailleur ne pourra pas le louer à une autre personne. Selon un courant de l'école hanafite, la résiliation n'est possible que si le bien est impropre à l'usage. Mais, Ibn Abidin, jurisconsulte hanafite du 18^{ème} siècle, estime que le *mustajir* peut invoquer tout motif pour résilier le contrat tant qu'il n'est pas abusif et contraire aux règles islamiques. Les parties peuvent donc prévoir les cas de résiliation dans le contrat¹⁸⁹², à l'instar de la vente¹⁸⁹³.

680. – Cas de la détérioration du bien. Lorsque le bien est partiellement détérioré avant sa livraison, le contrat est entaché de nullité. Cependant, le locataire dispose d'une option, comme en matière de vente, selon laquelle il a le choix entre poursuivre le contrat ou demander sa nullité. Les parties peuvent convenir de remplacer le bien, mais en poursuivant l'exécution du contrat avec une réduction éventuelle du montant des loyers¹⁸⁹⁴.

En cas de destruction du bien pendant la période de location, non imputable au locataire, le contrat est résilié de plein droit, et aucun loyer subséquent n'est dû¹⁸⁹⁵. La force majeure ou le fait d'un tiers doit être invoqué dans ce cas.

Même lorsque le contrat prévoit la location de deux biens, la détérioration de l'un ouvre le droit au locataire de demander la résiliation du contrat.

Selon la Banque du Liban, les banques islamiques doivent liquider les biens acquis en vue de les louer dans un délai de six mois à compter de leur date d'acquisition, en cas de résiliation du contrat d'*ijara*. En cas de non exercice de l'option d'achat, il leur revient également de liquider les biens dans le même délai¹⁸⁹⁶.

En définitive, les règles exposées ci-dessus s'appliquent, avec quelques aménagements, aux opérations de crédit *ijara*.

¹⁸⁹¹ Article 7/2/2, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.

¹⁸⁹² Articles 7/1/6 et 7/2/1, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁸⁹³ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 406.

¹⁸⁹⁴ Articles 7/1/5, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁸⁹⁵ Imam Abou Hanifa, in *El-Ihtiyar*, p. 193, n° 163 ; M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 102 ; Articles 7/1/3 et 7/2/4, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁸⁹⁶ Article 4 de la décision de base de la Banque de Liban n° 9042 du 1^{er} juin 2005 relative aux opérations d'*Ijara Tachghilia* et d'*Ijara Mountahia bil Tamalouk*.

B) Le régime juridique islamique des opérations de crédit « *ijara* »

681. – Transposition du régime juridique du contrat d'« *ijara* ». Selon M. Zuhayli, le contrat de crédit *ijara* est un « contrat financier commutatif »¹⁸⁹⁷ parce qu'il est un instrument hybride de financement selon lequel l'apporteur de capital, qui prend à juste de titre le nom de « bailleur de fonds », met un bien à la disposition de son client après avoir avancé les fonds pour acheter ledit bien auprès d'un fournisseur. Il ne doit pas s'agir d'une mise à disposition directe de fonds au client, mais d'une mise à disposition d'un bien en contrepartie du paiement des loyers. Le bailleur doit être le banquier. S'il ne détient pas le bien, il doit l'acheter. Ainsi, ce sont substantiellement les règles du contrat d'*ijara* qui s'applique à l'opération de crédit portant le même nom, mais uniquement lors de la phase de location. Comme pour les crédits adossés à une vente, un contrat de vente est conclu entre le banquier et le fournisseur avant la location. De plus, la fin de la location peut conduire à une vente. Avant de présenter les règles spécifiques qui s'appliquent aux différentes opérations de crédit *ijara* (2), il convient d'abord d'exposer leur mécanisme (1).

¹⁸⁹⁷ W. Al-Zuhayli, *Financial Transaction in Islamic Jurisprudence*, op. cit., Tome 1, p. 412 : « *it is a commutative financial contract, where the object of the sale is the usufruct* ».

1) Les mécanismes des crédits « *ijara* »

682. – Variété de financement « *ijara* ». Selon le neuvième Standard Sharia de l'AAOIFI, une transaction bancaire peut se fonder sur plusieurs type d'*ijara*¹⁸⁹⁸. Si l'*ijara* est un contrat de bail classique qui ne conduit pas, dans une opération de crédit, à l'acquisition de la chose louée, l'*ijara muntahia biltamlik* qui est une location assortie d'une promesse de vente ou une promesse de don¹⁸⁹⁹ le permet. Les deux sont néanmoins régis par un corpus juridique commun établi par le premier jusqu'à ce que la promesse soit exécutée dans le second¹⁹⁰⁰.

L'*ijara* qui doit obligatoirement transférer le droit de propriété se nomme aussi « *ijara wa iktina* »¹⁹⁰¹. Ce dernier désigne, en fait, une opération encadrée par une convention-cadre qui comprend un contrat de vente qui produit ses effets après l'exécution de la promesse d'achat du preneur, contrat qui est adjoint au contrat d'*ijara*¹⁹⁰². Dans une logique de crédit, le schéma suivant montre les spécificités d'un crédit *ijara* classique.

¹⁸⁹⁸ Voir supra, n° 665 à 669.

¹⁸⁹⁹ « *The term Ijarah as used in this standard means leasing of property pursuant to a contract under which a specified permissible benefit in the form of a usufruct is obtained for a specified period in return for a specified permissible consideration. One of the forms of Ijarah used by Islamic financial institutions is Ijarah Muntahia Bittamleek. This is a form of leasing contract which includes a promise by the lessor to transfer the ownership in the leased property to the lessee, either at the end of the term of the Ijarah period or by stages during the term of the contract, such transfer of the ownership being executed through one of the means specified in the Standard* », Annexe B, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.

¹⁹⁰⁰ « *The Ijarah Muntahia Bittamleek, on the other hand, is not different in its rules from an ordinary Ijarah, except that it is associated with a promise by the lessor to transfer ownership at the end of the Ijarah term. The validity of this form of Ijarah is confirmed by the resolution of International Islamic Fiqh Academy which explained the impermissible and the permissible forms of Ijarah Muntahia Bittamleek (Resolution of the International Islamic Fiqh Academy No. 110 (4/12))* », Annexe B, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.

¹⁹⁰¹ T. Usmani, op. cit. ; voir aussi la décision de base de la Banque de Liban n° 9042 du 1^{er} juin 2005 relative aux opérations de *Ijara Tachghilia* et de *Ijara Muntahia bil Tamalouk*, prise en application de la circulaire de base n° 99

¹⁹⁰² Article 2/1, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.



Schéma du crédit *ijara*

Source : A. Hassoune, Conférence inaugurale du Diplôme d'université Finance Islamique, 21 janvier 2008, École de Management de Strasbourg, Université de Strasbourg.

Cette opération montre que le contrat d'*ijara* est conclu entre le banquier et le client.

Il faut aussi noter que le banquier n'est pas obligé d'acheter le bien, s'il l'a déjà dans son patrimoine. Par contre, l'opération prend une autre tournure si le bien doit être construit puis donné en location. Ici, le contrat d'*istisna* est exécuté avant le contrat d'*ijara*.

Il peut aussi arriver que le client et la banque constitue une société (*shirkat al mulk*) pour acheter ensemble la chose en vue de la louer ensuite au client. Cette opération est un *ijara* combiné à la *moucharaka* dégressive¹⁹⁰³.

683. – « *Crédit ijara muntahia bittamlik* », un crédit assorti d'une promesse de vente. En principe, le contrat d'*ijara* ne peut pas être assorti de clause qui dénaturerait sa nature en cours de son exécution. Il peut néanmoins être assorti d'une promesse d'achat ou de vente si elles sont indépendantes et consignées dans un nouvel *instrumentum*, avec la possibilité de les intégrer dans une convention-cadre d'*ijara wa iktina* ou d'*ijara muntahia bittamlik*. Cette promesse doit être strictement unilatérale parce que si elle est synallagmatique (cas où le locataire promet d'acheter et

¹⁹⁰³ Voir infra, n° 685,

le bailleur promet de vendre), elle est interdite du fait de sa qualification en un contrat de vente à découvert¹⁹⁰⁴.

Lorsque le bailleur promet de vendre la chose à terme, le preneur doit disposer d'une faculté de l'acheter ou non. Le régime juridique de l'*ijara* s'appliquera à l'*ijara muntahia bittamlik* jusqu'à l'exécution de la promesse, ou de la levée de l'option. En aucun cas, les parties ne peuvent déroger aux règles du premier sous prétexte que le client a promis d'acheter à terme le bien loué (*ijara wa iktina*), ou que la réglementation locale qualifie la transaction en une vente à tempérament¹⁹⁰⁵.

Selon l'AAOIFI, en vue de réaliser l'opération de crédit *ijara muntahia biltamlik*, les parties peuvent recourir à l'une des trois méthodes suivantes : 1) soit en exécutant la promesse de vente en contrepartie du paiement d'une somme (résiduelle ou non), ou du paiement anticipé de tous les loyers, ou en payant à la valeur marchande le bien ; 2) soit en exécutant une promesse de don sans le paiement d'une quelconque somme d'argent ; 3) soit, enfin, grâce à l'exécution de la promesse de don en contrepartie du paiement de tous les loyers¹⁹⁰⁶.

La conclusion du véritable contrat de vente devant être distincte du contrat de location, cela implique que la vente ne comporte pas de clause de réserve de propriété. Étant donné que les différentes promesses mentionnées plus haut ont une force obligatoire, la conséquence est qu'une seule partie est néanmoins liée par la promesse alors que l'autre partie est libre de ne pas poursuivre la transaction¹⁹⁰⁷. S'il faut conclure un nouveau contrat pour assurer le transfert de propriété résultant du don ou de la vente¹⁹⁰⁸, la conclusion du nouveau contrat n'est pas nécessaire dans le cas de la promesse de don conditionnée par le paiement de tous les loyers¹⁹⁰⁹.

684. – Combinaison « *ijara à terme/istisna* ». La combinaison du contrat d'*istisna* et du contrat d'*ijara à terme* permet de structurer le financement d'un bien à construire qui sera donné en location à son achèvement : le premier contrat intervient pendant la phase de construction¹⁹¹⁰ ; et le second en vue de rembourser les apporteurs de capitaux grâce aux loyers perçus par la location des biens

¹⁹⁰⁴ Annexe B, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*. « *The basis for not allowing bilateral promises is that the resemblance of these promises to a contract, i.e. a contract is effected before taking ownership of the subject matter of the contract. The International Islamic Fiqh Academy has issued a resolution in this regard (The International Islamic Fiqh Academy's resolution No. 40-41 (2/5 and 3/5))* »

¹⁹⁰⁵ Article 8/6, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁹⁰⁶ Article 8/1, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁹⁰⁷ Article 8/2, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁹⁰⁸ Article 8/3, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁹⁰⁹ Article 8/4, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁹¹⁰ Voir supra, n° 577 – 585.

construits (aéroport, gare, autoroute, hôpital, oléoduc, etc.)¹⁹¹¹. Elle permet ainsi de répliquer les *cash flows* des financements de projets conventionnels. L'emprunteur peut être un constructeur ou un intermédiaire pour conduire les travaux de construction. L'emprunteur-constructeur et le banquier concluent ensuite un contrat de location à terme parce que le banquier qui deviendra le propriétaire à la livraison peut louer à terme le bien construit. Une fois la construction terminée, l'apporteur de capital louera les actifs à l'emprunteur jusqu'à échéance.

À maturité, le bien peut être vendu à l'emprunteur qui peut à son tour le revendre ou le louer.

685. – Combinaison « *ijara* » et « *moucharaka* dégressive ». Abou Hanifa ne voyait pas d'objection pour la conclusion d'un *ijara* entre les associés d'une même société¹⁹¹². Il est donc permis de structurer une opération de crédit combinant l'*ijara* et la forme de dégressive du contrat de société *moucharaka* que nous verrons dans le second chapitre¹⁹¹³. Le banquier et le client deviennent des associés qui acquièrent ensemble un bien qui sera donné par la suite en location au client. Ce dernier doit alors verser des loyers qui représentent une part locative et une part du prix d'acquisition des parts de la banque. Arrivé à échéance, le client devient l'unique propriétaire parce que les loyers ont permis d'acquérir toutes les parts du banquier¹⁹¹⁴.

686. – Titrisation des contrats d'« *ijara* » et « *sukuk ijara* ». Les « *sukuk ijara* » sont des titres financiers islamiques qui confèrent obligatoirement à son titulaire des droits réels sur le pool d'actifs et des droits pécuniaires grâce à leur location. Pour beaucoup de juristes, ce montage ne revient pas à faire le commerce de dette, suspecte au regard de la prohibition du *ribâ*¹⁹¹⁵. En effet, le montage s'adosse sur un bien, quoique destiné à la location.

En fait, il n'est pas permis que la créance de loyer soit titrisée si l'émetteur de *sukuk* n'est pas le propriétaire de l'actif sous-jacent. La créance et l'actif sous-jacent étant indissociables, la titrisation de type *ijara* doit donc porter sur les deux¹⁹¹⁶. Ainsi, les banques islamiques peuvent émettre des *sukuk* qui représentent des crédits *ijara* à condition que les titulaires de ces titres deviennent les

¹⁹¹¹ A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 82-88.

¹⁹¹² W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 395.

¹⁹¹³ Voir infra, n° 800.

¹⁹¹⁴ Article 3/6, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.

¹⁹¹⁵ M. Ayub, *Understanding Islamic Finance*, op. cit., p. 298 – 300.

¹⁹¹⁶ *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Rapport préc.

propriétaires des actifs sous-jacents. Ces titres sont négociables sur un marché secondaire en vue, par exemple, de refinancer une banque ou de construire un ensemble immobilier¹⁹¹⁷.

Prenons deux exemples : l'un concernant le financement qui a servi à construire les tours Zam-Zam à la Mecque, en Arabie Saoudite, et l'autre qui a été lancé l'été 2012 en France.

On comprendra mieux le second si on explique les tenants et les aboutissements des sukuk émis en Arabie Saoudite. Dans ce dernier cas, les investisseurs qui avaient apporté des fonds pour financer la construction des tours ont perçu des loyers quand l'ouvrage a été achevé. L'opération qui s'étendait sur vingt-quatre ans s'est fondée, outre sur l'*ijara*, sur l'*istisna* et sur le *waqf* (fondation pieuse), en empruntant les caractéristiques des Build Operate Transfer (BOT). Le *waqf* est une institution typique de l'Islam qui permet à un constituant de donner définitivement un bien (meuble ou immeuble) à un gestionnaire pour que les musulmans en tirent profit¹⁹¹⁸.

L'opération a pris une tournure complexe lorsque des *sukuk* ont été émis. Ils avaient une valeur totale de 390 millions de dollars, et ont emprunté le cadre juridique de l'*ijara à terme*. Mais ces titres, négociables, ont donné le droit à leur titulaire de se retirer à des dates préalablement fixées, ce qui a conduit à une « spéculation contrôlée »¹⁹¹⁹.

Si les auteurs relèvent que ces *sukuks* sont une innovation importante pour l'industrie bancaire islamique parce qu'ils sont les premiers qui utilisent le concept d'« *ijara dérivé* »¹⁹²⁰ alors qu'il existe un accroissement de critiques s'articulant sur le manque de discernement des promoteurs dans l'application des principes éthiques de l'Islam, notamment en tentant de souiller les lieux sacrés par la recherche de rentabilité ; bien que le régime juridique du financement soit construit conformément aux positions des écoles hanafites et malékites. La conscience des promoteurs du projet a été soulagée par le fait que le montage offrait la faculté de louer ou de sous-louer les appartements après leur construction à des pèlerins qui accomplissent un des cinq piliers de l'Islam¹⁹²¹.

Deux autres points sont à retenir dans ce montage : d'une part, ce sont les loyers futurs, fixes et/ou variables, qui ont constitué le revenu des investisseurs ; et d'autre part, les *sukuk* ont transféré à une grande partie des investisseurs-pèlerins la propriété d'un appartement.

¹⁹¹⁷ M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 113.

¹⁹¹⁸ A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, *Structuring Islamic Finance Transactions*, op. cit., p. 82.

¹⁹¹⁹ The Independant, *Mecca for the rich : Islam's holiest site « turning into Vegas »*, 24th september 2011.

¹⁹²⁰ A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 82 – 85.

¹⁹²¹ Idem : Ce complexe permet de moderniser les infrastructures en vue d'offrir des services de qualité aux pèlerins. A l'origine de ce chantier, se trouve de multiples organisations gouvernementales et de bienfaisance à l'instar du King Abdel Aziz Waqf.

Concernant le sukuk émis en France, c'est la société Legendre Patrimoine qui est chargée de l'information et de la souscription¹⁹²². Il s'agit d'un *sukuk ijara* avec un « rendement garanti de 7% net ». La brochure d'information indique que « la perception d'un loyer est assurée pour 20 ans grâce au principe de la revente d'électricité à EDF », en insistant sur l'équation plus ou moins rassurante « Contrat EDF = Sécurité ». Selon cette société, ce *sukuk* qui a pour objet d'investir « dans des centrales photovoltaïques est une diversification avantageuse et originale de votre patrimoine »¹⁹²³. Ce nouveau type d'investissement en France est très original parce qu'il doit être en conformité avec le droit français¹⁹²⁴, en investissant dans les nouvelles technologies qui contribuent à lutter contre la pollution

En définitive, le contrat d'*ijara* permet de structurer des produits bancaires et financiers de la même manière que les contrats de vente, alors même que les mécanismes de crédit *ijara* présentent les caractéristiques du financement d'un actif qui deviendra ou non la propriété du client au terme du contrat ou lors de la levée de l'option.

2) Les règles spécifiques encadrant les opérations de crédit « *ijara* »

687. – Conditions communes à tous les crédits « *ijara* ». Les financements adossés au contrat d'*ijara* doivent tenir compte des trois caractéristiques suivantes : d'une part, l'existence d'un actif physique qui sécurise d'un point de vue islamique la transaction, d'autre part, une rémunération périodique assurée par le versement de loyers dont le montant peut varier d'une échéance à une autre, et enfin, une structuration adéquate pour ne pas entrer dans le champ d'application de l'une ou l'autre prohibition islamique¹⁹²⁵.

Le crédit *ijara* consiste pour une banque à acquérir un actif auprès d'un fournisseur en vue de le louer à son client. S'il est très proche, dans la forme et dans l'esprit, d'un contrat de location assortie

¹⁹²² <http://www.legendre-patrimoine.com/sukuk-orasis/> ou <http://www.legendre-patrimoine.com/wp-content/uploads/2012/09/Orasis-Plaquette.pdf>.

¹⁹²³ Idem.

¹⁹²⁴ M. Storck et I. Z. Cekici, *Les sukuk : aspects de droit français et de droit musulman*, art. préc., p. 39.

¹⁹²⁵ Voir W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 381 – 434 ; M. Obaidullah, op. cit., p. 99 – 100 ; A. Khouildi, *Le leasing (Ijara wa iqtina)*, in *Introduction aux techniques de financement islamique*, actes de séminaires, n° 37, Banque Islamique de Développement-IRTI, 1^{ère} édition, Djeddah, Arabie Saoudite, 1996, p. 131 – 150 ; M. T. Usmani, op. cit. ; Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 86 ; B. Kettel, op. cit. ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, *Structuring Islamic Finance Transaction*, op. cit., p. 77 – 92 ; *Instruments bancaires et financiers islamiques*, in site officiel du gouvernement du Canada, dernière visite le 21 septembre 2007, http://www.infoexport.gc.ca/ifinet/arab_guide-f.htm.

d'une promesse de vente ou d'un contrat de crédit-bail, il existe cependant quelques différences importantes parce que d'une part, le régime juridique de l'*ijara* emprunte celui de la vente avant et après la période de location ; et d'autre part, deux des trois composantes d'un droit réel sont nécessairement exploitées, à savoir l'*usus* et le *fructus* (et non l'*abusus*) lors de l'exécution du contrat de bail. La dernière composante est exploitée si l'opération se fonde sur la performance de l'actif sous-jacent. En fait, la rémunération sans *ribâ* du banquier se calle, en principe, sur la durée de la location, plus précisément sur les échéances accordées au client dans une logique de mise à disposition de fonds¹⁹²⁶.

Si la propriété du bien est transférée à l'acheteur dans la vente dès la conclusion du contrat, l'*ijara* ne transfère que sa jouissance au locataire. Le banquier-bailleur doit être propriétaire de la chose louée en conservant les droits réels qui s'y greffent. Il ne peut pas dissocier la propriété et sa rémunération au risque d'entacher l'opération de *ribâ*. Ce dernier ne se génère pas si le banquier calcul une marge bénéficiaire lorsque le montant total des loyers est supérieur au prix d'achat du bien par le banquier.

Dans les opérations de crédit *ijara*, les parties doivent rédiger et signer une série d'actes juridiques, où chacun doit être indépendant au risque que l'opération soit requalifiée, notamment en une vente *inah*, exposée déjà plus haut¹⁹²⁷.

688. – Financements permis et financements interdits. Dès lors que la chose et son usage sont conformes à la loi islamique, un financement fondé sur le contrat d'*ijara* peut être réalisé.

Plus spécifiquement, l'objet de l'*ijara* pourrait aussi être, selon l'AAOIFI, une part d'un bien indivis, lequel pouvant appartenir conjointement ou non au locataire et au bailleur. Ici, s'appliquent alors les règles relatives à partager sur la même période un usufruit par plusieurs individus¹⁹²⁸.

En revanche, en ce qui concerne les financements interdits par la loi islamique, il faut noter une série de réserves. D'abord, si un bien indivis peut faire l'objet d'un *ijara*, aucun indivisaire ne peut être en revanche un locataire. Puis, un crédit *ijara* ne doit pas financer une activité en relation avec le jeu de hasard, l'enseignement de la magie, la rédaction d'un ouvrage ou la production d'un film subversif,

¹⁹²⁶ De même, les auteurs précisent que la durée se calle sur le calendrier lunaire qui n'a certes pas nécessairement d'importance de nos jours.

¹⁹²⁷ Voir supra, n° 137, 371 – 373.

¹⁹²⁸ Article 5/1/2, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.

érotique, pornographique, la composition de chanson, outrepassant la bienséance et les bonnes mœurs¹⁹²⁹.

689. – Procédure préalable à la location : achat du bien par le banquier. En vertu de l'article 3/1 du Standard Sharia de l'AAOIFI, la validité de l'*ijara* dépend de l'acquisition préalable du bien par le banquier. Cependant, ce standard utilise comme temps de conjugaison le conditionnel : « *the contract should be preceded by acquisition either the asset to be leased or the usufruct of that asset* ». Est-ce que nous pouvons conclure que le bailleur peut ne pas être le propriétaire du bien ? Cette idée ne résisterait pas aux principes et aux règles islamiques. Cela signifie qu'un bien faisant déjà partie du patrimoine du banquier peut être donné en location.

En effet, si le bien n'est pas la propriété du banquier, le contrat doit être qualifié de mandat. Or, l'*ijara* à terme est permis, ainsi que le *lease-back* et la combinaison *ijara/istisna*. Même si le banquier doit acquérir le bien auprès d'un fournisseur, rien n'empêche, en droit musulman, qu'il l'achète auprès de son client désireux d'effectuer une opération *ijara*, tout en faisant attention à ce que l'*ijara* et le contrat d'achat ne soient pas conditionnés l'un par l'autre¹⁹³⁰. D'ailleurs, même si le bien n'est pas enregistré comme étant la propriété du banquier, il faut que le fournisseur ou le client fournisse un acte juridique prouvant le transfert de propriété du bien.

En pratique, le banquier mandate son client pour réceptionner le bien pour commencer la location¹⁹³¹. Deux contrats sont signés : d'une part, le client de la banque peut être mandaté pour réceptionner le bien alors même que l'AAOIFI indique qu'il est préférable que le client ne soit pas mandaté pour effectuer cette tâche¹⁹³² et, d'autre part, un *ijara* proprement dit. Les deux contrats produisant successivement leurs effets, ce n'est que dans la deuxième partie de l'opération qu'une relation de « crédit-bailleur/crédit-preneur » se cristallise.

690. – Versement d'un « *hamish jiddiya* » par le client. Le banquier peut exiger que le client verse une sorte d'acompte qui réponde aux mêmes spécificités que le *hamish jiddiya* d'une opération de crédit *mourabaha*¹⁹³³. N'étant ni un acompte, ni arrhe, ce montant est une garantie qui prévient le

¹⁹²⁹ Imam Abou Hanifa, in *El-Ihtiyar*, p. 193, n° 157.

¹⁹³⁰ Articles 3/1 et 3/2, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.

¹⁹³¹ M. T. Usmani, op. cit., p. 104.

¹⁹³² Article 3/7, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*..

¹⁹³³ Article 2/3, et Annexe B, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

désistement du client. Cette somme d'argent peut également faire l'objet d'un investissement ou d'un placement.

En cas de manquement à ses obligations, l'AAOIFI indique qu'il est préférable que, d'un point de vue islamique, le banquier ne garde pas toute la somme, mais uniquement la partie qui couvre les frais réels engendrés par ce manquement¹⁹³⁴. Le banquier ponctionne le montant nécessaire pour couvrir ses frais ; et le solde de ce montant doit être reversé au client, déduction faite, le cas échéant, des frais engendrés pour vendre ou louer le bien à un tiers.

691. – Fixation et composantes du loyer. Le loyer peut être fixe en prenant en compte le prix d'acquisition du bien augmenté d'une marge bénéficiaire correspondant à un taux d'intérêt comme le LIBOR ou l'EURIBOR¹⁹³⁵. La différence entre le prêt à intérêt et le crédit *ijara* se trouve dans la location d'un bien, et non en un loyer de sommes d'argent.

Contrairement au prêt à intérêt, lorsque le bien ne peut plus être utilisé, le contrat d'*ijara* peut être résilié alors que l'emprunteur ne tire plus profit des sommes avancées¹⁹³⁶.

De manière générale, le loyer est scindé en trois parties dans les opérations de crédit islamique : le loyer proprement dit, la marge bénéficiaire, et le cas échéant, diverses dépenses fixées par le bailleur¹⁹³⁷. La marge bénéficiaire est conforme à la loi islamique dès lors qu'elle présente les mêmes caractéristiques que celle stipulée dans un crédit *mourabaha*¹⁹³⁸. Mais, il est permis que le montant du loyer varie en tenant compte un indice ou une référence du marché dédiée à la location du bien¹⁹³⁹.

692. – Pénalités de retard et défaillance du client. Pour ne pas entrer dans le champ d'interdiction du *ribâ*, les banques islamiques doivent indiquer les modalités de perception des pénalités de retard parce qu'elles ne sont pas permises par la loi islamique et doivent être reversées à une partie à une œuvre de charité¹⁹⁴⁰.

¹⁹³⁴ Article 4/1/4, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁹³⁵ M. T. Usmani, op. cit., p. 105.

¹⁹³⁶ Idem.

¹⁹³⁷ Article 5/2/4, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.

¹⁹³⁸ Voir supra, n° 362, 528.

¹⁹³⁹ M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 104.

¹⁹⁴⁰ Ibidem, p. 109.

En cas de défaillance du client, le bailleur peut ne pas se prévaloir uniquement des sommes effectivement dues par le *mustajir*. Il peut imputer les frais liés à la liquidation sur le client¹⁹⁴¹.

En vue de sécuriser l'opération de crédit, il est possible de la garantir en constituant une sûreté. Il est aussi permis qu'un autre bien fasse l'objet d'une sûreté ou qu'une personne se porte caution. D'un point de vue de technique contractuelle, si l'*ijara* peut être qualifié de prêt garanti par un bien, ce dernier ne peut pas être gagé ou hypothéqué parce que c'est le bailleur qui est déjà le propriétaire.

693. – Clause de garantie et de non-recours. L'objet du contrat d'*ijara* – variable au regard de l'usufruit, mais rigide au regard des règles qui le régissent – délimite les droits et les obligations du dispensateur de crédit *ijara* et de son client. Il consiste donc à ce que le bailleur donne en location le bien pour une durée et un loyer convenus dans le contrat. C'est pourquoi le bailleur islamique doit supporter les risques liés à la propriété du bien notamment en cas de détérioration. Il doit donc assumer les charges liées à la maintenance générale en vue de garder le bien en état d'être utilisé tout en pouvant mandater le preneur pour l'effectuer alors que ce dernier devrait s'acquitter uniquement des charges liées à un usage en bon père de famille. En pratique, la convention de crédit comporte une clause selon laquelle le banquier transfère les actions en garantie au locataire en vue de se retourner contre le vendeur initial. Par contre, il ne peut y avoir une clause non-recours qui interdirait au locataire d'intenter une action contre le banquier.

En cas de manquement à l'obligation de livrer l'actif, le locataire n'est pas tenu de payer les loyers, à moins que les parties conviennent du report de son exécution conformément à un cahier des charges¹⁹⁴². Certaines charges (frais de livraison, fret, droits de douane, etc.) seront supportées par le client *in fine*.

694. – Responsabilité du locataire. La principale obligation du locataire est de payer le loyer, ce qui lui permettra de jouir du bien en y veillant comme un bon père de famille. Il n'est pas responsable des dommages causés par des faits extérieurs, à moins que sa faute soit prouvée.

S'il a commis une faute, il sera tenu soit de remplacer le bien, soit d'indemniser le bailleur si le remplacement du bien n'est pas possible ; à moins de démontrer que ce bien souffrait d'un vice

¹⁹⁴¹ Article 6/5, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.

¹⁹⁴² Article 4/1/3, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

caché qui s'est révélé lors de sa jouissance¹⁹⁴³. Il pourra être condamné à poursuivre le paiement des loyers au titre de dommages-intérêts¹⁹⁴⁴.

Il doit non seulement utiliser le bien conformément aux clauses du contrat, mais également en accord avec la réglementation bancaire. Il prendra en charge les dépenses usuelles qui lui incombent normalement, ce qui, dans une approche bancaire, conduit à informer sur les coûts devant être supportés par le client.

695. – Assurance. Si le bien doit être assuré (véhicule, appartement, etc.), les primes doivent être versées par le banquier parce qu'il est le propriétaire du bien¹⁹⁴⁵.

Si l'AAOIFI admet que la souscription obligatoire d'une assurance puisse implicitement servir à fixer le montant du loyer, ces derniers ne peuvent pas être modifiés après la conclusion du contrat¹⁹⁴⁶.

En définitive, l'encadrement juridique du crédit *ijara* par le droit français peut sembler plus aisée que les crédits adossés aux contrats de vente parce qu'il existe des textes qui encadrent des techniques juridiques similaires.

¹⁹⁴³ Article 7/1/4, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.

¹⁹⁴⁴ Articles 5/1/6 et 5/1/8, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

¹⁹⁴⁵ M. T. Usmani, op. cit., p. 111.

¹⁹⁴⁶ Articles 5/1/8 et 6/1, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

§2) Les régimes juridiques français des opérations de crédit « ijara »

696. – Plusieurs qualifications et plusieurs régimes juridiques applicables. Le contrat d'*ijara* peut être régi comme une location simple au sens du droit français. Dès lors qu'elle sert à structurer un crédit, des nouvelles règles s'adjoignent pour lesquelles il convient de retenir la qualification de la location assortie d'une promesse de vente et de crédit-bail (A).

Le crédit *ijara* devrait alors appliquer le régime juridique tant de la location assortie d'une promesse de vente (B), que du crédit-bail (C).

A) La qualification juridique des opérations de financement « ijara » en droit français

697. – Qualification en deux temps. Le contrat d'*ijara* peut être qualifié de contrat de louage, c'est-à-dire une location simple au sens du droit commun français (1). Lorsqu'il sert de contrat sous-jacent pour structurer une mise à disposition de fonds, des règles spécifiques s'adjoignent pour retenir une qualification de crédit-bail ou de location assortie d'une promesse de vente (2).

1) La qualification du contrat d'« ijara » en droit français

698. – Qualification en contrat de bail. Si le contrat d'*ijara* et le contrat de louage ont la même nature et le même objet¹⁹⁴⁷, l'application du régime commun du louage de chose aux crédits *ijara* n'est envisageable qu'en cas de silence des textes spéciaux.

« Conformément au droit commun, le bail est formé lorsque l'accord s'est fait sur ses éléments essentiels : la chose et son utilisation, l'obligation au paiement d'un loyer et la date d'entrée en

¹⁹⁴⁷ Pour l'objet du contrat d'*ijara*, voir supra, n° 662 à 672 ; pour l'objet du contrat de bail, notamment A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 523 à 526.

jouissance »¹⁹⁴⁸. L'écrit n'est pas une condition de validité du contrat parce que l'article 1714 du Code civil permet la conclusion verbale du contrat. Un écrit permet néanmoins de clarifier les obligations des parties (destination des lieux, montant des loyers, indexation, durée)¹⁹⁴⁹.

En droit musulman, l'*ijara* est la vente de l'usufruit d'une chose. Est-il toujours un louage qui consiste à procurer une jouissance de la chose au locataire. En droit français, la distinction est plus tranchée entre l'usufruit et la jouissance d'une chose : le premier est un démembrement d'un droit réel ; alors que la seconde est un droit personnel.

Le louage, ou le bail, confère au locataire un droit sur le bailleur : le droit de jouir paisiblement d'une chose. Le terme « jouissance » est alors utilisé pour désigner la mise à disposition du bien au locataire. La jouissance de la chose se différencie de l'usufruit d'une chose par le fait que la première confère au locataire un droit personnel sur son bailleur alors que l'usufruit a un rapport direct avec le bien, c'est-à-dire un droit réel : les conséquences de cette différence se retrouvent notamment en matière de risques sur la chose. « *Si la chose périt, le locataire est libéré de ses obligations puisque le bailleur ne peut lui en procurer la jouissance, alors qu'un usufruitier subit cette perte directement (res perit domino) et ne peut donc récupérer le prix versé* »¹⁹⁵⁰. Il en découle que la définition retenue en droit musulman de l'*ijara* comporte une redondance (vente de l'usufruit), à moins que le droit du locataire soit considéré comme un droit réel sur la chose. Or, son régime montre qu'il y a bien un droit personnel du locataire sur le bailleur parce que, si la chose périt, le locataire ne paie plus les loyers.

699. – Contrat sous-jacent à un crédit. En matière de crédit, M. Bénabent montre que le contrat de louage perd un élément essentiel de sa qualification : « *lorsque la jouissance n'est pas l'objet principal du contrat, mais une technique permettant d'anticiper le transfert de propriété, véritable objectif des parties, le contrat n'est pas, même pendant la période dite de location, un bail. Tel est le crédit-bail, associant location et promesse de vente (...)* De même, la location-accession prévue par la loi du 12 juillet 1984 échappe au statut des baux d'habitation (art. 28 à 34). Enfin, les locations-ventes mobilières ont été fréquemment requalifiées de ventes à tempérament, lorsqu'on ne pouvait

¹⁹⁴⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 647 : Cependant, les parties sont soumises à une durée minimale, un renouvellement ou un maintien dans les lieux dans les baux d'habitation ; il existe un choix pour le bailleur portant sur son locataire tant qu'il ne procède pas à une discrimination bien que la loi du 29 juillet 1998 sur l'exclusion permet à l'autorité publique de réquisitionner les locaux vacants, ce que les auteurs appellent « bail forcé ».

¹⁹⁴⁹ Ibidem, n° 651.

distinguer clairement le bail de la promesse de vente. (...) La location permet alors, comme la vente, de réaliser une opération de crédit »¹⁹⁵¹. Les deux Droits, qui permettent la structuration de crédit grâce au contrat de louage, dénaturent l'objet du contrat. L'objet de l'opération de crédit est en fait bien différent de celui du contrat. La nature des obligations des parties est alors modifiée¹⁹⁵².

700. – L'influence des obligations du bailleur sur la qualification¹⁹⁵³. En droit français, les obligations du bailleur sont fixées par les articles 1719 à 1727 du Code civil¹⁹⁵⁴ : il doit assurer au locataire la jouissance paisible de la chose (art. 1719, 3° et 1°, art. 1726) après l'avoir mise à sa disposition¹⁹⁵⁵. L'article 1720, alinéa 1, exige que la chose soit délivrée « *en bon état de réparation de toute espèce* ». Ainsi, le bailleur est tenu de toutes les réparations, « *mêmes celles qui, par la suite, pèseront sur le preneur* »¹⁹⁵⁶. Il peut aussi conseiller le locataire pour lui permettre de mieux jouir de la chose¹⁹⁵⁷. Ici, il n'existe pas de différence avec les obligations du bailleur islamique (*mujir*).

En droit français, le bailleur doit aussi entretenir la chose. Il s'agit en réalité des grosses réparations (art. 1719, 2° et 1720) et les entretiens courants pèsent sur le locataire. Le contrat d'*ijara* ne s'en différencie guère. Il en est de même des situations où le bailleur doit également garantir le bien de tous vices ou défauts (art. 1721) ainsi que tous troubles de jouissance émanant du bailleur ou de tiers (art. 1725 à 1727).

En cas de défaut d'entretien, le bailleur engage sa responsabilité contractuelle : « *si le preneur est un consommateur, la clause exonératoire trop général tomberait sous le coup des clauses abusives* »¹⁹⁵⁸. Ce point est particulièrement intéressant dans la mesure où le droit musulman n'a pas

¹⁹⁵⁰ Ibidem, n° 641 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 516.

¹⁹⁵¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 616.

¹⁹⁵² Ibidem, n° 599 – 699 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 502 à 606.

¹⁹⁵³ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 540 à 547.

¹⁹⁵⁴ Lorsque le bail a pour objet un local d'habitation ou local commercial, ce sont des statuts spéciaux qui s'appliquent : voir Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 669 et 670 : Pour les baux d'habitation, ont été adoptées la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948, ainsi que la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 ou encore la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989. Selon M. Bénabent, « *On se trouve donc dans une situation de droit positif extrêmement complexe, car chaque bail est en principe régi par la loi en vigueur au jour de sa conclusion : quatre régimes coexistent donc (baux de la loi de 1948, de la loi de 1982, de celle de 1986 et de celle de 1989)* » (*Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 597).

S'agissant des baux commerciaux, le Décret n° 53-960 du 30 décembre 1953 a institué leur statut, codifié aujourd'hui aux articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce.

¹⁹⁵⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 680 à 685.

¹⁹⁵⁶ Ibidem, n° 680.

¹⁹⁵⁷ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 543.

¹⁹⁵⁸ Idem.

réellement encadré les clauses abusives. Un emprunt au droit français pourrait réactualiser le *fiqh*, bien qu'il ne soit pas totalement produit par un État. De même, pour l'obligation de sécurité qui pèse sur le bailleur¹⁹⁵⁹ ainsi que de la responsabilité du fait des produits défectueux en vertu de l'article 1386-7 du Code civil. En matière de crédit, le droit français admet des aménagements du droit commun, alors que le droit musulman persiste à appliquer le régime commun, notamment en matière de grosses réparations.

En ce qui concerne la transmission du bail, le bailleur dispose du droit de vendre la chose (art. 1743 à 1750 du Code civil) et le locataire de céder son bail ou de le sous-louer (art. 1717 et 1751 du même Code). Peut-on imaginer la cession du bail par le client de la banque ? Pour prévenir ce cas, la banque peut stipuler une clause qui l'interdise. Il peut en revanche prévoir que le client continue toujours à jouir de la chose s'il la vend à un tiers, notamment à une autre banque¹⁹⁶⁰. Ici encore, les deux Droits se rejoignent, ce qui signifie que l'*ijara* est un louage au sens du droit français, et inversement, sous réserve des points que nous avons soulevés ainsi que des obligations qui pèsent sur le preneur.

701. – L'influence des obligations du locataire sur la qualification. Le locataire est tenu à une série d'obligations prévues dans le Code civil. D'abord, l'article 1728 dispose que « *le preneur est tenu de deux obligations principales : 1° D'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention ; 2° De payer le prix du bail aux termes convenus* ». On retrouve ces deux obligations dans le contrat d'*ijara*. Le droit français laisse cependant une marge de manœuvre quant aux modalités d'user de la chose. C'est le contrat qui doit les définir, à défaut il sera fait référence

¹⁹⁵⁹ Ibidem, n° 545.

¹⁹⁶⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 671 à 675 : Les auteurs parlent de la « *stabilité de la jouissance* » lorsque le bailleur vend la chose louée, notamment si des statuts spéciaux s'appliquent. « *Les règles spéciales aux baux ruraux, commerciaux et d'habitation ont pour objectif essentiel de renforcer la stabilité du droit du preneur à bail, par deux séries de dispositions exorbitantes du droit commun, qui ne sont pas contraires aux droits de l'homme : 1° l'octroi d'un droit au renouvellement (bail rural et commercial) ou au maintien dans les lieux (L.6 juillet 1989) à l'expiration du bail initial et de ses renouvellements ; 2° la limitation de la résiliation en cours de bail. À ce titre, elles sont d'interprétation stricte.*

La stabilité n'est offerte au preneur que s'il exploite ou habite personnellement dans les lieux loués, de manière effective. Le droit du preneur mérite d'être préféré à celui du bailleur, tant qu'il est le vecteur d'intérêts sociaux ou économiques jugés supérieurs. La préférence disparaît lorsque cessent l'exploitation ou l'habitation effectives, ou que les intérêts du bailleur deviennent de même nature que ceux du preneur : le bailleur dispose alors d'un droit de reprise ».

aux usages. Il faut à cet égard respecter, selon les expressions de M. Bénabent, la « *destination contractuelle* » et la « *substance de la chose* »¹⁹⁶¹.

Le paiement du loyer est, en droit français, « *une créance de droit commun* »¹⁹⁶² ; lequel peut être garanti par un cautionnement ou un dépôt de garantie. Le locataire ne peut pas *a priori* suspendre le paiement des loyers si le bailleur n'entretient pas la chose, à moins que la chose ne soit pas utilisable¹⁹⁶³. En droit musulman, le loyer est également une créance (*dayn*).

La doctrine française relève aussi que « *la prédétermination du prix n'est plus une condition de validité du bail. La règle vaut pour tous les types de louages, mobiliers ou immobiliers, corporels et incorporels (licences de marques ou de brevets) ; les parties peuvent ainsi conclure le contrat, le prix n'étant déterminé qu'au moment de son exécution* »¹⁹⁶⁴. Il existe une différence avec le droit musulman qui exige la détermination au moins du montant du premier loyer, et tout en acceptant l'indexation des loyers.

Le manquement du locataire à ses obligations peut conduire à la résiliation du contrat en vertu de l'article 1729 du Code civil. Un « état des lieux » peut être établi, ce qui permet au locataire de rendre la chose comme elle lui avait mise à sa disposition lors de la conclusion du contrat, sauf si la chose a été « *détruite par vétusté ou par force majeure* »¹⁹⁶⁵. Dans le cas où les parties n'ont pas établi un état des lieux, pèse une présomption que le locataire a reçu la chose « en bon état de réparations locatives », selon l'article 1731. Le locataire est alors tenu d'apporter des réparations de « menu entretien » : il doit réparer la chose pour qu'elle continue d'être utilisée couramment. Il s'agit d'une obligation de conservation qui complète l'obligation d'user en bon père de famille.

En revanche, le locataire répond des dégradations ou des pertes ainsi que des incendies, sauf à prouver son absence de faute¹⁹⁶⁶. Est également tenu à ces obligations le *mustajir* dans le contrat d'*ijara*. De cette façon, « *tout ce qui est plus important et tient à la structure de la chose est donc à la charge du bailleur* »¹⁹⁶⁷, sans que le bailleur puisse plafonner le montant des réparations¹⁹⁶⁸, point de convergence entre les deux Droits qui devrait aussi se réaliser pour encadrer les opérations de crédit.

¹⁹⁶¹ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 549.

¹⁹⁶² Ibidem, n° 548.

¹⁹⁶³ Cass. civ. 3^{ème}, 15 décembre 1993, D. 1994.462, note Storck.

¹⁹⁶⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 647, citant Cass. ass. plén., 1^{er} décembre 1995, Bull. civ. ass. plén., n° 7, 2 arrêts ; D. 1996.13, note L. Aynès.

¹⁹⁶⁵ Article 1730 du Code civil.

¹⁹⁶⁶ Articles 1732 et 1733 du même Code.

¹⁹⁶⁷ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 543 et spéc. n° 550.

2) La qualification juridique du crédit « *ijara* » en droit français

702. – Trois qualifications. Le financement islamique adossé sur le contrat d'*ijara* peut être qualifié tant en une location assortie d'une promesse de vente (a), qu'en crédit-bail (b). Cependant, les deux qualifications présentent des lacunes lorsque le bailleur de fonds fait peser sur le client des obligations qui ne sont pas conformes avec la loi islamique. C'est pourquoi ce financement devrait avoir une nouvelle qualification juridique (c).

a) La qualification du crédit « *ijara* » en location assortie d'une promesse de vente

703. – Distinction de la location assortie d'une promesse de vente et de la location-vente. La location assortie d'une promesse de vente est le crédit-bail des particuliers. En vertu de l'article L. 311-2 du Code de la consommation, « *la location-vente et la location avec option d'achat sont assimilées à des opérations de crédit* ». Si ce texte concerne le crédit adossé à un bien meuble, c'est l'article L. 312-24 qui dispose que « *les contrats de location-vente ou de location assortis d'une promesse de vente relatifs aux immeubles mentionnées au 1° de l'article L. 312-2 sont soumis au présent chapitre, dans des conditions fixées à la présente section* ». Cette qualification concerne uniquement le crédit *ijara muntahia biltamlik*¹⁹⁶⁹. Par contre, il existe une réticence certaine pour réaliser une location-vente si l'opération comprend une promesse synallagmatique au lieu d'une promesse d'achat du client¹⁹⁷⁰. La qualification de location-vente ne sera retenue que pour l'*ijara wa iktina*.

¹⁹⁶⁸ Idem, citant Soc., 5 janvier 1956, D. 1956.386, note Esmein.

¹⁹⁶⁹ Les parties ne devront pas oublier d'appliquer les dispositions de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 pour le bail portant sur des biens à usage d'habitation.

¹⁹⁷⁰ Annexe B, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek* : « *It must be noted that the permissible Ijarah Muntahia Bittamleek is different from hire-purchase as commonly practised by the conventional banks in the following respects. In hire-purchase, the terms and provisions of sale and leasing are applied to the subject matter at the same time, and subsequently the ownership of the subject matter is transferred to the lessee (buyer), once he pays the last instalment without the need for a separate contract for the transfer of ownership. In the permissible*

Selon MM. Malaurie, Aynès et Gautier, « *le crédit-bail ressemble davantage à une location-vente, avec l'adjonction d'une promesse unilatérale de vente* »¹⁹⁷¹. La différence entre les deux opérations se trouve dans le nombre de personnes impliquées : la location-vente se conclut entre deux personnes alors que le crédit-bail « *implique l'intervention d'une troisième personne, l'entreprise de crédit-bail, qui procède à l'achat préalable du bien* »¹⁹⁷². Selon MM. Piedelièvre et Putman, la distinction consiste dans le fait que, dans la location-vente, « *le locataire contracte l'obligation d'acheter le bien au terme du contrat (promesse synallagmatique de vente) alors que, dans le crédit-bail, il conserve la liberté d'acheter ou non le bien à échéance, car il est titulaire d'une option, la société de leasing lui consentant une promesse unilatérale de vente* »¹⁹⁷³. Ainsi, le crédit *ijara wa iktina* devra être qualifié en location-vente au regard du montage (obligation pour le client d'acheter le bien à terme), bien que la location-vente soit un contrat conclu entre deux personnes, et non une opération triangulaire.

704. – Critères de qualification. Assimilée à des opérations de crédit, la location assortie d'une promesse de vente se distingue de la location-vente « *selon que le transfert de propriété à terme est définitivement convenu dès le commencement du contrat, ou, au contraire, n'est qu'une faculté donnée au locataire* »¹⁹⁷⁴. Ainsi, l'*ijara wa iktina* peut alors être qualifié de location-vente du fait de l'obligation de transférer la propriété du bien à échéance, « *où les loyers payés en cours de location anticipent généralement le prix de vente* »¹⁹⁷⁵. Ainsi, il peut avoir pour objet la location d'un bien meuble ou immeuble qui se termine obligatoirement par une vente.

En outre, « *la jurisprudence affirme l'indivisibilité du louage et de la vente et l'unicité de la redevance ; elle décide en outre aujourd'hui, que ce contrat a successivement d'abord la nature*

Ijarah Muntahia Bittamleek, on the other hand, the provisions governing Ijarah are applied to the leased asset until the end of the Ijarah term, after which the lessee obtains ownership of the asset in the manner explained in this Standard. The basis for not allowing a simultaneous combination of Ijarah and sale is because making purchase contracts contingent upon leasing contracts is impermissible by an explicit text in the view of a number of jurists. This is prohibited by a well-known hadith which prohibits two sales in one sale ».

¹⁹⁷¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 814.

¹⁹⁷² Idem.

¹⁹⁷³ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 546.

¹⁹⁷⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 807. Pour les professionnels de la location commerciale, « *un contrat mixte qui associe le bail et la vente. Dans son acception classique, la location-vente est une location qui, au terme d'une période de jouissance, durant laquelle des versements sont effectués à titre de loyer, est assortie d'un transfert automatique de propriété au profit du locataire-acquéreur en exécution de la promesse synallagmatique de vente incluse dans le contrat* » : *Finance islamique et immobilier en France, Comprendre pour agir*, Livre blanc publié par DTZ Asset Management et Norton Rose, 2010, p. 95.

¹⁹⁷⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 807.

d'une location, puis celle d'une vente. Ce n'est pas, dès l'origine, une vente : le bailleur-vendeur demeure propriétaire, le bien n'est pas le gage des créanciers du locataire, il est aux risques du vendeur, sauf clause contraire, pendant la période de « location »¹⁹⁷⁶. Ainsi, la nature du contrat de location-vente convient à l'*ijara* dans sa variante location avec achat obligatoire du bien. Le droit musulman ne laisse pas la liberté aux contractants de faire peser les risques sur le locataire.

La location assortie d'une promesse de vente ne confère qu'une faculté d'achat du bien si le locataire le désire : « pendant sa jouissance, [le locataire] paie un « surloyer » représentant une fraction du prix, restituable, en tout ou partie, s'il n'y a pas de vente »¹⁹⁷⁷. Elle se distingue de la « location accompagnée » où « le preneur ne paie qu'un loyer, contrepartie de la jouissance, et dispose donc, à l'issue du bail, d'une véritable option : le lien entre le bail et la promesse est accidentel »¹⁹⁷⁸. Comme pour le crédit-bail, les redevances s'imputent sur le prix de vente dans la location assortie de promesse de vente.

En matière immobilière¹⁹⁷⁹, la location assortie d'une option d'achat se rapproche de la location-accession régie par la loi du 12 juillet 1984¹⁹⁸⁰ : « le contrat qui comporte les trois caractéristiques suivantes est un contrat de location-accession et est soumis à la loi : promesse de vente conférée à l'accédant (option) ; période préalable de jouissance à titre onéreux ; paiement d'une redevance jusqu'à la levée de l'option, comportant un « loyer » et la contrepartie « du droit personnel au transfert de propriété du bien »¹⁹⁸¹. Cette forme de location conviendra plutôt à l'*ijara muntahia biltamlik* parce que l'opération nécessite une promesse de vente. Ce contrat qui obéit en fait à un régime propre (art. 28 à 34) n'est pas une opération de crédit¹⁹⁸². Aucun texte ne l'y assimile contrairement à la location assortie d'une promesse, la location-vente ou le crédit-bail¹⁹⁸³.

¹⁹⁷⁶ Ibidem, n° 808.

¹⁹⁷⁷ Ibidem, n° 807.

¹⁹⁷⁸ Idem.

¹⁹⁷⁹ Loi n° 84-595 du 12 juillet 1984 ; pour plus de détail, voir *Finance islamique et immobilier en France, Comprendre pour agir*, Livre blanc publié par DTZ Asset Management et Norton Rose, 2010, p. 92 et suivant.

¹⁹⁸⁰ Loi n° 84-595, dont l'article 1 dispose qu'« est qualifié de **location-accession** et soumis aux dispositions de la présente loi le contrat par lequel un vendeur s'engage envers un accédant à lui transférer, par la manifestation ultérieure de sa volonté exprimée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et après une période de jouissance à titre onéreux, la propriété de tout ou partie d'un immeuble moyennant le paiement fractionné ou différé du prix de vente et le versement d'une redevance jusqu'à la date de levée de l'option.

« La redevance est la contrepartie du droit de l'accédant à la jouissance du logement et de son droit personnel au transfert de propriété du bien ».

¹⁹⁸¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 809.

¹⁹⁸² Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 810 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1255.

¹⁹⁸³ Alinéa 2 de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, article L. 311-2, alinéa 2, ou encore article L. 312-24 du Code de la consommation.

b) La qualification du crédit « *ijara* » en crédit-bail

705. – Qualification proprement dite et qualifications dérivées. Au regard de la nature juridique du crédit *ijara*, il peut être qualifié non seulement en crédit-bail (α), mais également en des crédits proches du crédit-bail en droit français (β).

α) La qualification en crédit-bail

706. – Définition du crédit-bail. Le second alinéa de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier assimile le crédit-bail en une opération de crédit. C'est une technique de crédit qui a une nature complexe du fait qu'elle se fonde principalement sur un contrat de bail, combiné à un contrat de vente, de prêt et de sûreté¹⁹⁸⁴.

M. Bonneau définit l'opération de crédit-bail comme étant « *une technique de crédit par laquelle un client demande à une société de crédit-bail d'acheter à un tiers un bien en vue de le lui louer, cette location étant assortie d'une promesse unilatérale de vente à son profit* »¹⁹⁸⁵. Cette définition résume l'article L. 313-7 et suivants du Code monétaire et financier qui classe les opérations de crédit-bail selon la nature du bien loué : crédit-bail mobilier, crédit-bail immobilier, crédit-bail de fonds de commerce, crédit-bail de parts sociales¹⁹⁸⁶. Ce sont avant tout des crédits destinés à des professionnels¹⁹⁸⁷. Ces opérations ont alors comme contrepartie islamique l'*ijara muntahia biltamlik*.

¹⁹⁸⁴ Voir spéc. C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 792, ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 544 : « *Bien que l'encadrement normatif de l'opération ait été assez rapide (loi du 2 juillet 1966, ordonnance du 28 septembre 1967, décret et arrêté du 4 juillet 1972, désormais codifiés dans la Code monétaire et financier), l'assise de l'opération de crédit-bail est issue de la pratique : c'est une technique contractuelle complexe imbriquant étroitement la vente et la location* ». Voir aussi Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 530 à 555 ; voir aussi A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., 2011, n° 1254 à 1285 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., 2010, n° 807 à 823.

Il faut noter que M. Bonneau (*Droit bancaire*, op. cit., n° 532) s'oppose à la qualification de sûreté de la garantie que représente le bien loué.

¹⁹⁸⁵ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 531.

¹⁹⁸⁶ Article L. 313-7 du Code monétaire et financier, Les opérations de crédit-bail mentionnées par la présente sous-section sont : « *1. les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage (crédit-bail mobilier) achetés en vue de cette location par des entreprises qui demeurent propriétaire, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers ;*

Le schéma du montage juridique est relativement simple : le locataire choisit le bien, et la société de crédit-bail l'achète comptant auprès du fournisseur et met le matériel à sa disposition moyennant un loyer. En fin de contrat, le locataire dispose de trois choix : soit il restitue le matériel, soit il renouvelle l'opération, soit il achète le bien pour une valeur résiduelle fixée au moment de la conclusion du contrat¹⁹⁸⁸. Il existe ainsi plusieurs régimes juridiques résultant de la variété d'opération de crédit-bail, qui s'appliqueront à l'une ou l'autre forme de crédit *ijara*, ainsi qu'aux opérations combinant ce contrat avec l'*istisna* ou la *mousharaka* dégressive¹⁹⁸⁹.

707. – Critère de qualification (1) : « un ménage à trois contrats, voire à quatre ». Le contrat de crédit-bail est « un contrat synallagmatique, successif, à titre onéreux, commercial ou mixte, [qui] obéit d'abord à des règles contractuelles du droit commun »¹⁹⁹⁰. Ses éléments caractéristiques se retrouvent dans le crédit *ijara* assortie d'une promesse de vente (*ijara muntahia biltamlik*).

Selon MM. Malaurie, Aynès et Gautier, « le crédit-bail n'est pas un louage de chose : comme le nom suggère, il est un bail qui garantit un crédit, un emprunt que l'on essaye de rembourser grâce aux revenus de la chose qu'il a permis d'utiliser »¹⁹⁹¹. Les parties sont liées par la promesse de vente et écartent en pratique les règles régissant le bail. Il se différencie de la location-vente ou encore de

« 2. Les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel (crédit-bail immobilier), achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent au locataire de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire.

« En cas d'opération de crédit-bail sur le droit au renouvellement d'un bail, ce droit ne peut être invoqué que par le crédit-bailleur (...). Les autres droits et obligations que le locataire tient des dispositions du décret précité sont répartis par contrat entre le propriétaire, le crédit-bailleur et le crédit-preneur

« 3. Les opérations de location de fonds de commerce, d'établissement artisanal ou de l'un de leurs éléments incorporels, assorties d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers, à l'exclusion de toute opération de location à l'ancien propriétaire du fonds de commerce ou l'établissement artisanal ;

« 4. Les opérations de location de parts sociales ou d'actions prévues aux articles L. 239-1 à L. 239-5 du code de commerce, assorties d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers ». Les titres pouvant faire l'objet d'une location sont limités parce qu'ils ne doivent pas être des titres négociables, ou bien détenus par des sociétés de capital-risque, par des fonds communs de placement à risques, des fonds communs de placement dans l'innovation ou par des fonds communs de proximité.

¹⁹⁸⁷ A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1268 ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 534.

¹⁹⁸⁸ Voir C. Gavaldà et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., 2010, n° 791 (ou celui de 2007, n° 705 et suivants) ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 544 ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 535.

¹⁹⁸⁹ Voir supra, n° 685.

¹⁹⁹⁰ C. Gavaldà et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 795.

¹⁹⁹¹ P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 814.

la location-accession parce qu'il implique trois parties. Il ne peut être qualifié de vente à crédit ou à tempérament dans la mesure où la propriété du bien n'est transférée que si l'option est levée.

L'opération de crédit-bail de crédit est contrainte d'agencer les trois principaux contrats. Il arrive aussi qu'un contrat de mandat soit conclu. Elle fait, successivement, appel à un contrat de vente (entre la banque et le fournisseur), à un contrat de crédit-bail (entre la banque et le client) qui est un contrat de louage de nature spécifique, ainsi qu'un contrat de promesse unilatérale de vente (le banquier promet de vendre le bien au client), ou d'un contrat de mandat pour que le client choisisse et réceptionne le bien. Le « ménage » à trois, voire à quatre contrats doit être harmonieux pour aboutir à une mise à disposition onéreuse de fonds.

À ce stade, le contrat de crédit *ijara muntahia biltamlik* peut être qualifié de crédit-bail.

708. – Critère de qualification en crédit-bail (2) : Promesse de vente. La conclusion d'un contrat de promesse unilatérale de vente est particulièrement importante : *« l'existence d'une telle promesse est un élément essentiel de la qualification de crédit-bail. Un montage qui ne le comporte pas ne reçoit pas cette qualification, ainsi par exemple, une location avec une promesse d'achat de la part du locataire n'est pas un crédit-bail »*¹⁹⁹². Il conviendra alors que le montage de crédit *ijara* tienne compte de ce critère de qualification. Il s'agira alors de retenir cette qualification pour l'*ijara muntahia biltamlik*, et non pour l'*ijara wa iktina*.

709. – Logique juridique vs. logique économique. Selon M. Bénabent, *« ce qui caractérise le crédit-bail et engendre des difficultés dont il est l'objet, c'est une distorsion profonde et véritablement radicale entre la réalité économique de l'opération et son montage juridique qui conduit à une véritable fiction »*¹⁹⁹³. L'auteur met en avant l'incohérence entre ses aspects juridiques et économiques : *« juridiquement, le vendeur ne connaît que l'établissement de crédit-bail qui lui achète et n'a aucun lien avec le client auquel ce bien est donné en location. Et ce client est, pendant toute la durée du contrat, un locataire n'ayant pour interlocuteur que l'établissement de crédit-bail. Ce sont donc d'un côté les règles de la vente, de l'autre de celles du bail, qui paraissent avoir vocation à s'appliquer. Économiquement, la réalité est tout autre. Les rapports se nouent en fait directement entre le vendeur et le client qui choisit le matériel comme un acheteur : c'est après*

¹⁹⁹² S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 546 : citant Cass. com., 30 mai 1989, *Bill. civ.*, IV, n° 167. Voir aussi Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 531.

¹⁹⁹³ A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1261.

avoir fait ce choix qu'il se tourne vers la banque qui a un rôle purement financier de bailleur de fonds. Ni le client, ni la banque ne sont dans l'état d'esprit correspondant au schéma juridique : le client parce qu'il se considère comme un acheteur (on « achète en leasing ») ayant traité avec le fournisseur et ayant simplement emprunté des fonds à la banque ; celle-ci parce qu'elle se considère comme un simple fournisseur de crédit, qui n'a acheté le bien que pour jouir du droit de propriété en tant que sûreté, mais qui ne l'a choisi, ni examiné, ni mis en place, le plus souvent ne l'a jamais vu et n'entend nullement ainsi endosser les responsabilités d'un loueur »¹⁹⁹⁴. Ce sont ces distorsions qui doivent être scrutées pour savoir dans quelle mesure le crédit *ijara* peut être qualifié de crédit-bail notamment en raison de la genèse ou non du *ribâ*.

Juridiquement, la qualification convient ; mais économiquement, il y a des points très clivants entre le droit musulman et le droit français. Dès lors que les différents protagonistes impliqués dans l'opération n'exécutent pas leurs obligations conformément aux règles encadrant les différents contrats, il sera difficile de fixer un cadre juridique approprié, à moins que le crédit islamique *ijara* conduit, en France, à un retour à la logique purement juridique auquel devra se soumettre la logique économique.

Il est indéniable que le crédit-bail procure des avantages aux parties impliqués, à l'instar de ce qui est relevé par la doctrine islamique. Les avantages du crédit-bail trouvent du point de vue de l'entreprise utilisatrice dans le fait de financer un « équipement sans recours à des capitaux extérieurs – donc sans risque de prise de contrôle par un apporteur de capitaux – mais également sans autofinancement à proprement parler puisque ce sont les loyers qui, tout au long de l'utilisation du bien, vont « rembourser le crédit en constituant des charges d'exploitation »¹⁹⁹⁵. On comprend alors les raisons qui soumettent la logique juridique à la logique économique.

De plus, le crédit-preneur a la possibilité « d'éviter le versement d'un acompte, de déduire de ses résultats le montant des loyers et le moyen de changer des matériels d'équipement vite obsolète »¹⁹⁹⁶.

Du côté du vendeur, il y a aussi des avantages parce qu'ils « peuvent à leur tour écouler des équipements qui seraient autrement inaccessible ou au moins souvent renouvelés ». Ainsi, MM. Gavaldà et Stoufflet notent que « le succès du crédit-bail dans les systèmes économique-politiques les

¹⁹⁹⁴ A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1261 : « Le divorce est donc patent : le client qui, sur le papier, n'est qu'un locataire avec option est en réalité un acheteur-emprunteur ; la banque qui est acheteur-bailleur en droit n'est en réalité qu'un prêteur finançant l'acquisition. L'achat initial n'est qu'un artifice pour lui conférer le droit de propriété en tant que sûreté garantissant ce financement. On ne sera donc guère surpris que cet artifice soit la cause d'un régime à la fois complexe et ambigu ».

¹⁹⁹⁵ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 545.

*plus divers (pays socialistes, tiers-monde...) traduit l'attrait justifié de ce procédé financier »*¹⁹⁹⁷. C'est donc une conception utilitariste qui l'emporte sur la conception juridique¹⁹⁹⁸. Il convient alors de voir en quoi le crédit-bail s'écarte du prêt à intérêt.

710. – Distinction d'avec le contrat de prêt à intérêt. L'opération de crédit-bail masque en réalité un prêt à intérêt car « *chacun des types de contrat perd de sa vraie nature et subit donc des déformations par rapport à son régime ordinaire* »¹⁹⁹⁹. Si le crédit-bail diffère du contrat de prêt à intérêt, il reproduit cependant les mêmes caractéristiques en rémunérant le crédit-bailleur grâce à des intérêts. En fait, il s'en distinguerait du prêt d'argent à intérêt parce que le locataire ne rembourse pas les sommes avancées, mais paie des loyers²⁰⁰⁰. Or, s'agit-il vraiment de loyer lorsque les loyers comprennent les intérêts d'un capital prêté notamment lorsque le crédit-preneur ne lève pas l'option ? Si le paiement des loyers consiste effectivement à jouir d'un bien, il n'y a pas de prêt, sous réserve des aménagements des obligations du crédit-bailleur.

Si les deux Droits désignent la contrepartie de la mise à disposition d'un bien par le terme loyer, il existe une différence de nature juridique. En droit français, les intérêts sont naturellement stipulés pour ce genre de crédit bien que ce dernier s'adosse à un bien, ce qui changerait la nature des intérêts en profits à l'instar du crédit *ijara*. Or le *ribâ* se génère au regard de ce montage par des clauses qui diminuent les obligations du crédit-bailleur, ainsi que du fait que des pénalités de retard soient prévues en cas de défaillance du client.

Toutefois, le paiement des loyers écartent les dispositions relatives au TEG et à l'usure, alors même que l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier assimile le crédit-bail à une opération de crédit. « *Solution d'ailleurs peu sûre et fort contestable* »²⁰⁰¹ parce que le *ratio legis* de l'article L. 313-2 du Code de la consommation qui exige la mention du TEG dans tout acte de prêt. Bien que le contrat sous-jacent du crédit-bail soit un louage, et que ce crédit est destiné à des professionnels, le crédit-

¹⁹⁹⁶ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., 2010, n° 793.

¹⁹⁹⁷ Idem : « Les opérations en cours à la fin de 2003, financées par ce procédé, se montaient à 34 milliards de dollar ».

¹⁹⁹⁸ Idem : « *L'utilité économique de cette formule n'est plus discutée. Les statistiques révèlent son développement ininterrompu (Rapport ASF 2004) même si le régime fiscal du crédit-bail n'est plus si attrayant que naguère, les avantages en sont aussi clairs pour les bailleurs, sociétés financières ou banques, qui y trouvent une garantie réelle très efficace, eu égard au dépérissement de beaucoup d'autres sûretés et à l'amoindrissement de leur sort en cas de dépôt de bilan du débiteur* ».

¹⁹⁹⁹ A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1267.

²⁰⁰⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 814.

²⁰⁰¹ A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1261

bail est une mise à disposition de fonds, même indirecte, pour laquelle les dispositions relatives au TEG devraient s'appliquer²⁰⁰².

β) La qualification du crédit « *ijara* » en opérations adossées au crédit-bail

711. – Qualification du crédit « *ijara* » en *lease-back*. MM. Malaurie, Aynès et Gautier notent, qu'en droit anglais, le *lease-back* permet soit à l'emprunteur manquant de liquidité de transférer au prêteur la propriété d'un immeuble qu'il rachète progressivement suivant une formule de location assortie d'une promesse unilatérale de vente, soit à une entreprise ayant besoin de capitaux de vendre son siège social à une société de crédit-bail qui le lui loue aussitôt²⁰⁰³²⁰⁰⁴. « *L'intérêt de ce procédé est de permettre à une firme de modifier la structure de l'actif de son bilan. L'abandon de propriété de certaines immobilisations, ou de certains stocks, se traduisant par un gonflement de la trésorerie. L'avantage et l'originalité de ce montage apparaissent avec encore plus de netteté si l'on souligne le caractère en principe temporaire de cet abandon : par le contrat de crédit-bail conclu avec la société de crédit-bail, l'entreprise bénéficiant d'une option d'achat sur ces mêmes biens* »²⁰⁰⁵.

Nous pouvons aussi qualifier l'*ijara* en cession-bail (*lease-back*) immobilière et du crédit-bail adossé à un bien immeuble. Toutefois, l'article L. 313-7, 3° interdit le *lease-back* en matière de fonds de commerce ou d'établissement artisanal²⁰⁰⁶.

Est-ce un montage interdit par la loi islamique, notamment par le fait que le montage soit qualifié de vente *inah* ? Dès lors que les droits de propriétés et les obligations des parties s'agentent conformément à la loi islamique, un crédit *ijara* peut être qualifié en *lease-back* si ces agencements sont conformes au droit français.

²⁰⁰² CA Toulouse, 1^{re} Ch., 8 mai 1970, Garrigues et autres c/ Sté Locafrance, JCP éd. G 1970, II, n° 16481, note Bey, CA Rouen, 4^{ème} Ch., 3 juillet 1970, Zysmann c/ Sté de Transports Soradis, D. 1971, p. 465, JCP éd., II, n° 16581, note Boccara.

²⁰⁰³ P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 823.

²⁰⁰⁴ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 533 : opération par laquelle un client vend le bien à la société de crédit-bail qui le loue aussitôt tout en lui consentant une promesse unilatérale de vente ; J.-M. Moulin, op. cit., p. 363 : « *technique de crédit par laquelle l'emprunteur transfère au prêteur, dès le départ, la propriété d'un bien que l'emprunteur rachète progressivement suivant une formule de location assortie d'une promesse de vente* ».

²⁰⁰⁵ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 806.

²⁰⁰⁶ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 549.

712. – Qualification en crédit-bail adossé. Appelé aussi « leasing adossé » ou « crédit-bail fournisseur », le crédit-bail adossé est « *une technique qui constitue sans aucun doute un crédit-bail au sens de la loi de 1966* » parce qu'« *une société productrice de biens d'équipement (souvent de matériel de haute technicité), cède sa production à une société de crédit-bail qui la laisse à sa disposition par une convention de crédit-bail ; la société constructrice, locataire, a la faculté de sous-louer ledit matériel aux utilisateurs soit par un nouveau contrat de « leasing », soit par une convention de location simple. La sous-location n'a pas la qualification de crédit-bail* »²⁰⁰⁷.

Il est plus tôt adapté aux entreprises en développement qui ont peu de capitaux propres. M. Bonneau (idem) cite aussi le crédit-bail adossé comme étant une opération par laquelle la société de crédit-bail achète un bien à un fournisseur pour lui donner aussitôt en location avec l'autorisation de sous-louer le bien au client utilisateur. En fait, « *le fournisseur prend la place de l'utilisateur dans le crédit-bail* »²⁰⁰⁸. C'est également le cas dans le *lease-back*.

Dans le cas du *lease-back* fournisseur, les entreprises peuvent céder leurs productions à une société financière, qui la leur remet à disposition par le biais d'un contrat de crédit-bail. Ceci permettra à l'entreprise de donner ensuite en location sa production à sa clientèle par le biais d'un contrat de location simple²⁰⁰⁹. Avec la combinaison du *lease-back* et du crédit-bail, on aboutit en réalité à une avance de fonds parce que la société de crédit-bail prête de l'argent tout en couvrant ses fonds par une propriété fiduciaire.

Ce type d'opération est toujours envisageable en droit musulman, sous réserve de ne pas reproduire le schéma d'une opération *inah* en délaissant les droits découlant de la propriété du bien.

En définitive, le crédit *ijara* est aisément qualifié de crédit-bail et de location assortie d'une option d'achat. Il s'en distingue par l'absence de stipulation de l'intérêt. Il est cependant plus judicieux de qualifier le crédit *ijara* en crédit-bail ou en location assortie d'une promesse de vente au regard du but recherché²⁰¹⁰ et des avantages fiscaux qui en découlent depuis la publication de l'instruction

²⁰⁰⁷ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 807.

²⁰⁰⁸ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 533.

²⁰⁰⁹ Nous pouvons aussi noter le rapprochement avec le crédit-bail assorti d'une convention de trésorerie qui exige la stipulation d'intérêt ; voir Lamy Droit du financement, op. cit., n° 3425.

²⁰¹⁰ Dans l'industrie du transport aérien, des établissements de crédit français ont déjà participé au financement *ijara*. Ce fut le cas du montage de la BNP Paribas, Natixis et AirAsia (*Natixis : finalise un financement islamique de 336 M\$ pour le compte de AirAsia avec BNP Paribas*, <http://fr.biz.yahoo.com/19112008/17/natixis-finalise-un-financement-islamique-de-336-m-pour-le.html>, visité le 15 décembre 2009).

fiscale²⁰¹¹. C'est pourquoi il convient de le qualifier en un nouveau crédit sans être lié par la position de l'Administration fiscale.

c) Le crédit « ijara » : une mise à disposition de fonds adossé à la location d'un bien

714. – Définition donnée par le Trésor de l'« ijara sur actif ». L'instruction présente un contrat appelé « ijara sur actif » comme étant un « *contrat aux termes duquel une entité met un bien à disposition d'un client pendant une durée déterminée, en contrepartie du versement de loyers. Ce contrat peut être assorti d'une promesse de vente ou d'une option d'achat* ». Elle est revenue dessus en le définissant, dans l'instruction, comme étant « *un contrat en vertu duquel une entité met un actif mobilier ou immobilier à disposition d'un client pour une durée déterminée en contrepartie du paiement de loyers. Le client peut être le propriétaire originel de l'actif. Le contrat d'ijara peut être assorti d'une promesse de vente ou d'une option d'achat exerçable à l'échéance ou en cours de contrat. Cette promesse de vente ou cette option d'achat peut être distincte du contrat de location* »²⁰¹². Malgré l'absence de définition du contrat et du crédit *ijara* dans la loi, nous retiendrons celle donnée par le Trésor qui a l'avantage d'expliquer les différentes formes de crédit *ijara* dans une logique bancaire et financière.

L'instruction indique également que « *sur le plan juridique, l'une et l'autre sont des opérations de crédit aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 313-1 du code monétaire et financier, qui indique que « sont assimilés à des opérations de crédit, le crédit-bail, et de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat* »²⁰¹³. Ainsi, la qualification en opération de crédit des crédits *ijara* est nécessaire non seulement pour appliquer ladite instruction²⁰¹⁴, mais également pour bien les encadrer.

²⁰¹¹ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, Direction Générale des Finances Publiques, Bulletin Officiel des Impôts, n° 78 du 24 août 2010, 4/FE/S3/10 relative aux opérations d'*ijara*.

²⁰¹² Ibidem, § 4.

²⁰¹³ Ibidem, § 7.

²⁰¹⁴ Ibidem, § 8 : « *Pour constituer une opération de crédit-bail ou de location avec option d'achat, une opération faisant appel à un contrat d'ijara doit donc respecter les conditions fixées pour ces types d'opérations par les textes normatifs en vigueur* ». Pour les conditions d'application de l'instruction, voir infra, n° 752 et suivants.

715. – Qualification en « crédit adossé à un contrat de louage ». Les crédits islamiques *ijara* devraient appliquer les différentes règles du crédit-bail et de la location assortie d'une promesse de vente malgré la perception des loyers ayant une nature juridique différente (intérêt contre profit), et malgré la stipulation de clauses de garantie et de non-recours susceptibles de dénaturer le contrat sous-jacent. Ce sont en fait des crédits adossés à un contrat de louage dont la spécificité est de ne pas stipuler de l'intérêt. Le louage dans le crédit *ijara* ne doit pas devenir un prêt à intérêt déguisé, comme on peut être poussé à le croire au regard des différences qui les séparent des crédits français fondés sur le bail.

Le crédit *ijara* est donc une mise à disposition immédiate de fonds à un fournisseur, mais aussi une mise à disposition immédiate de bien au client. Notre qualification n'a certes pas l'ambition de recadrer les crédits locatifs de droit français dans une logique plus juridique. Mais elle a comme dessein de les faire régir par le régime de la location assortie d'une promesse de vente et par le régime du crédit-bail.

B) L'application du régime juridique de la location assortie d'une promesse de vente

716. – Champ d'application. La location assortie d'une option d'achat a pour objet la location d'un bien meuble ou immeuble. M. Bonneau précise que ce sont des « *opérations portant sur des biens à usage non professionnel, et qui sont appelées uniquement opérations de location assorties d'une option d'achat, [qui] ne relèvent pas de ce Code [monétaire et financier], mais de la liberté contractuelle* »²⁰¹⁵. Elle est une opération de crédit en vertu de l'article L. 311-2 du Code de la consommation, et en vertu de l'article L. 312-24 du même Code²⁰¹⁶. Le premier texte régit la location assortie d'une option d'achat, et le second de la location assortie d'une promesse de vente. La promesse de vente diffère certes de l'option d'achat, mais les deux sont les deux faces de la même pièce. En effet, lorsque l'option est levée, le bailleur exécute sa promesse de vente. Si elle n'est pas

²⁰¹⁵ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 534.

²⁰¹⁶ « *Sous réserve des dispositions des 1° et 2° de l'article L. 312-3, les contrats de location-vente ou de location assortis d'une promesse de vente relatifs aux immeubles mentionnées au 1° de l'article L. 312-2 sont soumis au présent chapitre, dans des conditions fixées à la présente section* ».

levée, le bailleur n'a pas à exécuter la promesse. Cela signifie que l'option d'achat donne le signal pour exécuter la promesse de vente.

Peu important la nature du bien loué, le crédit *ijara muntahia biltamlik* qui est assortie d'une promesse de vente entrera dans les champs d'application de ces deux types d'opération dès lors qu'il offre au locataire une faculté d'achat.

Les parties doivent alors respecter les dispositions du Code de la consommation qui encadrent l'offre de crédit, l'obligation d'information pesant sur le banquier, l'option d'achat, la résiliation du contrat de location ainsi que la défaillance du client.

717. – Offre de crédit. Le Code est silencieux en matière de location de bien meuble. Comme l'a relevé M. Bonneau, les parties disposent d'une liberté contractuelle. Cette liberté semble être limitée parce que le Code assimile ce type de location en une opération de crédit à la consommation. Les dispositions relatives à l'offre de crédit à la consommation s'appliquent alors à la location assortie d'une option d'achat ainsi qu'au crédit *ijara*, notamment en ce qui concerne son contenu et les sanctions du non respect de cette formalité.

Il conviendra d'indiquer dans le contrat l'identité des parties, la nature du bien, le montant des loyers ainsi que la durée de la location.

En matière immobilière, l'article L. 312-26 du Code de la consommation impose la même formalité qu'en matière mobilière. Cette disposition apporte également des précisions pour comprendre le mécanisme de l'opération : « *le bailleur est tenu de formuler par écrit une offre adressée gratuitement par voie postale au preneur éventuel. Cette offre mentionne l'identité des parties. Elle précise la nature et l'objet du contrat ainsi que ses modalités, notamment en ce qui concerne les dates et conditions de mise à disposition du bien, le montant des versements initiaux et celui des loyers ainsi que les modalités éventuelles d'indexation. Elle rappelle, en outre, les dispositions de l'article L. 312-27²⁰¹⁷* ». La technique de crédit qui est visée correspond indéniablement à celle du

²⁰¹⁷ Article L. 312-27 du Code de la consommation : « *L'envoi de l'offre oblige le bailleur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par le preneur. L'offre est soumise à l'acceptation du preneur qui ne peut accepter l'offre que dix jours après qu'il l'a reçue. L'acceptation doit être donnée par lettre, le cachet de la poste faisant foi* ».

crédit *ijara muntahia biltamlik* dès lors que les modalités de la levée de l'option ainsi que la composition du loyer sont indiquées dans le contrat²⁰¹⁸.

718. – Loyers et prix de vente. L'article L. 312-26 du même Code se poursuit de la manière suivante : « *Pour les contrats de location assortis d'une promesse de vente, [l'offre de crédit] fixe également les conditions de levée de l'option et son coût décomposé entre, d'une part, la fraction des versements initiaux et des loyers prise en compte pour le paiement du prix et, d'autre part, la valeur résiduelle du bien, compte tenu de l'incidence des clauses de révision éventuellement prévues au contrat* ». La levée de l'option a ainsi un coût qui peut être bas (valeur résiduelle)²⁰¹⁹. En effet, les loyers subissent, à la levée de l'option, une transformation de leur nature juridique parce qu'ils vont passer de la contrepartie financière d'une jouissance à la contrepartie d'un transfert de propriété. L'objectif est donc le remboursement des fonds avancés par la banque. Cette dernière peut aussi se prémunir contre l'inflation parce que le contrat peut contenir une clause d'indexation.

Ces aspects liés à la rémunération devront se retrouver dans le contrat de crédit islamique en prenant soin que le revenu de la banque ne soit pas greffé d'intérêt. Le taux de profit peut être fixe ou variable, contrairement au taux de profit des contrats de crédit se structurant grâce à la *mourabaha*, au *tawarruq* et au *salam*.

719. – « *Hamish jiddiya* ». L'article L. 312-26 est, par ailleurs, complété par l'article L. 312-28 sur le versement de fonds par le client à la banque : « *jusqu'à l'acceptation de l'offre, le preneur ne peut faire aucun dépôt, souscrire ou avaliser aucun effet de commerce, signer aucun chèque ni aucune autorisation de prélèvement sur compte bancaire ou postal au profit du bailleur ou pour le compte de celui-ci* ». Se pose donc la même question qu'en matière de *mourabaha* sur la légalité du *hamish jiddiya* en droit français²⁰²⁰. Si cette somme est versée après l'acceptation de l'offre, le banquier ne court aucune sanction.

²⁰¹⁸ L'article L. 312-26 du Code de la consommation dispose que « *pour les contrats de location assortis d'une promesse de vente, [l'offre de crédit] fixe également les conditions et le coût de la non-réalisation de la vente* ». L'obligation de transparence s'étend aux conditions qui entourent le dénouement de l'opération. En outre, l'offre est valable pendant quatre mois. Passé ce délai, l'offre est résolue (article L. 312-31 qui renvoie à l'article L. 312-12 du Code de la consommation).

²⁰¹⁹ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 455 : « *Le législateur a ici considéré que les loyers incorporaient une partie du prix d'acquisition* ».

²⁰²⁰ Voir supra, n°519, 639, 690.

720. – Obligation d’information et TEG. L’article D. 311-2, I²⁰²¹ du Code de la consommation dispose que *« pour l’application de l’article L. 311-6 (qui régit l’information du client), le prêteur ou l’intermédiaire de crédit communique à l’emprunteur des informations concernant, en cas de location avec option d’achat, la description du bien loué et le prix à acquitter en cas d’achat »*²⁰²². Cette disposition réglementaire illustre parfaitement la spécificité de cette opération bien qu’il n’encadre pas les modalités de fixation du taux d’intérêt de la location assortie d’une option d’achat. En effet, le 10° de l’article L. 311-6 du même Code indique que *« sauf en cas de location avec option d’achat », le contrat de crédit à la consommation doit indiquer « le taux débiteur, les conditions applicables à ce taux et, le cas échéant, tout indice ou taux de référence qui se rapporte au taux initial débiteur, ainsi que les périodes, conditions et procédures d’adaptation du taux. Si différents taux débiteurs s’appliquent en fonction des circonstances, ces informations portent sur tous les taux applicables »*. Cela ne signifie pas pour autant que la rémunération résultant d’une location assortie d’une option d’achat puisse être occulte. Bien au contraire, la transparence en matière de loyers est exigée²⁰²³, même si le contrat peut ne pas mentionner le TEG. En effet, le 11° de cet article dispose que *« sauf en cas de location avec option d’achat »* l’offre de crédit, et par voie de conséquence, le contrat de crédit à la consommation doivent stipuler une clause indiquant *« le taux annuel effectif global, à l’aide d’un exemple représentatif mentionnant toutes les hypothèses utilisées pour le calcul de ce taux »*. Bien que la location assortie d’une option d’achat soit assimilée, en vertu du second alinéa de l’article L. 313-1 du Code monétaire et financier, à une opération de crédit, elle n’obéit pas, pour autant, entièrement aux règles du contrat de prêt classique. Ici, le TEG n’est pas applicable conformément à l’article L. 313-2 du Code de la consommation qui n’oblige la mention du TEG que dans les contrats de prêt.

721. – Régime de l’option d’achat. En vertu de l’article L. 312-30 du Code la consommation, *« en cas de location assortie d’une promesse de vente, l’acte constatant la levée de l’option est conclu sous la condition suspensive prévue à l’article L. 312-16. Lorsque cette condition n’est pas réalisée, le bailleur est tenu de restituer toutes sommes versées par le preneur à l’exception des loyers et des*

²⁰²¹ Décret n° 2011-136 du 1^{er} février 2011.

²⁰²² outre *« 1° L’identité et l’adresse du prêteur ainsi que, le cas échéant, l’identité et l’adresse de l’intermédiaire de crédit concerné ; 2° Le type de crédit ; 3° Le montant total du crédit et les conditions de mise à disposition des fonds ; 4° La durée du contrat de crédit ; 5° Le montant, le nombre et la périodicité des échéances que l’emprunteur doit verser et, le cas échéant, l’ordre dans lequel les échéances seront affectées aux différents soldes dus fixés à des taux débiteurs différents aux fins du remboursement ; 6° Le montant total dû par l’emprunteur »*.

frais de remise en état du bien »²⁰²⁴. La condition visée est l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement. Cette disposition doit s'appliquer au crédit *ijara muntahia bilttamlik* puisqu'il n'y a pas de contre-indication légale islamique.

Cependant, ne devraient pas s'appliquer au crédit *ijara* le troisième alinéa du même article qui dispose qu'« à compter du quinzième jour suivant la demande de remboursement cette somme est productive d'intérêts au taux légal majoré de moitié ».

722. – Résiliation. Concernant la résiliation du contrat de location assortie d'une promesse de vente (immobilier) ou d'une option d'achat (mobilier), le Code est silencieux. Dès lors ce sont les dispositions qui intéressent le crédit à la consommation et le crédit immobilier qui doivent s'appliquer même si ces derniers ne se résilient pas, mais se résolvent²⁰²⁵.

Les causes de résiliation sont principalement en droit commun du louage le non paiement des loyers, ou la détérioration ou la destruction du bien loué.

En vertu de l'article 1722 du même Code, « si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit, si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement ». Cette règle est également énoncée à l'article 1741 qui prévoit que la résiliation est encourue si les parties ne respectent pas leur engagement²⁰²⁶. Le décès d'une des parties ne conduit pas à la résiliation du contrat de bail²⁰²⁷. Cette règle s'étend également à la dissolution de la personne morale²⁰²⁸.

L'arrivée du terme met fin au contrat en vertu de l'article 1737 du Code civil. Le bailleur dispose toujours de son droit de donner congé, en cas de bail à durée indéterminée²⁰²⁹, au locataire notamment pour des raisons liées à la mauvaise utilisation de la chose²⁰³⁰.

²⁰²³ Voir supra, n° 710.

²⁰²⁴ Article L. 312-16 du Code de la consommation : « Lorsque l'acte mentionné à l'article L. 312-15 (la promesse de vente notamment) indique que le prix est payé, directement ou indirectement, même partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les sections 1 à 3 et la section 5 du présent chapitre, cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement. La durée de validité de cette condition suspensive ne pourra être inférieure à un mois à compter de la date de la signature de l'acte ou, s'il s'agit d'un acte sous seing privé soumis à peine de nullité à la formalité de l'enregistrement, à compter de la date de l'enregistrement ».

²⁰²⁵ Voir supra, n° 637 – 641.

²⁰²⁶ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 570 à 580.

²⁰²⁷ Article 1742 du Code civil.

²⁰²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 4 avril 1991, Bull. civ. I, n° 111.

²⁰²⁹ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 575 : « comme tout contrat à durée indéterminée, le bail peut alors prendre fin par résiliation anticipée de la part du bailleur ou du preneur. En la matière,

Ainsi, les règles islamiques applicables au crédit *ijara* doivent être conformes à ces dispositions.

723. – Défaillance du client. L'article L. 312-29 du Code de la consommation dispose qu'« *en cas de défaillance du preneur dans l'exécution d'un contrat régi par la présente section, le bailleur est en droit d'exiger, outre le paiement des loyers échus et non réglés, une indemnité qui, sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil, ne peut excéder un montant dépendant de la durée restant à courir du contrat et fixé suivant un barème déterminé par décret* »²⁰³¹. Cette indemnité est certes exigée dans les crédits islamiques. En revanche, elles doivent être reversées à une œuvre de charité.

Le second aliéna de l'article L. 312-29 dispose qu'en « *en cas de location-vente, le bailleur ne peut exiger la remise du bien qu'après remboursement de la part des sommes versées correspondant à la valeur en capital de ce bien* ». Cette disposition s'appliquera au crédit *ijara wa iktina*.

S'appliquera, en outre, le troisième alinéa de cet article qui limite le montant de l'indemnité : « *aucune indemnité ni aucun coût autres que ceux qui sont mentionnés ci-dessus ne (puissent) être mis à la charge du preneur. Toutefois, le bailleur pourra réclamer au preneur, en cas de défaillance de celui-ci, le remboursement sur justification des frais taxables qui lui auront été occasionnés par cette défaillance, à l'exclusion de tout remboursement forfaitaire de frais de recouvrement* ».

En définitive, le crédit islamique ne peut appliquer qu'une partie des dispositions du Code parce que la convention de crédit *ijara* doit contenir, et appliquer, des clauses qui sont essentielles pour ne pas entrer dans le champ d'application du *ribâ*.

La flexibilité du droit français permettra cependant d'encadrer ce nouveau genre de crédit, alors même qu'il soit encadré par le régime juridique du crédit-bail.

l'acte qui signifie à l'autre partie cette volonté de résiliation unilatérale se nomme couramment congé » ; voir aussi Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 665 à 670.

²⁰³⁰ Article 1739 du Code civil.

²⁰³¹ De même pour la location d'un bien mobilier, voir l'article L. 311-25 du Code de la consommation : « *En cas de défaillance dans l'exécution, par l'emprunteur, d'un contrat de location assorti d'une promesse de vente ou d'un contrat de location-vente, le prêteur est en droit d'exiger, outre la restitution du bien et le paiement des loyers échus et non réglés, une indemnité qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat et sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil, sera fixée suivant un barème déterminé par décret* ».

C) L'application du régime juridique du crédit-bail au crédit « ijara »

724. – Aménagement du régime juridique. Le crédit-bail est une opération de crédit qui a pour objet de financer l'acquisition éventuelle de plusieurs sortes de chose (meuble, immeuble, fonds de commerce, parts sociales, actions). Il a pour vis-à-vis islamique le crédit *ijara muntahia biltamlik*. Si ce dernier entre dans le champ d'application du crédit-bail (1), des obligations spécifiques pèsent sur le crédit-bailleur islamique et le crédit-preneur islamique, notamment l'absence de *ribâ* lors du paiement des loyers (2). Ses effets sont également réorganisés (3) pour arriver à un dénouement conforme au droit français (4).

1) Le champ d'application extensif du crédit-bail

725. – Crédit-bail et crédit-bail islamique : des mécanismes identiques. Le crédit-bail est en réalité l'exemple d'opération qui implique un ensemble de contrats. Le contrat de vente est un préalable puisque l'achat est effectué en vue d'une location, et la levée de l'option d'achat pour l'acquérir. Ces éléments conditionnent donc sa qualification.

L'article L. 515-2 du Code monétaire et financier réserve le monopole de l'octroi de crédit-bail aux établissements de crédit qui ont, en pratique, le statut d'une société financière appelée « société de crédit-bail »²⁰³². La loi n'empêche pas qu'une banque de détail réalise une opération de crédit-bail. Il reviendra à un crédit-bailleur islamique de bien choisir son statut au regard des contraintes liées à sa mise à disposition locative de fonds²⁰³³.

Son mécanisme est notamment décrit par MM. Gavalda et Stoufflet : *« l'entreprise, dite preneur, qui veut s'assurer un droit d'usage sur du matériel sous cette forme choisit elle-même le matériel qui fera l'objet du contrat de crédit-bail. Après signature dudit contrat, elle le fait acheter auprès du fabricant par la société de crédit-bail. Celle-ci règle intégralement le prix et met le matériel à la disposition de l'entreprise (preneur) moyennant un loyer et avec une option d'achat. En fin de contrat, l'utilisateur a un triple choix : restituer le matériel, renouveler le crédit-bail ou acheter le*

²⁰³² Voir S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 545.

matériel pour une « valeur résiduelle » fixée à l'origine »²⁰³⁴. Ce mécanisme correspond à celui du crédit *ijara muntahia biltamlik*²⁰³⁵.

Selon M. Bonneau, « l'opération de crédit-bail, qui ne doit pas être confondue avec le contrat de crédit-bail proprement dit, est donc une opération triangulaire qui repose sur deux contrats : un contrat de vente conclu entre une société de crédit-bail et un fournisseur, contrat destiné à l'acquisition du bien loué ; un contrat de crédit-bail par lequel la société de crédit-bail, dénommé crédit-bailleur, va louer le bien acheté à un locataire, encore appelé crédit-preneur, et auquel il consent une promesse unilatérale de vente qui confère à celui-ci l'option d'acquérir le bien loué à l'issue de la période de la location. Cette promesse est un élément indispensable pour retenir la qualification de contrat de crédit-bail : si elle n'est pas consentie, il s'agit seulement d'une location simple »²⁰³⁶. Cette opération est donc identique au crédit *ijara muntahia biltamlik*. Le but de l'opération est de financer du matériel d'équipement ou un bien immobilier.

Comme c'est le client qui choisit le bien, il peut être mandaté. La société de crédit-bail demande au crédit-preneur de recevoir en son nom et pour son compte le bien qui lui sera loué²⁰³⁷. Par conséquent, la société est directement obligée à l'égard du vendeur. Toutefois, des clauses de non-recours peuvent être stipulées pour exonérer le crédit-bailleur (de biens meubles corporels) des responsabilités liées à la délivrance et à la garantie de la chose livrée²⁰³⁸. À ce stade, les frottements juridiques commencent à se faire sentir. En effet, il s'agit de savoir dans quelle mesure ces clauses peuvent être stipulées dans les contrats de crédit-bail islamique. Dès lors que ces clauses n'exonèrent pas totalement le crédit-bailleur de ses obligations liées à la propriété de la chose, elles sont conformes à la loi islamique.

²⁰³³ Notamment en termes de gestion des risques de crédit, voir supra, n° 207.

²⁰³⁴ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 791 ; voir aussi S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, Economica, 2011, n° 544 à 547 : « une société ayant la qualité d'établissement de crédit (...) achète dans un premier temps le bien qu'elle leur loue ensuite, avec la possibilité pour eux de se porter acquéreur à la fin de la période de location pour un prix intéressant, puisqu'il est calculé selon la valeur résiduelle du bien » ; voir aussi Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 530.

²⁰³⁵ Voir supra, n° 666.

²⁰³⁶ T. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 531.

²⁰³⁷ MM. Malaurie, Aynès et Gautier citent un arrêt du 6 mai 1997 (D. ff. 1997.1117) de la Cour d'appel de Versailles qui s'est prononcé sur une forme de mandat selon lequel le locataire choisit seul la marque et le type d'équipement, et désigne le fournisseur. Il détermine avec ce dernier les spécifications techniques des équipements, fixe la date de livraison et éventuellement les modalités de mise en place et d'installation (*Les contrats spéciaux*, op. cit., note 13, p. 453).

²⁰³⁸ Th. Bonneau, op. cit., n° 542 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 547 : « Malgré l'effet relatif de la vente de chacun des contrat conclus, l'unité économique de l'opération a fini, après controverse jurisprudentielle, par être considérée comme justifiant l'indivisibilité juridique des conventions, nonobstant la stipulation systématique de

726. – Un champ d’application extensible au crédit-bail islamique. L’article L. 313-7 et suivants du Code monétaire et financier²⁰³⁹ classe en quatre catégories les opérations de crédit-bail en fonction de la nature du bien loué²⁰⁴⁰. Premièrement, il s’agit de crédit-bail mobilier : « *les opérations de location de biens d’équipement ou de matériel d’outillage (crédit-bail mobilier) achetés en vue de cette location par des entreprises qui demeurent propriétaire, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d’acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers* ». Cette disposition fait ainsi entrer dans son champ d’application le crédit *ijara muntahia biltamlik* dès lors qu’il a le même objet et obéit aux mêmes mécanismes juridiques et économiques.

Deuxièmement, le crédit-bail immobilier englobe plusieurs sortes de financements locatifs parce qu’il s’agit des « *opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent au locataire de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l’expiration du bail, soit par cession en exécution d’une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire* ». Cette disposition, qui concerne également le crédit *ijara muntahia biltamlik*, évoque le régime juridique applicable à une telle opération : « *Les autres droits et obligations que le locataire tient des dispositions du décret précité sont répartis par contrat entre le propriétaire, le crédit-bailleur et le crédit-preneur* ». Cette opération de crédit implique un vendeur, un crédit-bailleur et un crédit-preneur, ce qui suggère fortement la conclusion d’un contrat de vente, un contrat de location et un contrat de promesse de vente.

Si le champ d’application du crédit-bail comprend aussi la construction d’un bien immeuble, le crédit islamique qui combine le contrat d’*ijara* et le contrat d’*istisna* peut être soumis à ces

clauses de non-responsabilité ou de non-recours qui exonèrent le bailleur en cas de vice de la chose ou de retard de livraison ».

²⁰³⁹ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 792 : « *les contrats de crédit-bail juridico sensu ne sont pas soumis aux dispositions de la loi Scrivner n° 78-22 du 10 janvier 1978* ».

²⁰⁴⁰ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. 2010, n° 839 à 847 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit, n° 544 – 551.

dispositions. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas si la société de leasing construit elle-même le bien, parce qu'elle ne doit seulement le financement²⁰⁴¹.

Les deux autres types de crédit-bail sont moins fréquents que les deux premiers²⁰⁴². Il s'agit, troisièmement, du crédit-bail de fonds de commerce (ou de tout autre fonds destiné à une activité professionnelle) : « *les opérations de location de fonds de commerce, d'établissement artisanal ou de l'un de leurs éléments incorporels, assorties d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers, à l'exclusion de toute opération de location à l'ancien propriétaire du fonds de commerce ou l'établissement artisanal* ». Si les éléments incorporels d'un fonds de commerce (brevet, marque) peuvent faire l'objet d'un crédit-bail²⁰⁴³, le crédit-bail du droit au renouvellement du bail est en réalité le crédit-bail d'un fonds de commerce : « *ce n'est pas le droit au renouvellement, mais le droit au bail qui est l'objet du contrat de crédit-bail. La situation est singulière. En principe, c'est le propriétaire du fonds de commerce qui est titulaire du droit au bail. Or, en cas d'opération de crédit-bail, le contrat de bail lie le propriétaire des murs à la société de crédit-bail qui consent elle-même le contrat de crédit-bail au propriétaire du fonds de commerce* »²⁰⁴⁴. Or, le texte interdit le *lease-back* d'un fonds de commerce. Ainsi, le montage proposé par MM. Piedelièvre et Putman ne serait pas permis en droit français²⁰⁴⁵. Mise à part cette réserve, un crédit *ijara muntahia biltamlik* peut avoir le même objet que les contrats de crédit-bail visés par ce texte.

Enfin, quatrièmement, le droit français permet le crédit-bail de parts sociales ou d'actions de sociétés commerciales en vertu du 4° du même article²⁰⁴⁶ : « *les opérations de location de parts sociales ou d'actions prévues aux articles L. 239-1 à L. 239-5 du code de commerce, assorties d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers* ». Les titres pouvant faire l'objet d'une location sont limités parce qu'ils ne doivent pas être des titres négociables, ou bien détenus par des sociétés de capital-risque, par des fonds communs de placement à risques, des fonds communs de placement dans l'innovation ou par des fonds communs de proximité²⁰⁴⁷.

²⁰⁴¹ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 547.

²⁰⁴² Ibidem, n° 544.

²⁰⁴³ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 551.

²⁰⁴⁴ Idem.

²⁰⁴⁵ Voir supra, n° 711.

²⁰⁴⁶ Voir S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 562.

²⁰⁴⁷ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 808 : « *de grands espoirs avaient été placés dans la technique du crédit-bail de fonds de commerce ou d'actions, considérée comme susceptible de favoriser la création ou la reprise*

Un crédit *ijara muntahia biltamlik* peut avoir pour objet la location de titres de capital si les parts confèrent tous les droits (droits pécuniaire et droits politiques) et obligations (notamment la participation aux pertes) du titre.

De manière générale, les montages d'opération de crédit-bail reprennent presque toujours le même schéma.

727. – Crédit-bail mobilier islamique. L'article L. 313-7, 1°, définit les opérations de crédit-bail mobilier comme étant des « *opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers* ». M. Bonneau considère que « *si l'on s'en tient à ce texte, le crédit-bail mobilier corporel concerne seulement les biens d'équipement et le matériel d'outillage. Toutefois, ce qui compte, c'est moins la nature du bien que l'usage poursuivi par l'utilisateur. Dès lors, par exemple, une voiture de tourisme utilisée pour le fonctionnement d'une société peut faire l'objet d'un contrat de crédit-bail* »²⁰⁴⁸. C'est ainsi la conception utilisatrice qui l'emporte sur la conception reposant sur la nature du bien. En droit musulman, il en va de même parce que M. Usmani rappelle qu'une des conditions de conformité islamique du crédit *ijara* est que le bien soit utilisé²⁰⁴⁹.

Sont alors concernés les biens que la loi islamique autorise à louer dès lors que le banquier l'acquiert, que ce bien soit destiné à un usage professionnel²⁰⁵⁰, sauf si cette profession est interdite par elle (tabac, alcool, vente de viande non halal, ou de porc, etc).

727 bis. – Crédit-bail immobilier islamique. L'article L. 313-7, 2°, du Code monétaire et financier régit le crédit-bail de bien immeuble à usage professionnel²⁰⁵¹. Le texte exige que le locataire puisse

d'entreprise. En fait, la formule n'a pas eu de succès à raison des risques courus par le crédit-bailleur et les difficultés auxquelles il est exposé en cas de défaillance du preneur s'il doit gérer l'entreprise constituant l'objet du crédit-bail ».

²⁰⁴⁸ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 538.

²⁰⁴⁹ L'auteur prend aussi l'exemple du véhicule : M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 105 – 106.

²⁰⁵⁰ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 550 : « *le bien d'équipement, le matériel ou l'outillage doit avoir été acheté en vue de sa location ultérieure par un établissement de crédit-bail qui en demeure propriétaire, et il faut que le bien soit destiné à l'usage professionnel du locataire qui a la possibilité de l'acquérir au terme de la location* ».

devenir propriétaire du bien immobilier, peu important la qualification donnée à l'opération, au plus tard à l'expiration du bail par diverses techniques de cessions : « *soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire* ». On peut regrouper les spécificités du crédit-bail immobilier par rapport au crédit-bail mobilier de la manière suivante : d'une part, il s'agit, dans le premier cas, d'un crédit long terme²⁰⁵² qui implique une indexation des loyers²⁰⁵³ ; d'autre part, la publicité foncière est imposée pour une location supérieure à 12 ans²⁰⁵⁴ ; et enfin, le premier est soumis à l'article 1732 du Code civil notamment pour des dégradations survenues postérieurement à la résiliation du contrat²⁰⁵⁵.

Le crédit-bail immobilier peut reposer sur plusieurs techniques ; celle liée à la promesse de vente ayant été déjà vu, il convient de voir en quoi consistent les autres techniques.

« *L'acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués* » est-elle une technique qui comprend l'acquisition de parts sociales qui confèrent un droit de propriété sur le bien loué ? Si c'est le cas, on peut songer à la technique mise en place par le crédit *ijara* assorti d'une clause d'achat des parts sociales de la banque pour acquérir ou édifier un immeuble. Ainsi, le crédit *ijara/moucharaka* dégressive se verra appliquer le régime du crédit-bail. Ce montage a pour objet la location d'un bien immobilier, et non la location de parts sociales, lesquelles font l'objet d'une cession progressive lorsque les loyers sont payés.

Par exemple, une SCI « *achète un bien immeuble construit ou un terrain nu : dans cette hypothèse, le bail est consenti par la SCI qui a l'obligation de faire construire l'immeuble alors même que c'est la société de crédit-bail qui accorde au crédit-preneur une option d'achat sur les parts qu'elle*

²⁰⁵¹ Le statut des baux commerciaux ne s'applique pas au crédit-bail immobilier : Cass. civ. 3^{ème}, 10 juin 1980, D. 1980, 566, note Guyon, JCP 1981 I 19655, note Bey, D. 1981 IR 20, obs. Vasseur ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 mai 1997, Bull. civ., III, n° 99, in S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, Economica, 2011, note 2, p. 554 : où ces derniers auteurs jugent l'exclusion opportune du fait des finalités différentes entre la législation des baux commerciaux et la législation du crédit-bail qui encadre le financement d'un bien immobilier qu'il soit un fonds de commerce ou pas. Voir aussi Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 552.

²⁰⁵² Ce crédit se classe, selon MM. Gavalda et Stoufflet, dans la catégorie des crédits à long terme non mobilisables (dix à vingt ans) : C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 833 – 834.

²⁰⁵³ Voir infra, n°

²⁰⁵⁴ Articles R. 313-10, R. 313-12 et R. 313-13 du Code monétaire et financier.

²⁰⁵⁵ Cass. 3^{ème} civ, 2 mars 2005, Bull. civ. III, n° 55. Pour les avanatges fiscaux, voir C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 834 : par exemple, il s'agit d'« *exemption conditionnelle de l'impôt sur les sociétés pour les SICOMI, et réduction des droits de mutation de fin de contrat* ».

détient dans cette société »²⁰⁵⁶. Si ce montage devra être complété par un contrat d'*istisna*, l'*ijara* ne portera que sur lesdites parts sociales sans qu'il soit besoin de le combiner à la *mouaharaka* dégressive.

S'agissant de la technique du « *transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire* », il peut conduire à régir un montage islamique qui se fonde sur la combinaison *ijara/istisna*. Le crédit-preneur propriétaire d'un terrain conclut avec le crédit-bailleur un bail à long terme afin que ce dernier y fasse édifier un immeuble. Ce dernier sera donné en location au crédit-preneur. Pour régir le crédit *ijara* une dose certaine de crédit *istisna* doit être injectée lors de la phase de construction²⁰⁵⁷.

728. – Construction d'un bien immobilier via le crédit-bail islamique. MM. Gavalda et Stoufflet, expose le montage le plus courant : « *dans une hypothèse banale, la société de crédit-bail est à la fois propriétaire et du terrain et des constructions* »²⁰⁵⁸. Cela signifie que la société peut acheter le terrain nu, sur lequel elle s'engage à construire un immeuble²⁰⁵⁹. Les mêmes auteurs considèrent également que ce type de crédit-bail « *concerne le financement de certains matériels d'équipement faisant partie intégrante d'un immeuble et installés à perpétuelle demeure, d'installations de bâtiments et d'usines, ainsi que de matériels destinés à économiser l'énergie* »²⁰⁶⁰. Dans ces cas, l'*ijara* doit être forcément complété par un contrat d'*istisna*.

Le crédit-bailleur islamique doit avoir le statut d'une société de crédit-bail immobilier²⁰⁶¹, alors que le crédit-preneur islamique peut être « *une entreprise industrielle, commerciale, libérale, une SCI*²⁰⁶², *une association...* Il peut arriver que la société de crédit-bail achète l'immeuble et le loue avec option d'achat au crédit-preneur comme dans un crédit-bail mobilier, mais d'autres modalités

²⁰⁵⁶ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 553.

²⁰⁵⁷ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 555.

²⁰⁵⁸ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 836.

²⁰⁵⁹ Idem, voir aussi Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 553 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 556.

²⁰⁶⁰ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 833.

²⁰⁶¹ Qui était « *autrefois réservé aux SICOMI (société immobilière pour le commerce et l'industrie) et aux SOFERGIE (société de financement pour l'économie)* » : S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 555 ; voir aussi C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 833 à 838 ; et Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 530.

²⁰⁶² C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 836 : la SCI qui n'a pas le statut de banque doit avoir une gérance qui l'ait pour être régi par le Code.

existent, selon que l'immeuble est ou non construit »²⁰⁶³. Sont alors concernés les montages liés à une acquisition de bien immobilier ou sa construction.

En définitive, le crédit islamique *ijara* peut prendre l'une ou l'autre forme de crédit-bail. Est-ce pour autant que les droits et les obligations sont identiques dans les deux opérations ?

2) Les obligations des parties dans une opération de crédit « *ijara* » en droit français

729. – Articulation du droit musulman et du droit français²⁰⁶⁴. Le crédit-bail nécessite l'accomplissement de la formalité de publicité par le crédit-bailleur (b), à laquelle s'ajoutent des droits et des obligations nés de la conclusion du contrat de crédit-bail. Si les règles de la publicité sont neutres d'un point de vue juridique, les obligations du crédit-bailleur et du crédit-preneur islamiques ne doivent pas dénaturer le contrat de location sous-jacent (a). Plus précisément, si l'obligation principale du crédit-preneur islamique est de payer des loyers, ces derniers ne doivent pas produire d'intérêts (c).

a) Les différences entre les obligations du crédit-bail et du crédit « *ijara* »

730. – Obligations du crédit-bailleur islamique en droit français. En droit français et en droit musulman, le crédit-bailleur doit acheter le bien²⁰⁶⁵, à moins qu'il l'ait dans son patrimoine. « Cette vente, qui est soumise au droit commun tel qu'il est prévu par le Code civil, ne lie que la société de crédit-bail et le fournisseur. Ce schéma est cependant altéré en raison du rôle du locataire dans la conclusion et l'exécution de la vente et par le jeu de clauses contractuelles »²⁰⁶⁶.

²⁰⁶³ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 555 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 793 : « en pratique, la plupart des sociétés de crédit-bail françaises ont adopté le statut de société financière et doivent respecter les règles communes à cette catégorie d'établissement de crédit et les règles prudentielles spécifiques complétant les règles communes. La forme GIE est admise. On recensait au 1^{er} juin 2001, 74 sociétés de crédit-bail mobilier et 82 sociétés crédit immobilier ».

²⁰⁶⁴ Lorsqu'il sera question, lors de nos développements, de « crédit *ijara* », il faut l'entendre comme le « crédit *ijara muntahia biltamlik* », sauf précisions de notre part.

²⁰⁶⁵ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 539.

²⁰⁶⁶ Idem.

En droit français, le crédit-bailleur a une obligation générale d'information sur tous les incidents pouvant survenir lors de la location²⁰⁶⁷. Certaines clauses du contrat de crédit-bail se retrouvent dans le crédit *ijara*. Par exemple, les clauses d'exonération de responsabilité ou de non garantie doivent être bien rédigées pour que les obligations résultant d'une véritable location pèsent sur les parties²⁰⁶⁸. Bien que le droit musulman exige une indépendance des contrats, il est permis que le crédit-preneur saisisse directement le vendeur à la place du crédit-bailleur si le bien est impropre à l'usage, mais en restant toujours titulaire d'une action contre le crédit-bailleur si le vendeur manque à ses obligations. En tant que bailleur de fonds, le crédit-bailleur doit avancer les fonds. En revanche, ces fonds ne sont pas directement mis à la disposition du client. C'est le vendeur qui les perçoit, alors que les loyers sont perçus par le crédit-bailleur. La fixation du montant des loyers est libre. Ils peuvent être progressifs ou dégressifs²⁰⁶⁹. Le crédit *ijara* impose les mêmes obligations au crédit-bailleur, sauf à ne pas percevoir des intérêts. Le simple remplacement du terme par « marge bénéficiaire » ou « profit » ne suffit naturellement pas. Ce sont l'agencement des différentes obligations qui font générer ou non le *ribâ* dans un crédit adossé à un bien loué.

Il faut cependant relever un point intéressant sur le paiement des loyers. Lorsque leur paiement est dégressif, cette dégressivité ne doit pas nous induire en erreur dans le montage de l'*ijara* combiné avec la *moucharaka* dégressif parce que ce montage impose un retrait progressif du crédit-bailleur islamique quand les loyers, comprenant une part locative et une part d'acquisition, sont payés. Le paiement des loyers implique un transfert progressif, mais définitif, des parts du crédit-bailleur islamique au crédit-preneur.

731. – Obligations crédit-preneur islamique en droit français. Avant la conclusion du contrat d'*ijara*, le crédit-preneur peut réceptionner le bien après l'avoir choisi en vertu d'un contrat de mandat. Le droit musulman, qui est devenu formaliste, recommande que le client ne soit pas mandaté pour réceptionner le bien, à moins que les obligations du crédit-preneur soient très bien indiquées pendant cette phase.

La conclusion du contrat d'*ijara* impose au crédit-preneur de payer les loyers et d'entretenir le bien loué, et éventuellement l'assurer. Ces obligations sont non seulement identiques par rapport au droit

²⁰⁶⁷ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 798.

²⁰⁶⁸ La Société de crédit-bail transfère ses recours contre le fournisseur au crédit-preneur en utilisant la technique de la cession de droit, de la stipulation pour autrui ou encore de la délégation.

²⁰⁶⁹ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 800.

commun, mais également au droit bancaire : les obligations du crédit-preneur sont d'une part la jouissance en bon père de famille du bien (ou plus précisément en bon chef d'entreprise), et d'autre part le paiement des loyers.

Lorsque le contrat est exécuté sans incident, le crédit-preneur peut lever son option d'acheter. Cela signifie l'exécution de la promesse de vente du crédit-bailleur²⁰⁷⁰, qui conduit à un transfert de propriété de la chose louée. Il en ira de même pour le crédit-bail islamique.

Les obligations des parties peuvent prendre effet dès la conclusion du contrat. Toutefois, si le crédit-bailleur ne le publie pas, il devient inopposable au tiers.

b) La publicité

732. – Publicité et inopposabilité aux tiers. À l'instar du crédit-bail²⁰⁷¹, le crédit *ijara* sera soumis aux formalités de la publicité. Ce sont les articles R. 313-3 à R. 313-14 du Code monétaire et financier qui s'appliquent en distinguant les opérations de crédit-bail mobilier des opérations de crédit-bail immobilier. L'article R. 313-3 dispose que « *les opérations de crédit-bail, mentionnées à l'article L. 313-7, sont soumises à une publicité. Celle-ci doit permettre l'identification des parties et des biens faisant l'objet de ces opérations* ». Selon l'article R. 313-4 du Code monétaire et financier, « *pour les opérations de crédit-bail en matière mobilière, l'entreprise de crédit-bail demande la publication, au registre ouvert à cet effet au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance statuant commercialement, des renseignements prévus à l'article R. 313-3* »²⁰⁷² ; et que « *les inscriptions prises en vertu de l'article L. 313-10 se prescrivent par cinq ans, sauf*

²⁰⁷⁰ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 552.

²⁰⁷¹ Article L. 313-10 du Code monétaire et financier : « *Les opérations mentionnées à l'article L. 313-7 sont soumises à une publicité dont les modalités sont fixées par décret. Ce décret précise les conditions dans lesquelles le défaut de publicité entraîne l'inopposabilité aux tiers* ». Voir aussi Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 816 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1275 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 553 ; C. Galvalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 798 ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 546 – 547..

²⁰⁷² Article R. 313-5 du Code monétaire et financier : « *Lorsque le client de l'entreprise de crédit-bail est immatriculé au registre du commerce et des sociétés, la publication s'effectue auprès du greffe du tribunal dans le ressort duquel ce client est immatriculé à titre principal.*

Lorsque le client n'est pas immatriculé au registre du commerce et des sociétés, la publication s'effectue auprès du greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance statuant commercialement dans le ressort duquel est situé l'établissement de ce client bénéficiaire du crédit-bail ».

renouvellement »²⁰⁷³. Cette publicité incombe à la société de crédit-bail pour qu'elle puisse opposer aux tiers son droit de propriété, sauf à prouver qu'ils avaient connaissance de ce droit²⁰⁷⁴. La sanction du défaut de publicité rend le contrat de crédit-bail inopposable aux tiers, « *c'est-à-dire aux créanciers et aux ayants droits du crédit-preneur, mais ce dernier ne saurait se prévaloir de cette inopposabilité, puisque lui-même n'est pas un tiers mais une partie au contrat et que le contrat non publié demeure valable inter partes* »²⁰⁷⁵.

Dès lors les frais liés à la publicité doivent être supportés par le crédit-bailleur, surtout dans le crédit islamique. Quant aux opérations immobilières, « *les contrats donnent lieu, selon les stipulations qu'ils comportent, à publicité obligatoire ou facultative, auprès du bureau des hypothèques suivant les modalités fixées pour les contrats de même nature régis par les articles 28 et 37 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 modifié portant réforme de la publicité foncière* »²⁰⁷⁶. Le défaut de publicité entraîne la même sanction en vertu de l'article R. 313-13 du Code qui dispose que « *le défaut de publicité entraîne l'inopposabilité* ».

733. – Obligation comptable du crédit-preneur. L'obligation de payer des loyers ont des répercussions au niveau comptable parce que l'entreprise crédit-preneuse « *doit faire apparaître dans son compte d'exploitation les loyers (...); évaluer en annexe du bilan sous les rubriques hors bilan le montant total des charges, c'est-à-dire des loyers, restant à payer* »²⁰⁷⁷. Ces écritures comptables permettent à l'Administration fiscale de connaître les charges financières qui pèsent sur le crédit-preneur. En effet, le paiement des loyers permet de déduire des impôts les intérêts.

²⁰⁷³ Article L. 313-11 du Code monétaire et financier.

²⁰⁷⁴ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 809 – 810 ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 547 : le défaut de publicité obligera le crédit-bailleur à revendiquer le bien si une procédure collective est ouverte. S'il ne prouve que les créanciers du crédit-preneur étaient au courant de ce contrat, le bien devient leur gage.

²⁰⁷⁵ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, Economica, 2011, n° 553.

²⁰⁷⁶ Article R. 313-12 du même Code ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 553 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 557 : « *en revanche, la jurisprudence fait échapper le contrat de crédit-bail à la formalité fiscale de l'enregistrement. En pratique de nombreux contrats ne sont jamais publiés. Il est vrai que pour l'application de la sanction de l'inopposabilité aux tiers, c'est la notion de tiers au sens du droit de la publicité en cas de procédure collective du crédit-bailleur, qu'il faut prendre en compte. Or, la jurisprudence en cas de procédure collective du crédit-bailleur considère que le contrat de crédit-bail même non publié est opposable aux créanciers représentés par le liquidateur qui ne sont pas des créanciers au sens de la publicité foncière (Cass. com., 15 mai 2001, Defrénois, 2002, 836, obs. Piedelièvre)* ». Ainsi, ces solutions jurisprudentielles devraient être étendues aux crédits *ijara* où le droit musulman subira les exigences du droit français en matière de publicité foncière, d'inopposabilité et/ou de procédure collective (si elle est ouverte).

c) Le paiement des loyers et l'absence de genèse du *ribâ*

734. – Fixation et nature du loyer. Le crédit-bail et le crédit *ijara*, associant la vente, le bail et le crédit, pourrait être qualifié de prêt d'argent indirect, susceptible d'être grevé d'un intérêt²⁰⁷⁸. C'est ici que la principale différence réside entre les deux opérations. Selon M. Bonneau, « *le montant du loyer rémunère à la fois l'avance de fonds et la mise à disposition : il doit être versé par le crédit-preneur au crédit-bailleur pendant toute la durée de la location qui correspond à celle de la vie économique du bien loué, soit généralement entre 2 et 6 ans (en matière mobilière), ce qui conduit à classer ces opérations (de crédit-bail mobilier) dans les opérations à moyen terme* »²⁰⁷⁹. Il en est de même pour le crédit-bail immobilier dont la durée peut dépasser dix ou vingt temps²⁰⁸⁰.

Plus précisément, « *le montant des loyers, déterminé par les parties, tient compte du prix d'acquisition du bien par la société de crédit-bail et de la durée de la location. Il comprend le prix de location, l'amortissement du bien et la marge bénéficiaire de la société de crédit-bail. Il peut être fixé selon un système linéaire, dégressif ou progressif. Il doit bien évidemment être mentionné dans le contrat* »²⁰⁸¹. Le crédit *ijara* applique la même méthode de fixation du montant des loyers. Toutefois, de nombreuses règles de la *mourabaha* s'appliquent à l'*ijara*.

Si c'est surtout le cas en matière de calcul des loyers par référence à un taux d'intérêt²⁰⁸², la différence se trouve sur les droits entourant la propriété du bien financé. Avec la *mourabaha*, la banque islamique est propriétaire du bien un instant donné, et cette propriété est rapidement transférée au client au moment de la conclusion du contrat alors que le crédit-bailleur islamique doit être le propriétaire jusqu'à la levée de l'option. Or, dans le crédit-bail, « *l'établissement de crédit n'est pas un véritable propriétaire bien qu'il ait la qualité juridique : il s'agit, dans la réalité économique, d'une opération de crédit et d'une sûreté utilisant le louage de chose, difficile à qualifier* »²⁰⁸³. Dès lors que le crédit-bailleur dispose d'un véritable droit de propriété sur la chose louée, impliquant une responsabilité liée à la chose, il est libre, en droit musulman, de fixer le

²⁰⁷⁷ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 798 et 811.

²⁰⁷⁸ J. Dubos, actualisé par P. Coudert, art. préc., n° 78.

²⁰⁷⁹ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 543.

²⁰⁸⁰ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 833.

²⁰⁸¹ Lamy, *Droit du financement*, op. cit., n° 3458.

²⁰⁸² T. Usmani, op. cit. ; Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 84 – 86 ; voir aussi B. Kettel, op. cit. ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 77 – 92.

²⁰⁸³ Ph.. Malaurie, L. Aynès et P. ; -Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 813.

montant des loyers alors même que le montant des loyers dépasse *in fine* le prix d'acquisition²⁰⁸⁴. Le profit dégagé n'est de l'intérêt tant que le crédit-bailleur reste le propriétaire qui supporte les risques liés à la chose louée. La conformité à la loi islamique tient à ce que « *le revenu est un loyer fixe d'un bien existant et non pas une rente fixe sur des avoirs immatériels financiers* »²⁰⁸⁵.

735. – Nature des « loyers », TEG et usure. La distinction subtile entre le loyer fixe et la rente fixe rend compte de la volonté de ne pas amalgamer deux termes : le premier désignant la jouissance d'un bien pouvant produire des fruits et le second couvrant une pratique usuraire. La véritable subtilité, ou bien la véritable différence, réside dans la fictivité de la contrepartie du crédit-bailleur percevant indument des intérêts. S'il est totalement exonéré des responsabilités liées à la propriété de la chose louée, une partie des loyers est de l'intérêt²⁰⁸⁶.

L'article L. 313-1 du Code de la consommation dispose que « *pour les contrats de crédit entrant dans le champ d'application du chapitre Ier du présent titre, le taux effectif global, qui est dénommé "Taux annuel effectif global", ne comprend pas les frais d'acte notarié* ». Le chapitre visé par l'article encadre les crédits à la consommation. Il est alors inutile d'indiquer que le TEG ou plutôt le TAEG comprenne des frais d'acte notarié, frais déboursés en matière de crédit immobilier. Ce qui est plus intéressant, c'est que ce chapitre régit tant le crédit à la consommation que la location assortie d'une promesse de vente. Ainsi, le TEG doit être mentionné dans le contrat de location. Le raisonnement est-il valable aussi pour le crédit-bail ? Le même article, qui est reproduit par l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, dispose d'une part que « *pour les prêts qui font l'objet d'un amortissement échelonné, le taux effectif global doit être calculé en tenant compte des modalités de l'amortissement de la créance* », et d'autre part, en reproduisant l'article L. 313-2 du Code de la consommation que « *le taux effectif global déterminé comme il est dit à l'article L. 313-1 doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt régi par la présente section* ». Dès lors que le crédit-bail ne peut pas être qualifié de prêt, et qu'il ne fait pas l'objet d'un amortissement échelonné, ces textes ne lui sont pas applicables. En pratique, les contrats de crédit-bail stipulent un taux d'intérêt, voire une « fiche de TEG ».

Cette subtilité est confirmée en droit français par la réponse à la problématique de savoir si la loi relative à l'usure s'applique au crédit-bail. Ce dernier y échappe : « *la nature hybride de la*

²⁰⁸⁴ www.amanahfinance.hsbc.com (visité le 27 janvier 2009).

²⁰⁸⁵ H. Algabid, Thèse préc., p. 80.

²⁰⁸⁶ Voir infra, n° 740.

convention de crédit-bail le fait échapper au plafonnement du taux de l'intérêt. Le loyer dû rémunère, en effet, la mise à disposition du bien et l'avantage que constitue la promesse de vente à prix résiduel prédéterminé »²⁰⁸⁷.

En définitive, le contrat de crédit *ijara* qui est soumis à la législation sur le crédit-bail, (et à la législation sur la location assortie d'une option d'achat), ne doit pas mentionner le TEG. Il n'est non plus pas soumis à la législation sur l'usure. Cette dernière s'explique aussi en raison de la limitation du champ d'application de l'usure aux seuls particuliers.

736. – Date de paiement du premier loyer. Dans un crédit *ijara*, les paiements ne peuvent pas commencer avant que le bien ne soit mis à la disposition du crédit-preneur. A l'opposé, dans un contrat de crédit-bail, les paiements peuvent commencer à partir du moment où le bailleur achète l'actif sous-jacent. De plus, dans un contrat d'*ijara*, il est possible de déterminer le montant de chaque paiement non pas préalablement mais à la date où la livraison de l'actif sous-jacent est prévue. Cette flexibilité rend cet instrument particulièrement utile dans le cas de financement de projets, où il existe une incertitude sur la rentabilité future du projet d'investissement.

737. – Pénalités de retard. Le crédit-bailleur peut exiger le paiement d'indemnité si le crédit-preneur ne paie pas les loyers : *« si les loyers restent impayés, le contrat de crédit-bail prévoit généralement une clause résolutoire de plein droit ainsi qu'une clause pénale dont le montant peut être réduit en application des articles 1152 et 1231 du Code civil »²⁰⁸⁸.* Du fait de certains abus dans la fixation du montant prévu dans la clause pénale, le Législateur a décidé de l'encadrer : *« À l'origine, cette pénalité était égale à la totalité des redevances qui auraient dû être payées jusqu'à la fin du contrat. C'est cet excès qui a motivé la loi du 11 juillet 1975 venue permettre au juge de réduire, en toutes matières, les pénalités manifestement excessives. À l'heure actuelle, pour tenir compte à la fois du rendement légitime de l'opération attendu par la banque et du fait qu'elle retrouve plus tôt que prévu la disposition des fonds investis, les clauses prévoient généralement une pénalité égale aux 3/4 ou aux 4/5 des loyers restant à courir, sous déduction du prix perçu par la banque lors de la revente, et reste déductible en cas d'excès »²⁰⁸⁹.*

²⁰⁸⁷ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 799.

²⁰⁸⁸ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 543.

²⁰⁸⁹ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1283 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 801.

Cette clause pénale est en fait inapplicable dans un crédit islamique, pour deux raisons au moins. D'abord, parce qu'elle est du *ribâ* peu important si elle est stipulée dans un contrat de vente à tempérament ou de location²⁰⁹⁰. Mais aussi, parce que le droit musulman réprouve toute pratique qui pénalise un débiteur de bonne foi en difficulté. En cas de non paiement injustifié, le crédit-bailleur islamique peut exiger que le locataire paie toutes les échéances à la suite d'une mise en demeure. Néanmoins, en cas de défaillance avérée et justifiée, il doit attendre la fin de la période de location pour constater réellement la défaillance. En tout état de cause, les pénalités perçues doivent absolument être reversées à une œuvre de charité sous le contrôle du *Sharia Board*²⁰⁹¹. En pratique, certaines institutions financières islamiques gardent une partie de ces sommes pour couvrir leurs frais en cas de défaillance. Ces règles spécifiques ne sont pas en contradiction avec la loi française parce qu'aucun texte ne les interdit. En cas de difficulté financière, dans un contrat de crédit-bail, il est possible de rééchelonner les loyers. Selon la loi islamique, le caractère d'un contrat est sacré et que toute modification des termes contractuels ne peut se faire que par la conclusion d'un nouveau contrat²⁰⁹².

Ayant mis en exergue les obligations des parties, il convient aussi de voir les rapports qui existent entre les différents acteurs impliqués dans l'opération de crédit-bail islamique.

3) Les effets du contrat d'« *ijara* » en droit français

738. – Rapport triangulaire. L'opération de crédit-bail fait intervenir le vendeur, le crédit-bailleur et le crédit-preneur. Elle est en réalité fortement tributaire du contrat de crédit-bail. Selon MM. Malaurie, Aynès et Gautier, « *le contrat est constitué par trois éléments sans lesquels il n'y a pas de crédit-bail : un achat d'une chose, un louage de cette chose pour une durée déterminée et une promesse unilatérale de vente* »²⁰⁹³. Bien que les auteurs parlent de « contrat » à la place de l'opération, ces éléments s'articulent pour que celle-ci soit considérée indivisible.

²⁰⁹⁰ Article 6/3, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek* : « *No increase in the rental due may be stipulated by the lessor in case of delay in payment by the lessee* » ; voir aussi article 5/2/5.

²⁰⁹¹ Articles 6/2, 6/3 et 6/4, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

²⁰⁹² Article 5/2/6, du même Sharia Standard de l'AAOIFI.

²⁰⁹³ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 814 : Il peut être adjoind un contrat de mandat conclu entre le banquier et le client pour que le client commande et réceptionne le bien. Voir aussi A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1265 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 545.

Les trois éléments qui caractérisent l'opération de crédit-bail se retrouvent dans l'opération d'*ijara muntahia bittamlik* : l'achat préalable par le banquier d'une chose, sa location pour une période déterminée et la promesse unilatérale de vente. Pour la Cour de cassation, pour être constitutif d'une opération de crédit-bail, les contrats de location doivent comporter de la part du bailleur une promesse unilatérale de vente donnant au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués²⁰⁹⁴ ; le seul engagement du locataire est insuffisant²⁰⁹⁵.

739. – Rapports vendeur – crédit-bailleur islamique. Le rapport entre le banquier et le vendeur résulte du contrat de vente ou d'un contrat d'entreprise si le bien doit être fabriqué ou construit²⁰⁹⁶.

En vertu de l'article 3/1 du Standard Sharia de l'AAOIFI, la conformité islamique du crédit *ijara* dépend de l'acquisition préalable de la chose par le banquier. Il en est de même en droit français : « *les biens envisagés par l'article L. 313-7, 1°, doivent être achetés en vue de leur location : l'achat constitue donc un préalable à la conclusion du contrat de crédit-bail. Si cet achat n'a pas été effectué, le contrat de crédit-bail doit être précédé d'une promesse synallagmatique de location et d'un engagement d'achat à la charge de la société de crédit-bail. En tout cas, le bien doit être acheté : on en déduit que si le bien est fabriqué par l'entreprise, le Code n'est pas applicable* »²⁰⁹⁷.

Dans un arrêt du 10 juin 1995, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé qu' « *est nul comme étant dépourvu d'objet le contrat de crédit-bail dans lequel, n'étant pas propriétaire des matériels loués, le crédit-bailleur n'a pas pu transmettre la jouissance et l'usage au preneur sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il pouvait justifier de sa bonne foi lors de l'achat de ces équipements* »²⁰⁹⁸. S'appliquent en fait les règles de droit commun notamment le régime juridique de la vente en vue de réaliser un véritable transfert de propriété de la chose à la banque. Mais, le mandat octroyé par le banquier au client éloigne les rapports entre le vendeur et le banquier qui ne choisit, ni n'examine la chose²⁰⁹⁹.

²⁰⁹⁴ Cass. com., 14 avril 1972, Bull. civ. IV, n° 105 ; Cass. com., 30 mai 1989, Bull. civ. IV, n° 167 in P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., note 12, p. 453.

²⁰⁹⁵ Com, 4 juin 1996, D. affaires, 1996. 1165 ; Com 13 mai 1997, RJDA 1997, n° 1231 : « *Est un contrat de crédit-bail au sens article 1^{er} loi 1966 (art. L. 313-7 du Code monétaire et financier) le contrat qui offre au locataire une option d'achat avec pour seule condition de faire connaître au bailleur sa décision un mois avant l'expiration du contrat, ce dont il résulte que cette option n'est pas soumise à l'agrément du bailleur, cette clause s'interprétant en une promesse unilatérale de vente* ».

²⁰⁹⁶ Article L. 313-7, 2° du Code monétaire et financier. Voir, par exemple, A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1271.

²⁰⁹⁷ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., 8^{ème} édition, n° 539.

²⁰⁹⁸ Idem.

²⁰⁹⁹ A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1271.

740. – Rapports crédit-bailleur islamique/crédit-preneur islamique. Les rapports entre le le crédit-bailleur et le crédit-preneur reflètent, ou plutôt devrait refléter, les obligations découlant d'un contrat de louage.

Pendant la durée de la location, devraient s'appliquer les règles relatives au louage. Or, « *le louage de la chose est assez fictive : les loyers sont, non les revenus de la chose, mais les intérêts d'un capital prêté ; le crédit-bailleur s'exonère toujours de l'obligation de faire jouir le locataire et de la garantie des vices cachés* »²¹⁰⁰. L'autorisation de percevoir des intérêts par le crédit-bailleur en droit français ne saurait cependant liée le crédit-bailleur islamique. Ce sont alors les différentes clauses tenant à la propriété de la chose, à sa jouissance ou à ses garanties qui conduisent ou non à la genèse de l'intérêt. C'est le cas lorsque toutes les prérogatives d'un propriétaire sont écartées.

Toutefois, MM. Gavalda et Stoufflet nous informent que « *la garantie principale du crédit-bail repose sur le droit de propriété qui se présente ici comme un instrument de crédit. L'institution ressemble à cet égard à une vente avec de réserve de propriété ou à la fiducie* »²¹⁰¹. Pourtant, MM. Malaurie, Aynès et Gautier expliquent que la propriété et le bail sont détournés de leur nature en prenant un sens nouveau²¹⁰² : « *la pratique écarte toutes les règles du bail* » en faisant supporter au locataire « *les réparations incombant normalement au propriétaire, ... la perte de la chose louée, même pour cause de force majeure, en stipulant que l'indemnité versée en cas de sinistre est déléguée au crédit-bailleur, ... la responsabilité tenant à la garde de la chose... les charges fiscales ; le crédit-bailleur s'exonère de la garantie des vices cachés* »²¹⁰³. Si les règles relatives au bail ne s'applique pas dans leur plénitude, le crédit-bailleur transfère néanmoins au crédit-preneur les droits à agir contre le vendeur grâce par exemple à une cession de créance²¹⁰⁴, et ce conformément à l'article 1689 du Code civil qui dispose que la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire

²¹⁰⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 814.

²¹⁰¹ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 802 à 805 : « *Le crédit-bailleur ne peut cependant, en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire du preneur, revendiquer aussitôt le bien. En effet, une telle procédure n'entraîne pas la déchéance du terme (C. com. art. L. 622-29) et une clause résolutoire ne peut être invoquée. La poursuite du contrat peut être autorisée par le juge-commissaire malgré la procédure collective à laquelle est soumis le crédit-preneur, lorsque la levée de l'option est justifiée par la poursuite de l'activité et que le paiement à intervenir est d'un montant inférieur à la valeur vénale du bien objet du contrat. La liquidation judiciaire ouvre un droit à revendication* ».

²¹⁰² P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 814. Le crédit-bailleur reste étranger à l'acte de vente laissant le soin au crédit-preneur de poursuivre le fournisseur. Il se contente des droits et des obligations financières.

²¹⁰³ Ibidem, n° 820.

par la remise du titre. Ce titre représente soit une créance, soit un droit, soit une action sur un tiers. Cette approche constitue un point d'ancrage entre les crédits *ijara* et le crédit-bail. Mais demeurent des divergences entre les deux.

741. – Rapports paradoxaux entre le vendeur et le crédit-preneur islamique²¹⁰⁵. Juridiquement, il ne devrait exister aucun rapport entre le vendeur et le crédit-preneur quand bien même ce dernier choisit le bien, et le réceptionne. Mais, il existe des relations juridiques notamment si le client se retourne contre le vendeur en cas de vices cachés. Le crédit-bailleur peut s'exonérer de la garantie des vices cachés de l'article 1721 du Code civil, le contrat peut prévoir expressément que le crédit-preneur dispose d'un recours direct contre le vendeur du bien avec lequel il a déterminé les caractéristiques de celui-ci²¹⁰⁶.

Selon MM. Malaurie, Aynès et Gautier, trois sortes de stipulations sont généralement convenues²¹⁰⁷. D'une part, la clause selon laquelle « *le crédit-bailleur est exonéré de toute garantie envers le crédit-preneur* ». Les auteurs citent l'arrêt du 30 octobre 1973 de la chambre commerciale de la Cour de cassation²¹⁰⁸, ce qui leur permet de dire qu'une clause selon laquelle « *le preneur décharge expressément le bailleur de toute obligation de garantie contre les vices cachés* » n'a même pas besoin d'être stipulée car « *elle découle de l'économie du contrat* »²¹⁰⁹. MM. Piedelièvre et Putman rejoignent les précédents auteurs : « *la clause de transfert des droits et actions en garantie contre le fournisseur est considérée comme emportant une renonciation du preneur, à la garantie du bailleur* »²¹¹⁰. En droit musulman, ces clauses de non-garantie et de non-recours ne sont pas en principe valides parce que le bailleur doit demeurer le propriétaire. Par contre, dans le crédit *ijara*, cela reste envisageable au regard de l'objet de l'opération.

D'autre part, « *le crédit-bailleur transfère au crédit-preneur ses droits à agir contre le même vendeur par l'effet d'une cession de créance ; le crédit-preneur ne peut pas agir en garantie des vices cachés contre le crédit-bailleur ; mais conserve ses droits contre le vendeur, même après avoir*

²¹⁰⁴ Cass. com., 4 juin 1991, Bull. civ., IV, n° 206 ; Cass. Com., 4 juin 1996, Bull. Civ., n° 156. Voir aussi A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1281.

²¹⁰⁵ Ibidem, n° 1279.

²¹⁰⁶ Cass. com., 30 octobre 1973, Bull. civ., IV, n° 303.

²¹⁰⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 814 ; voir aussi S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 550 – 551.

²¹⁰⁸ Bull. civ., n° 303 : « *le crédit-bailleur n'est pas tenu de garantir la qualité et la fiabilité du matériel loué par lui mais librement choisi par le locataire* ».

²¹⁰⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 814.

²¹¹⁰ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 551.

levé l'option et être devenu propriétaire »²¹¹¹. En droit musulman, le transfert du droit d'agir contre le vendeur n'est valable que s'il ne décharge pas complètement le crédit-bailleur de ses obligations liées à la chose. Si les actions du crédit-preneur contre le vendeur sont infructueuses, le crédit-bailleur doit remplir ses obligations.

Enfin, « *le crédit-preneur garantit les restitutions dont le vendeur était tenu envers le crédit-bailleur* »²¹¹². Ce cas se présente lorsque le contrat de vente est annulé ou résolu. L'anéantissement étant rétroactif, le crédit-preneur doit restituer la chose au crédit-bailleur qui va à son tour le faire au vendeur. Le principe de l'indépendance des contrats en droit musulman devrait empêcher les effets de l'annulation. Toutefois, dès lors que l'opération ne présente pas les caractéristiques d'une opération de type *inah*, ou qu'elle ne génère pas de *ribâ*, cette règle devra s'appliquer au crédit « *ijara* ».

Outre ces rapports entre les parties, l'opération peut se terminer par la survenance de divers événements.

4) Le dénouement de l'opération de crédit « *ijara* »

742. – Plusieurs cas à envisager. En principe, le contrat se termine lorsqu'il arrive à terme. Toutefois, le crédit-preneur dispose de trois choix : ne pas poursuivre le contrat, ou le renouveler, ou lever l'option d'achat. Si les deux premiers cas ne posent pas de difficulté, l'exécution de la promesse de la vente présente des particularités dans le crédit « *ijara* » (a).

En outre, l'opération peut se terminer si le crédit-bailleur cède le contrat de crédit-bail (b), ou si le contrat est annulé ou résilié (c).

a) L'exécution de la promesse de vente

743. – Nature juridique de la promesse. En droit français, une promesse de vente est un contrat²¹¹³. Dès lors, elle devrait être distincte du contrat de crédit-bail. En pratique, elle est insérée dans une

²¹¹¹ P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 814.

²¹¹² Voir aussi Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 539, spéc. n° 542.

²¹¹³ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 111.

convention-cadre²¹¹⁴. Cela convient à la structuration d'un crédit-bail islamique. De plus, l'instruction fiscale relative à l'*ijara* indique que « *le fait que l'option d'achat au profit du client figure dans un contrat séparé du contrat de location ne fait pas obstacle à la qualification de crédit-bail ou d'opération de location assortie d'une option d'achat d'un point de vue fiscal dès lors que les deux contrats, étant signés concomitamment, font partie d'un même ensemble contractuel* »²¹¹⁵. Ainsi, la convention de crédit « *ijara* » peut contenir outre, un contrat de location, un contrat de promesse de vente.

Par ailleurs, le crédit-bail peut-il ne pas comporter d'option d'achat ? On peut être amené à le penser à la lecture de l'alinéa 1^{er} de l'article 313-7, 2°. Il s'agit des cas où le locataire devient propriétaire « *par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant au locataire* » et du cas de « *l'acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués* ». Dans ces deux cas, le crédit-bailleur a-t-il vraiment promis de vendre la chose louée ? Ces mécanismes reflètent en fait la technique de la promesse de vente, parce que le transfert de propriété découle d'une vente ; de même que l'acquisition des droits de propriété. Dès lors, le premier cas peut servir de fondement juridique au crédit *ijara/istisna* ; et le second pour l'opération de *ijara/moucharaka* dégressive.

744. – Régime de la promesse de vente. En droit français, « *lorsque le bénéficiaire (de la promesse de vente) lève l'option, la promesse se transforme instantanément en vente* »²¹¹⁶. Aucun manuel de droit musulman ne mentionne une telle règle. Elle devrait s'appliquer pour le crédit *ijara*, sauf, si le transfert est retardé jusqu'à la signature de l'acte authentique constatant la vente d'un bien immeuble, ou de tout autre acte de vente.

En France, la levée de l'option peut être constatée par une lettre recommandée parce qu'aucune forme n'exigée. Elle est un acte unilatéral du bénéficiaire²¹¹⁷. Le risque est qu'en cas de refus de lever l'option, le promettant exige une indemnité d'immobilisation (notamment en matière

²¹¹⁴ Voir les propositions des auteurs du rapport, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, (Rapport préc.) : « *la Finance Islamique s'accommodant mal des contrats hybrides, il est nécessaire de pouvoir découper toute opération de crédit-bail en deux conventions distinctes, location d'une part, et promesse unilatérale de vente et/ou d'achat d'autre part. Ce découpage n'est actuellement possible qu'en dehors du régime légal du crédit-bail. Nous proposons que ce découpage soit possible, même en matière de crédit-bail* ».

²¹¹⁵ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, 4/FE/S3/10 relative aux opérations d'*ijara*, préc., §10.

²¹¹⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 110.

²¹¹⁷ *Ibidem*, n° 118.

immobilière). Cette indemnité ne peut pas être prévue dans un crédit *ijara* en raison de sa nature *ribawi*²¹¹⁸.

En outre, le promettant ne peut pas se rétracter pendant la durée pour laquelle la promesse a été donnée : « *il s'agit, en effet, d'un engagement définitif de vendre, que la simple levée de l'option par le bénéficiaire suffira à transformer en une vente* »²¹¹⁹. Le bénéficiaire n'a pas de droit réel sur la chose tant qu'il n'a pas levé l'option. Il ne dispose que d'un droit personnel contre le promettant²¹²⁰. Ici, le droit musulman classique est assez flottant sur le sujet parce qu'il existe deux courants : l'un reconnaissant une force obligatoire à la promesse, l'autre non. Dans une opération complexe comme l'*ijara muntahia biltamlik*, l'AAOIFI a retenu la première position.

Dans le crédit-bail islamique, l'AAOIFI a également prévu que le bien peut être cédé en cas d'exécution d'une promesse de don. En France, le crédit-bailleur islamique doit se contenter de stipuler uniquement une promesse de vente. S'il adjoint une promesse de don du bien, le crédit ne peut être qualifié en crédit-bail.

Toutefois, le crédit-bail présente aussi des contraintes, ce qui peut pousser les parties à ne pas conclure une promesse de vente. Selon MM. Piedelièvre et Putman, « *le propriétaire du bien loué peut avoir intérêt à ne pas consentir de promesse unilatérale de vente à l'échéance de la location, afin d'échapper à certaines contraintes du régime juridique du crédit-bail, notamment l'obligation de publicité imposée par les articles L. 313-30 et R. 313-3 et suivants du Code monétaire et financier : (...) l'omission de cette publicité prive le crédit-bailleur de la possibilité de revendiquer le bien au cas où le crédit-preneur l'aurait revendu à un tiers, sauf à apporter la preuve (difficile) de la mauvaise foi de celui-ci* »²¹²¹. Si les contraintes du crédit-bail sont lourdes pour les parties, il convient alors de réaliser un montage de location simple ou de location-vente. En effet, leurs régimes « *paraissent un peu plus avantageux, puisque la revendication n'y est pas conditionnée par une publicité préalable. Mais la marge de manœuvre du revendiquant est tout de même réduite dans ce cas par l'incidence de la règle « en fait de meubles, la possession vaut titre », prévu à l'article 2276 du Code civil* »²¹²².

²¹¹⁸ *Islamic Banking and Finance, What It Is and What Could Be*, op. cit., p. 95 – 96.

²¹¹⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 111.

²¹²⁰ *Ibidem*, n° 112.

²¹²¹ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 546.

²¹²² *Idem*.

745. – Nullité du crédit-bail dénué de promesse. L'absence de promesse de vente dans l'opération de crédit-bail est sanctionnée par la nullité absolue, selon MM. Piedelièvre et Putman, parce que « dans la mesure où (la promesse de vente conditionne la qualification de crédit-bail, l'inclusion dans l'opération d'une promesse unilatérale de vente contribue aussi à délimiter le domaine du monopole des établissements de crédit. Si l'on est en présence d'une opération de crédit-bail de biens d'équipement ou de matériel d'outillage effectuée à titre habituel, la société de leasing doit être un établissement de crédit, sans quoi le contrat sera nul de nullité absolue, ce qui implique le droit pour le locataire lui-même de demander l'annulation »²¹²³. Ainsi, la convention de crédit *ijara* doit comporter une promesse de vente, et non une promesse de don.

Cependant, l'article 1589-2 du Code civil prévoit la nullité des promesses unilatérales de vente en matière d'acquisition ou de gestion immobilière via une société. La Cour de cassation a jugé que cet article ne s'applique pas lorsque la promesse incluse dans un contrat de crédit-bail immobilier est indissolublement liée à un ensemble d'obligations contractuelles²¹²⁴. La nullité ne frappe pas non plus les promesses qui ne figurent ni dans un acte authentique, ni dans un acte sous seing privé, au sens de l'article 1589-2, lorsqu'elle concerne des parts sociales dont la cession est prévue entre membres d'une société civile immobilière de type crédit-bailleur, dans une opération complexe de crédit-bail immobilier²¹²⁵. Dans ces cas, il convient de prendre soin de ne pas omettre d'inclure une promesse de vente.

Si l'exécution de la promesse de vente met un terme à l'opération, il en va de même lorsque le contrat de crédit-bail est cédé.

b) La cession du contrat de crédit-bail islamique en droit français

746. – Modalités de la cession du crédit « *ijara* ». L'article L. 313-8 du Code monétaire dispose qu'« en cas de cession de biens compris dans une opération de crédit-bail, et pendant la durée de

²¹²³ Idem : citant Cass. com., 19 novembre 1991, Bull. civ., IV, n° 347.

²¹²⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 3 juin 1982, Gaz. pal., 83, note Bey. Il en va de même lorsqu'il s'agit d'un contrat de réservation, contrat *sui generis*, essentiellement synallagmatique, où le vendeur s'engage en contrepartie d'un dépôt de garantie à réserver à l'acheteur éventuel un immeuble ; lorsque la promesse est contenue dans un accord constatant une transaction entre les parties Cass. Ass., Plén., 24 février 2002, Bull. civ., n° 1 ; voir aussi S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, Economica, 2011, n° 546.

²¹²⁵ Cass. com., 6 juin 1990, Bull. civ. IV, n° 161.

l'opération, le cessionnaire est tenu aux mêmes obligations que le cédant qui en reste garant »²¹²⁶.

La loi a donc le souci de préserver les droits du crédit-preneur en cas de cession des biens compris dans une opération de crédit-bail. Ce texte parle de cession de biens et non de contrat. MM. Gavalda et Stoufflet affirment que « *la convention de crédit-bail, marquée d'intuitus personae, n'est cessible qu'en cas de stipulation ou d'accord ultérieur des parties* »²¹²⁷. Ainsi, la cession du contrat relève de la liberté contractuelle. En droit musulman, le contrat d'*ijara* peut aussi être cédé.

En cas de crédit-bail d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal, « *céder le contrat de crédit-bail sans céder le fonds revient à céder un droit au bail et une promesse unilatérale de vente, ce qui peut devenir nécessaire quand l'utilisateur veut aller exercer sa profession dans un nouvel immeuble mieux adapté. On considère qu'il faut appliquer l'article 1717 du Code civil autorisant le bailleur à interdire la cession de bail, mais en pratique le crédit-bailleur subordonne plutôt la cession à son agrément, et il pose la condition que le cédant garantisse solidairement les obligations du cessionnaire. Il exige souvent aussi la publicité de la cession à la conservation des hypothèques, quoique, à strictement parler inutile, car l'immeuble conserve la même situation juridique puisque le crédit-bailleur en demeure propriétaire, même s'il reçoit un nouveau locataire* »²¹²⁸. Si c'est le crédit-bailleur qui cède le contrat de crédit-bail, il faudra appliquer l'article L. 313-8 du Code monétaire et financier. S'il y a un nouveau crédit-preneur, il doit payer les loyers au crédit-bailleur, propriétaire du bien loué, en gardant cependant le droit de poursuivre le vendeur initial qui est tenu de la garantie des vices cachés²¹²⁹.

L'opération de crédit-bail peut également se terminer si le contrat de crédit-bail est résilié.

²¹²⁶ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 544.

²¹²⁷ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 799, et n° 804 : pour la transmission possible des contrats de crédit-bail en cas de redressement judiciaire du crédit-bailleur.

²¹²⁸ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, Economica, 2011, n° 560.

²¹²⁹ *Ibidem*, n° 551.

c) La résiliation du contrat de crédit-bail islamique en droit français

747. – Clauses de résiliation et liberté contractuelle. En vertu de l'article L. 313-9 du Code monétaire et financier, les contrats de crédit-bail immobilier « prévoient, à peine de nullité, les conditions dans lesquelles leur résiliation pourra, le cas échéant, intervenir à la demande du preneur ». Si le texte confère une liberté contractuelle en cette matière, « la clause de résiliation ne doit pas être stipulée dans l'intérêt exclusif de la société de crédit-bail et elle doit ménager au preneur une véritable faculté de résiliation »²¹³⁰. L'action en résiliation se prescrit par 5 ans²¹³¹. Le contrat de crédit-bail peut être résilié notamment si le crédit-preneur ne paie plus les loyers, si la chose louée devient impropre à l'usage, ou si la vente est résolue²¹³².

748. – Disparition de la chose louée. En cas de destruction du matériel, même en cas de force majeure, la clause d'un contrat de crédit-bail prévoyant que le locataire poursuit à payer les loyers restant à courir a été condamnée par la Cour de cassation²¹³³. Elle est également contraire aux règles islamiques parce que les flux financiers et les actifs sous-jacents sont inextricablement liés. La disparition du dernier entraîne automatiquement la cessation du premier²¹³⁴.

Se pose aussi, dans des termes différents, la question des conséquences de l'anéantissement du contrat de vente sur le contrat de crédit-bail.

²¹³⁰ Ibidem, 2011, n° 558.

²¹³¹ Ibidem, n° 558 ; pour les conséquences de l'ouverture d'une procédure collective ; voir aussi Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 545 « le contrat de crédit-bail n'est pas résilié du fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire du crédit-preneur ». L'auteur cite l'article L. 662-13 du Code de commerce qui dispose que « nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde » (texte applicable au redressement judiciaire (art. L. 631-14, I). De plus, l'article L. 622-7 du même Code qui s'applique à la sauvegarde et au redressement judiciaire dispose que « le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture ». Selon M. Bonneau, « l'interdiction de tout paiement est un obstacle à la résiliation de plein droit du contrat. En revanche, lorsque le défaut de paiement des loyers intervient postérieurement à l'ouverture de la procédure collective, la clause de résiliation de plein droit pourra jouer. Dans cette hypothèse, celle-ci paraît d'ailleurs inutile puisque l'article L. 622-13, III, du Code prévoit la résiliation de plein droit du contrat continué, mais inexécuté ». Ce régime de la résiliation doit alors être étendu à un crédit-preneur islamique confronté à une procédure collective. Le crédit-bailleur islamique doit-il revendiquer le bien ? Ce n'est pas nécessaire car un crédit-bailleur est dispensé de revendiquer le bien loué. Il doit uniquement solliciter la restitution amiable du bien. Par contre, sont nulles les clauses pénales qui visent la procédure collective, ce qui devra être prises en compte dans le crédit *ijara*.

²¹³² A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1283.

²¹³³ Civ. 3^{ème}, 27 avril 1988, Bull. civ. III, n° 81 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 1998, Bull. civ., n° 322. Voir P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Contrats spéciaux*, op. cit., n° 822.

²¹³⁴ Article 7/1/3, Sharia Standard de l'AAOIFI n° 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.

749. – Effet de la résolution du contrat de vente. La résolution du contrat de vente produit ses effets sur le contrat de crédit-bail. Cette solution fut adoptée, le 3 mars 1989, par la Chambre mixte de la Cour de cassation pour trancher la divergence entre la chambre civile et la chambre commerciale²¹³⁵. Elle l'a réitéré notamment sur le point clé de la dépendance du crédit-bail et de la vente : « *la résolution de la vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application des clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation* »²¹³⁶. Deux enseignements peuvent être retenus par cette jurisprudence. D'abord, la Haute juridiction valide ainsi une exception à la règle générale de l'effet relatif du contrat, ce qui démontre qu'il existe réellement un lien de dépendance entre les deux contrats. Dans le même ordre d'idée, l'annulation doit aussi *a fortiori* conduire à la résiliation du contrat de crédit-bail si la vente est annulée²¹³⁷. Puis, les juges ont donc renforcé le principe de la liberté contractuelle en validant les clauses organisant les effets de la résiliation²¹³⁸. M. Bonneau, estime qu'« *on ne peut pas déduire de l'existence d'une clause de non-recours la survie du contrat de crédit-bail, malgré la résolution de la vente (...)* Cette solution s'explique par le fait que la société de crédit-bail est tenue de restituer au vendeur le bien loué et que dès lors le crédit-preneur ne peut plus en jouir, ni exercer son option d'achat »²¹³⁹.

Cette solution doit être étendue, pour les mêmes raisons invoquées par M. Bonneau, aux opérations de crédit d'*ijara* malgré le principe de l'indépendance des contrats. Comme nous l'avons vu avec la promesse de vente, l'opération d'*ijara muntahia biltamlik* est dépendant de plusieurs contrats dont du contrat de vente, et que le crédit-bailleur islamique n'est pas un véritable vendeur pouvant garantir les vices affectant le bien.

750. – Effets de la résiliation du contrat de crédit-bail. Le contrat de crédit-bail peut être résilié non seulement de la résolution du contrat de vente, mais également pour motifs liés au paiement des

²¹³⁵ Chambre Mixte, 3 mars 1989, JCP 1989 II, 21365, note Bey et surtout Chambre Mixte, 23 novembre 1990, 2° eps., D. 1991, 121, note Larroumet, JCP, éd. E., 1991 II, 111, note Legeais.

²¹³⁶ Ch. mixte, 23 novembre 1990, Bull. civ. Ch. Mixte, n° 2 et 3. Voir aussi Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 821 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1282 ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 542.

²¹³⁷ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 803.

²¹³⁸ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 547.

²¹³⁹ Th. Bonneau, op. cit. n° 542.

loyers ou à la jouissance du bien²¹⁴⁰. L'action en paiement des loyers se prescrit par 5 ans en vertu de l'article 2224 du Code civil qui s'applique aussi pour les actions en paiement des indemnités parce que cet article dispose que « *les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Ce sera alors le cas des actions nées de la convention de crédit *ijara*.

Le crédit-bail n'est anéanti que pour l'avenir²¹⁴¹ : le crédit-preneur cesse de payer des loyers, et le crédit-bailleur récupère le bien, sans reverser les loyers déjà perçus²¹⁴². Cette rétroactivité est également absente même lorsqu'il s'agit de la nullité du contrat de vente²¹⁴³. De plus, « *cette résiliation fait disparaître à la fois le bail, la promesse de vente et le mandat* » depuis l'arrêt du 11 juillet 2006 de la Cour de cassation²¹⁴⁴. La position de la Cour de cassation permet d'étendre la règle en matière de crédit *ijara* parce que la restitution du bien implique la perte de la jouissance du bien.

751. – Indemnité de résiliation anticipée. Il existe cependant un point de divergence sur la stipulation d'indemnité en cas de résiliation anticipée du crédit-preneur. MM. Malaurie, Aynès et Gautier nous informque que le « *locataire est tenu de payer une fraction des loyers à titre de clause pénale ; il doit restituer la chose et le vendeur s'engage à le rendre* »²¹⁴⁵. Toutefois, si cette indemnité est plus onéreuse que la poursuite de l'opération, elle n'est pas valable²¹⁴⁶. En droit musulman, cette indemnité n'est pas valable parce que le crédit-preneur n'utilisant pas un bien verse des fonds qui sont qualifiables de *ribawi*.

Toutefois, des dommages-intérêts peuvent être versés si le crédit-preneur a commis une faute (détérioration du bien, usage anormal, vente)²¹⁴⁷. M. Bonneau considère que « *si une faute simple peut ainsi justifier l'allocation de dommages-intérêt, elle ne peut pas justifier la cessation du droit de demander la résiliation du crédit-bail en conséquence de la résolution de vente : seule une faute*

²¹⁴⁰ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 553.

²¹⁴¹ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 1282 : « *la résiliation n'est pas fondée sur l'article 1184 du Code civil (qui imposerait sa rétroactivité) remontant au moins aux premières défaillances de la chose* ».

²¹⁴² Ibidem, n° 1284.

²¹⁴³ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 548.

²¹⁴⁴ Bull. civ., IV, n° 173 in A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., p. 610, note 59 ; voir aussi Cass. civ. 1^{ère}, 23 juin 1992, Bull. ci., I, n° 196, in S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., note 1, p 549 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 837.

²¹⁴⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 822.

²¹⁴⁶ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 558.

²¹⁴⁷ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 542.

équipollente à une fraude constitue un obstacle à l'exercice de ce droit »²¹⁴⁸. Il peut alors être reconnu responsable aux torts exclusifs, ce qui a aussi pour conséquence de résilier le contrat de crédit-bail, tout en tenant compte de la gravité de la faute qui peut conduire à la déchéance du droit à résilier du crédit-prenneur.

Il n'existe ainsi aucune relation entre d'une part l'indemnité versée en cas de résiliation anticipée, qui est *ribawi*, et la condamnation à des dommages-intérêts qui résulte d'une faute, bien que l'expression renvoie à des intérêts. D'ailleurs, si le crédit-bailleur commet une faute qui a pour objet, par exemple, de camoufler artificiellement la situation financière du crédit-prenneur²¹⁴⁹. Le fondement de cette responsabilité est délictuel parce que les créanciers du crédit-prenneur ont subi un préjudice²¹⁵⁰.

En définitive, le régime juridique des opérations de crédit-bail (ainsi que de la location assortie d'une option d'achat) peut s'appliquer aux opérations de crédit *ijara* bien que la vigilance soit recommandée pour ne contrevenir ni au droit français, ni au droit musulman sur de nombreux points. Ces crédits *ijara* disposent aujourd'hui d'un régime fiscal, à l'instar des crédits adossés à la vente.

§3) Le régime fiscal du crédit « *ijara* » en France

752. – Conditions d'application de l'instruction. L'instruction fiscale du 23 juillet 2010 définit le contrat d'*ijara* comme étant « *un contrat en vertu duquel une entité met un actif mobilier ou immobilier à disposition d'un client pour une durée déterminée en contrepartie du paiement de loyers. Le client peut être le propriétaire originel de l'actif. Le contrat d'ijara peut être assorti d'une promesse de vente ou d'une option d'achat exerçable à l'échéance ou en cours de contrat. Cette promesse de vente ou cette option d'achat peut être distincte du contrat de location* »²¹⁵¹. Cette définition tient compte des montages financiers *ijara*. Toutefois, le régime fiscal n'est applicable si

²¹⁴⁸ *Idem*.

²¹⁴⁹ C. Gavalda et J. Stofflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 797.

²¹⁵⁰ Article 1382 du Code civil : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».

²¹⁵¹ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, Direction Générale des Finances Publiques, Bulletin Officiel des Impôts, n° 78 du 24 août 2010, 4/FE/S3/10 relative aux opérations d'*ijara*, § 4.

ces crédits remplissent une série de conditions. Pour l'Administration fiscale, le régime fiscal est applicable si les conditions liées à la nature de l'opération et celles liées au statut du bailleur de fonds sont remplies.

753. – Conditions relatives à la nature de l'opération. Premièrement, en ce qui concerne la nature de l'*ijara*, ce dernière doit être soit une opération de crédit-bail régie par les articles L. 313-7 et suivants du Code monétaire et financier, soit une location assortie d'une option d'achat régie par le Code de la consommation²¹⁵². Elle analyse « *sur le plan juridique, l'une et l'autre [comme étant] des opérations de crédit aux termes du deuxième alinéa de l'article L.313-1 du code monétaire et financier* »²¹⁵³. Elle tient aussi compte du délicat problème de l'indépendance des contrats du droit musulman : « *le fait que l'option d'achat au profit du client figure dans un contrat séparé du contrat de location ne fait pas obstacle à la qualification de crédit-bail ou d'opération de location assortie d'une option d'achat d'un point de vue fiscal dès lors que les deux contrats, étant signés concomitamment, font partie d'un même ensemble contractuel* »²¹⁵⁴. Cette analyse tient indéniablement compte des règles islamiques. Cette instruction n'est visiblement pas contraire au droit français. Il a été plus simple d'en publier notamment pour échapper au contrôle de légalité car elle n'est pas un texte normatif à l'instar d'un décret, d'un arrêté ou d'une circulaire²¹⁵⁵.

754. – Conditions relatives à la qualité du « financier ». Deuxièmement, le statut du financier doit d'abord être le même qui est imposé pour l'opération de *mourabaha*, à savoir un établissement de crédit ou un prestataire de service d'investissement : « *pour constituer une opération de crédit-bail ou de location avec option d'achat, une opération faisant appel à un contrat d'ijara doit donc respecter les conditions fixées pour ces types d'opérations par les textes normatifs en vigueur, et notamment les conditions suivantes : 1) l'entité qui met à disposition d'un client l'actif mobilier ou immobilier, pour une durée déterminée, en contrepartie du versement de loyers doit disposer d'un statut d'établissement de crédit régulièrement habilité à exercer en France aux termes notamment des articles L.511-5 et L.511-10 du Code monétaire et financier ; ou 2) cette même entité doit entrer*

²¹⁵² Ibidem, § 6 : « *Le régime fiscal applicable au contrat d'ijara dépend de la qualification juridique qui sera retenue pour l'opération, selon qu'elle est constitutive ou non d'une opération de crédit-bail au sens de l'art. L.313-7 du code monétaire et financier ou d'une opération de location assortie d'une option d'achat (encore appelée « location avec promesse de vente »)* ».

²¹⁵³ Ibidem, § 7.

²¹⁵⁴ Ibidem, § 10.

dans les exceptions prévues à l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier pour les établissements de crédit ; ou 3) l'opération considérée est en dehors du champ d'application de l'article L.511-5 du Code monétaire et financier ; ou 4) l'opération concernée doit entrer dans le champ de l'article L.511-7 du Code monétaire et financier ; dans tous les cas, le contrat d'ijara est assorti d'une option d'achat donnant au client la possibilité d'acquérir l'actif à l'échéance ou en cours de contrat, au terme de la période de location ou en cours de contrat, moyennant un prix convenu entre les deux parties au moment de la signature dudit contrat »²¹⁵⁶.

Dans la mesure où ces deux séries de conditions sont également exigées pour les crédits *mourabaha*²¹⁵⁷, le profit payé par le crédit-preneur est assimilé à des intérêts.

755. – Imposition des profits. L'instruction fiscale ne fixe pas explicitement le régime du revenu et de la commission du dispensateur de crédit *ijara*. Toutefois, le régime fiscal du crédit *mourabaha* lui est transposable parce que « *les loyers constituent un produit d'exploitation imposable au fur et à mesure de la prestation pour le crédit-bailleur* »²¹⁵⁸. Étant donné que les redevances du preneur sont déductibles des bénéfices industriels et commerciaux (BIC)²¹⁵⁹, la marge bénéficiaire ou le profit du crédit islamique le devraient être aussi.

Cette instruction précise cependant les modalités d'imposition de l'opération d'*ijara* en ce qui concerne les droits de mutation et l'amortissement de l'actif en s'inscrivant sur celles du crédit-bail mobilier ou immobilier notamment: « *dès lors que l'opération d'ijara est constitutive d'une opération de crédit-bail au sens de l'article L.313-7 du code monétaire et financier ou de location avec option d'achat, les modalités d'imposition de l'ijara, y compris l'ensemble des dispositions de la doctrine administrative relatives aux opérations de crédit-bail, sont à l'évidence celles applicables à ces opérations. Ceci vise notamment les modalités d'amortissement de l'actif du côté du bailleur, comme du côté du preneur. En matière de droits de mutation, le régime de cessions de*

²¹⁵⁵ Voir notamment R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, op. cit. n° 266-C, 505, 806, 1119.

²¹⁵⁶ *Ibidem*, § 8.

²¹⁵⁷ Voir *supra*, n° 293 – 304, 648 – 651.

²¹⁵⁸ *Finance islamique et immobilier en France, Comprendre pour agir*, Livre blanc précit., p. 86 : « *L'immeuble est amorti entre les mains du crédit-bailleur, soit selon les conditions de droit commun, soit sur option selon le mode financier sur la durée du contrat. (...) Chez le crédit-preneur, les loyers sont, en principe, intégralement déductibles. Toutefois, lorsque le prix de la levée d'option est inférieur au coût d'acquisition du terrain par le bailleur, la fraction des loyers égale à la différence constatée entre ces deux sommes est exclue des charges déductibles en fin de contrat* ». Et, « *en cas de levée d'option, une réintégration extra-comptable doit être pratiquée lors de la détermination du résultat fiscal du crédit-preneur au titre de l'exercice d'option, afin de le placer dans une situation identique à celle qui aurait été la sienne s'il avait acquis l'immeuble dès l'origine* ».

²¹⁵⁹ Article 39 du Code général des impôts.

biens meubles et du crédit bail mobilier d'une part, le régime des ventes d'immeuble et de crédit bail immobilier d'autre part, s'appliquent selon la nature du bien »²¹⁶⁰. L'Administration fiscale a donc institué une neutralité fiscale.

En ce qui concerne les acquisitions immobilières réalisées grâce à une opération d'*ijara*, ce sont les règles de droit commun qui s'appliquent²¹⁶¹.

756. – Des crédits adossés à un bien, à des crédits participatifs. En guise de conclusion sur ce chapitre, il convient de noter que si les crédits islamiques adossés à un bien (se structurant grâce une vente ou une location) ont des fondements juridiques français, leurs régimes juridiques présentent sur divers aspects des divergences plus ou moins profondes avec le droit français (notamment en ce qui concerne l'interdiction de l'intérêt). Les dispensateurs de crédit islamique, qui ont eu recours à des techniques contractuelles originales, à la limite des subterfuges, ont permis néanmoins de se défaire des règles iniques régissant le prêt à intérêt qui, au départ, n'étaient pas fixées par des juristes, mais par des usuriers. Grâce au contrat de vente et de location, les dispensateurs de crédit islamique ont réussi à mettre des fonds à la disposition de leurs clients, d'une façon qui est conventionnellement acceptable. Il reste à savoir dans quelle mesure les réflexes du prêt à intérêt peuvent être complètement altérés par les crédits participatifs.

²¹⁶⁰ Instruction fiscale préc., 23 juillet 2010, 4/FE/S3/10 relative aux opérations d'*ijara*, préc., § 9.

²¹⁶¹ Ibidem, § 10 : « *le droit de mutation dû à raison de la levée d'option d'achat est liquidé sur le prix de vente, abstraction faite de la valeur vénale réelle du bien transmis dans les conditions prévues par la doctrine administrative. À défaut, l'assiette des droits de mutation à titre onéreux est constituée par la valeur vénale du bien au jour de l'acquisition par le client/preneur si elle est supérieure au prix de cession* » ; Voir aussi *Finance islamique et immobilier en France, Comprendre pour agir*, Livre blanc publié par DTZ Asset Management et Norton Rose, op. cit., p. 85 : « *le crédit-bailleur supporte ainsi des droits de mutation classique lors de l'acquisition de l'immeuble (en pratique, toutefois, le crédit-bail porte souvent sur un immeuble neuf pour lequel la TVA est applicable et récupérée par le bailleur s'il exerce l'option pour assujettir les loyers à la TVA, ne laissant subsister que la taxe de publicité foncière) tandis que le crédit-preneur ne supportera que des droits résiduels lors de la levée de l'option. Si, enfin, le crédit-preneur devait vouloir exercer l'option d'achat alors qu'elle a encore une valeur significative, ce qui est susceptible de se produire quand le crédit-preneur souhaite céder son immeuble avant l'expiration du contrat, il choisirait alors vraisemblablement de céder ses droits au titre du crédit-bail plutôt que de lever l'option et de céder l'immeuble, cette dernière étant moins optimisée fiscalement* ».

Chapitre II) Le cadre juridique français des opérations de crédit participatif

757. – Contrats de société et opérations de crédit. Parmi les contrats de société de droit musulman qui servent à structurer des opérations de crédit, seuls deux types de contrats de société seront retenus. Il s'agit de la « *moucharaka* » et de la « *moucharaba* ». Elles n'obéissent pas entièrement à des régimes juridiques identiques. Alors que la *moucharaka* permet le financement purement participatif, la *moucharaba* présente une spécificité qui conduit l'apporteur de capital (« *rab'oul mal* ») à prendre un risque très prononcé dans la mesure où il supporte seul les pertes d'ordre financier. Quant au gestionnaire des fonds (« *moucharib* »), il a le droit de participer aux profits. En cas de perte, il est certes exempt de supporter les pertes financières, il perd en revanche son « apport en industrie »²¹⁶². Dans la *moucharaka*, tous les associés (« *moucharik* ») supportent les pertes à hauteur de leur participation dans le capital social. Cette participation leur donne naturellement le droit de percevoir les bénéfices lorsque la société est performante.

Si l'usage de la *moucharaba* est plutôt réservé, dans le domaine bancaire islamique, à structurer des comptes d'investissement participatif (« *profit sharing investment account* ») sa nature de crédit participatif ne fait pas nécessairement défaut. Le crédit *moucharaba* présente les caractéristiques d'une société de capital risque, c'est également le cas du dépôt *moucharaba* qui est rémunérateur, et qui joue un rôle pivot dans le circuit du crédit islamique.

Ces deux formes de société peuvent-elles servir à structurer des crédits participatifs en droit français ? N'exigeant la réalisation de l'opération de crédit que si elle est rémunératrice, l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier est un fondement juridique. Ains, la mise à disposition de fonds islamique devient une extension d'une règle juridique française en vue d'encadrer les crédits qui appliquent une clause de participation aux pertes et aux profits.

Ainsi, la rémunération du banquier ne contient pas d'intérêt, ce qui est nullement illégal comme le supposent MM. Gavalda et Stoufflet à propos des crédits islamiques : « *il suffit que le prêteur*

²¹⁶² Imam Abou Hanifa, in *El Ihtiyar*, op. cit., p. 307 – 311, n° 58 et 69.

reçoive une contrepartie financière spécifique, même aléatoire. Une avance rémunérée par une participation aux profits de l'activité du bénéficiaire serait une opération de banque »²¹⁶³.

Cette réflexion trouve un écho dans le Code monétaire et financier qui régit le prêt participatif qui contient simultanément une clause d'intérêt et une clause de participation²¹⁶⁴.

En réalité, il convient de savoir dans quelle mesure le droit français participatif encadre les crédits *moucharaka* et *moudaraba* (Section II) alors qu'elles sont soumises aux règles de droit musulman (Section I).

Section I) Le régime juridique islamique des financements participatifs

758. – Deux types de contrat de société. Le droit musulman encadre deux formes de contrats de société permettant au banquier islamique de mettre, de manière participative, des fonds à la disposition de son client. Il s'agit de la « *moucharaka* » (§1) et de la « *moudaraba* » (§2). Avant de les examiner à la lumière des exigences du marché bancaire, il convient d'exposer les règles générales islamiques gouvernant le contrat de société (§ préliminaire).

§ préliminaire) Les principes généraux du droit musulman des sociétés

759 – Notion de société. En arabe, le terme « *shirkat* » désigne la société²¹⁶⁵. Cette notion se fonde sur des textes coraniques et prophétiques, à partir desquels les jurisconsultes ont classé les sociétés en plusieurs catégories. De cette classification, il en découlera les définitions des contrats de *moucharaka* et *moudaraba*. Entre ces deux contrats, il existe une série de différences qui justifie

²¹⁶³ C. Gavaldà et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 37.

²¹⁶⁴ Article L. 313-13 du Code monétaire et financier.

²¹⁶⁵ Pour les différentes formes de « *sharika* », voir H. Döndüren, op.cit., p. 404 et suivants, et W. Al Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 447 ; M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, op. cit., p. 19 à 23.

l'application de régimes juridiques différents, ce qui a pour effet d'avoir des montages spécifiques de produits bancaires.

760. – Sources de la conformité islamique. Il existe trois types de sources islamiques qui autorisent la conclusion des contrats de société. Ces sources servent de fondements aux mises à disposition participatives de fonds. Il s'agit premièrement des prescriptions coraniques. Le Coran annonce qu'« *un grand nombre d'associés n'hésitent pas à se léser les uns les autres, excepté ceux qui croient en Dieu et font le bien. Mais, hélas ! Ces derniers sont fort peu nombreux !* »²¹⁶⁶. Ce passage, pas plus que les autres, ne définissent la société. Ils ne donnent que des indications sur l'une ou l'autre modalité de l'exécuter.

Le verset 12 de la 4^{ème} Sourate qui exige que « *si vous êtes plus de deux, alors partagez au tiers* » est un des fondements du partage des profits et des pertes. Pourtant, ce texte vise explicitement les cas de succession²¹⁶⁷.

Ces versets sont complétés deuxièmement par une Tradition de Mohamed d'inspiration divine, appelée « *hadith qoudsi* », qui indique que Dieu est le Troisième des associés dans un contrat de société tant que les associés ne trahissent pas leur engagement²¹⁶⁸. C'est donc une Tradition qui fixe un cadre juridique et théologique.

Une autre Tradition institue la clé de répartition des pertes et des profits qui doit être fixée au moment de la conclusion du contrat²¹⁶⁹. Il est rapporté que Mohamed a constitué à plusieurs reprises de sociétés, dont une *moudaraba* avec Khadija avant de l'épouser²¹⁷⁰.

²¹⁶⁶ Verset 24 de la Sourate 38 du Coran : « *Ton frère, répondit David, a effectivement commis une injustice, en te demandant ta brebis pour l'ajouter à son troupeau.* » *Un grand nombre d'associé n'hésitent pas à se léser les uns les autres, excepté ceux qui croient en Dieu et font le bien. Mais, hélas ! Ces derniers sont fort peu nombreux ! Et David pensa que Nous le mettions à l'épreuve dans cet exemple. Il implora le pardon de son Maître, se prosterna et se repentit* ». Outre le fait que ce verset oblige les musulmans à se prosterner (« *sajda* ») suite à sa lecture, il ne définit pas la société, mais il ne fait que l'évoquer.

Le droit musulman s'appuie ainsi sur d'autres Textes Divins comme la Torah et la Bible en s'adossant sur les Traditions des Prophètes envoyés aux juifs tant qu'ils sont conformes à la loi islamique.

La même Sourate relate le rôle de juge de David et de son fils Salomon (voir aussi le Chapitre « *La Justice de Salomon* », in J. Carbonnier, *Flexible Droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10^{ème} édition, 2003, p. 434 – 445).

²¹⁶⁷ Selon la doctrine (Voir W. Al, Zuhayli, op. cit. Tome 1, 448), bien que le verset 12 de la Sourate 4 concerne la succession entre époux, il est aussi un fondement coranique parce que le mariage est juridiquement analysée en une société : « *La moitié de ce que laissent vos épouses vous revient, si elles n'ont pas d'enfants, mais si elles en laissent, vous n'aurez droit qu'au quart de ce qu'elles laissent, après que les legs et les dettes grevant la succession auront été acquittés. Vos épouses ont droit au quart de ce que vous laissez, si vous n'avez pas d'enfants, mais si vous en avez, elles n'aurez droit qu'au huitième de ce que vous laissez, déduction faite de tout leg ou dette grevant la succession* ».

²¹⁶⁸ W. Al Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 448.

²¹⁶⁹ Idem.

De nos jours, ces sources sont complétées par les positions des juristes pour offrir des alternatives au prêt à intérêt. Les financements participatifs optent pour le partage des profits et des pertes (ci-dessous « principe des 3P ») : les profits ne peuvent être distribués que si des bénéfices ont été effectivement réalisés. Selon une Tradition de Mohamed, le taux de participation aux profits relève de la liberté contractuelle, alors que les pertes sont strictement réparties proportionnellement aux apports effectués²¹⁷¹.

Pour éviter la qualification de prêt à intérêt le contrat de société ne doit pas contenir une clause de rémunération fixe sur les bénéfices réalisés.

761. – Définition du contrat de société (« *sharikat* ») en droit musulman. Selon M. Zuhayli, la meilleure définition, qui reflète aussi la « meilleure » conception de la société, est donnée par l'école hanafite. Il s'agit d'un contrat entre plusieurs personnes qui mettent en commun leurs fonds qui forment le capital social d'une société dont l'objet est de partager les profits d'une activité²¹⁷².

Pour les malékites, il s'agit du droit des associés de jouir de la propriété commune, alors que pour les hanbalites, il s'agit du partage des bénéfices et de la jouissance du patrimoine de la société. Les chafî'îtes la définissent comme des droits collectifs de deux ou plusieurs personnes sur le patrimoine social.

Bien que cette définition ne mentionne pas les pertes, leur partage est sous-entendu, à l'instar de la volonté de s'associer – comme une sorte d'*affectio societatis* – volonté qui est une condition de formation du contrat de société²¹⁷³.

762. – Catégories de sociétés en droit musulman. C'est l'Imam Abou Hanifa qui a été le premier à classer les sociétés²¹⁷⁴. Aujourd'hui cette classification est reprise dans les ouvrages de *fiqh*²¹⁷⁵.

²¹⁷⁰ Imam Abou Hanifa, *El Ihtiyar*, op. cit., p. 297 - 299 : Mohamed a conclu un contrat de société avec Kays Ibn Saïb et Oussama Ibn Shouryk. Il a d'ailleurs loué les qualités du dernier pour gérer les affaires.

²¹⁷¹ Ibidem, p. 299 – 301, n° 30 et 37.

²¹⁷² W. Al Zuhayli, op. cit., Tome 1., p. 447.

²¹⁷³ Ibidem, p. 449 : Le droit musulman impose la mise en place des sociétés de fait dans certaines situations malgré l'absence de volonté (succession, partage d'un bien indivis) : cf. le chapitre « *Islamic Inheritance Law and Wills* », in *Islamic Banking and Finance, What It Is and What Could Be*, op. cit. p. 192 à 209.

²¹⁷⁴ Imam Abou Hanifa, *El Ihtiyar*, op. cit., p. 299 – 305, n° 19 et 48.

²¹⁷⁵ H. Döndüren, op.cit., p. 404 et suivants, et W. Al Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 447 ; M. T. Usmani, *Introduction à la finance islamique*, Cellule du Fiqh du Centre Islamique de la Réunion, 2008, Traduit par Moufti Loqman Ingar, p. 19 à 23 ; *Islamic Banking and Finance, What It Is and What Could Be*, op. cit. p. 192 à 209.

La volonté des parties permet de conclure une « *sharikat al aqd* » qui est le contrat de société de référence. Son objet est simple : les associés s'accordent à mettre en commun des fonds pour tirer profit de leur activité.

La *sharikat al aqd* diffère de la « *sharkiat al mulk* ». Celle-ci est mise en place pour acquérir un bien par les associés. Les deux catégories de société peuvent se combiner notamment en matière bancaire : elles sont utilisées pour structurer une *mousharaka* dégressive, souvent combiné à l'*ijara*.

La *sharikat al aqd* se subdivise en trois formes principales. Il convient d'abord de distinguer les sociétés en fonction de la responsabilité des associés : lorsqu'il s'agit de la « *sharkat al inan* », les associés bénéficient du régime de la limitation de leur responsabilité en fonction de leurs apports, alors que la « *sharikat al moufavada* » impose un apport égalitaire des associés sans limitation de leur responsabilité.

S'agissant de la « *sharikat al amwal* », elle impose aux associés d'effectuer des apports uniquement en numéraire. Elle peut se combiner avec la « *sharikat al amal* » qui exige des apports substantiellement en industrie, notamment sous forme de prestations de services.

En définitive, la *mousharaka* est une « *sharikat al inan cum al amwal* »²¹⁷⁶ et la *moudaraba* est une « *sharikat al inan cum al amwal ev al amal* ». Ce sont des contrats de société dont l'objet est de tirer un profit d'un investissement, tout devant supporter les pertes en fonction des apports effectués. La responsabilité des associés, appelés « *mousharik* » dans la *mousharaka*, ou de « *rab'oul mal* » pour le bailleur de fonds et de « *moudarib* » pour le gestionnaire des fonds dans la *moudaraba*, est limitée aux apports bien que le *rab'oul* soit le seul à supporté les pertes d'ordre financier alors que le *moudarib* perd son apport en industrie.

Avant de présenter les contrats de *mousharaka* et de *moudaraba*, la compréhension du système juridique islamique peut se faire en cette matière par une présentation succincte de la « *sharikat al voudjough* » qui se fonde sur la notoriété des associés. Elle peut être traduite en une « société de crédit participatif »²¹⁷⁷.

763. – Le contrat de « *sharikat al voudjough* » : « société de crédit participatif ». Il est défini comme une « société de crédit participatif » permettant aux associés, qui ne disposent d'aucun fonds, de les obtenir grâce à leur notoriété. L'objet du contrat est de collecter des fonds en vue

²¹⁷⁶ M. T. Usmani, op. cit., p. 19.

²¹⁷⁷ Voir les articles 3/2/1 à 3/2/3, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations*.

d'effectuer des opérations qui consistent à acheter à crédit des biens pour le vendre au comptant ou à crédit en réalisant des bénéfices²¹⁷⁸.

En réalité, le capital social est constitué d'une part d'avance de fonds effectuée par des bailleurs de fonds, et d'autre part, par la compétence et le savoir-faire des « associés-*voudjough* ». Sa spécificité réside dans le fait que cette forme de société permet de former progressivement un patrimoine autonome et productif de bénéfices, où le profit sera distribué au début de la société entre les apporteurs de capitaux et les apporteurs en industrie. Ce qui le distingue de la *mouharaba*, c'est l'absence de responsabilité des prêteurs alors que celle des apporteurs en industrie (notoriété couplée d'un savoir-faire) est illimitée. Elle est une sorte de « prêt avec la participation aux résultats ». Il peut arriver que les associés ne partagent pas le profit avec les prêteurs, mais seulement entre eux, si l'avance de fonds est réalisée à titre gratuit. Ce contrat serait un véritable contrat de société si les prêteurs partagent toujours les profits et les pertes.

Si elle est conforme à la loi islamique pour les hanafites, les hanbalites et les zaydites²¹⁷⁹, c'est parce qu'il existe une présomption de continuité de cette pratique (avant et après l'avènement de l'Islam) qui a permis d'entériner la règle selon laquelle les associés sont liés par leurs engagements qui doit conduire à une solidarité active. Pourtant les malékites, les chaféites et les zâhirites classent cette société dans la catégorie des contrats non-conformes à la loi islamique dans la mesure où une société nécessite des apports des associés (en numéraire ou en nature) pour sa constitution²¹⁸⁰. Le fait que le *voudjough* résulte d'un emprunt conduit donc à écarter la forme sociétale.

Cependant, en se fondant sur la Tradition de portée générale, selon laquelle les croyants sont liés par leur promesse, les hanafites considèrent qu'une société peut être constituée, en dehors de l'apport de capital, et ce grâce à une participation non-monétarisée comme des apports en industrie où la notoriété serait un apport à ne pas négliger.

Le contrat de *voudjough* peut donc se structurer de sorte qu'on distingue d'un côté les bailleurs de fonds, et de l'autre, les gestionnaires de fonds²¹⁸¹. Les profits seront redistribués selon une clé de répartition fixée par les parties. Néanmoins, l'objet spécifique de ce contrat impose que les biens acquis soient la propriété des emprunteurs et qui ne constituent pas forcément une garantie des apporteurs de capitaux si les affaires ne marchent pas.

²¹⁷⁸ Imam Abou Hanifa, *El Ihtiyar*, op. cit., p. 299 – 305, n° 42 et 48.

²¹⁷⁹ Position par exemple de Mari Ibn Yousouf, Ibn Qudamah, Al-Kasani, Ibn Al-Human, Al-Sarakhsi.

²¹⁸⁰ Position par exemple d'Ibn Rushd, Ibn Juzay, Al-Karshi, Abou Ishaq Al- Shirazi (W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome , p. 455).

Par ailleurs, il faut également distinguer selon que la société *voudjough* s'inscrit dans la logique de la *sharikat al-inan* ou la *sharikat al-moufawada*. Si cette dernière est choisie, les associés sont solidaires, et se représentent les uns les autres²¹⁸², en devant supporter de manière égale les obligations attachées aux biens acquis car les associés effectuent des apports de manière égalitaire qui ne confère que des droits égaux sur les bénéfiques. Si un quelconque privilège est accordé à un associé, la société sera entachée de nullité.

Si les associés préfèrent le *voudjough* sous la forme de *sharikat al-inan*, la propriété, les droits et les obligations ainsi que la clé de répartition des pertes et des profits sont fixés en fonction des apports. L'apport d'un banquier dans cette société dépendra des liens qui existent entre lui et les emprunteurs. Différente est la configuration du contrat de *mousharaka*.

764. – Contrat de « mousharaka ». En fait, le terme « shirkat » a conduit au néologisme « mousharaka ». Cette dernière est analysée comme le contrat de société typique dont le capital social est composé d'apport en numéraire, en industrie, en nature, et dont l'objet est de les fructifier pour partager les profits, et, le cas échéant, les pertes.

Aujourd'hui, il existe un standard Charia de l'AAOIFI exposant les règles régissant la *mousharaka*²¹⁸³ qui sert à structurer différents modes de financement islamiques²¹⁸⁴.

La *mousharaka* est plus précisément un contrat de société combinant la « *shirkat-al-aqd* », c'est-à-dire une société régie par le principe de la liberté contractuelle qui doit cependant appliquer pleinement la clause de participation, et deux autres formes de *sharikat*. M. Usmani le qualifie de « *shirkat-al-amwal-cum shirkat al inan* »²¹⁸⁵ : la « *sharikat al amwal* » renvoie à la société de capitaux, et la « *sharikat al-inan* » à la responsabilité limitée des associés.

765. – Contrat de « moudaraba ». La *moudaraba* est une société ayant un objet spécifique qui consiste à mettre en relation un bailleur de fonds (*rab'oul mal*) et un gestionnaire des fonds (*moudarib*) en vue de partager les profits conformément à une clé de répartition fixée par les parties au moment de la conclusion du contrat, clause de participation qui doit aussi tenir compte de la règle selon laquelle les pertes pécuniaires ne seront supportées que par le bailleur de fonds.

²¹⁸¹ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome , p. 455 – 456.

²¹⁸² Le terme de *moufawada* doit être mentionné dans les statuts.

²¹⁸³ Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations*.

²¹⁸⁴ M. T. Usmani, op. cit., p. 20.

766. – Différences au niveau des droits et des obligations. Les droits et les obligations varient en fonction de la nature de la société. Le financement de type *moucharaka* fait intervenir tous les associés dans la gestion de l'affaire. À défaut, l'associé non gérant est considéré comme un *moucharik* passif dont les droits sur le profit sont strictement déterminés en fonction de ses apports. Aucun privilège d'ordre politique ou financier ne lui est accordé, alors qu'il existe plus de liberté pour définir les droits des *moucharik* actifs²¹⁸⁶.

La responsabilité des associés dans la *moucharaka* est en principe proportionnelle à leurs apports²¹⁸⁷. La responsabilité en matière de *moudaraba* est limitée aux apports financiers du *rab'oul mal*, sous réserve qu'il ait autorisé le *moudarib* à contracter une dette qui sera automatiquement faite au nom de la société.

Si tous les *mouchariks* peuvent diriger la *moucharaka*, seul le *moudarib* y est habilité à gérer la *moudaraba*²¹⁸⁸. Les pertes financières sont supportées par tous les associés dans la *moucharaka* au prorata de leur participation, mais elles ne seront supportées que par le *rab'oul mal* dans la *moudaraba*.

767. – Application du principe du partage des pertes et des profits (« principe des 3P »). La formule de participation peut, non seulement, remplacer, à elle seule, le taux d'intérêt, mais également être assortie de la marge bénéficiaire dans les opérations combinant le contrat de société et celui de location²¹⁸⁹. Pour chaque type de structure, la difficulté est de créer adéquatement les parts sociales en évitant de stipuler toute clause qui pourrait être qualifiée de clause « *ribawi* ».

²¹⁸⁵ Ibidem, p. 19.

²¹⁸⁶ Voir infra, n° 792.

²¹⁸⁷ M. T. Usmani, op. cit., p. 23.

²¹⁸⁸ Imam Abou Hanifa, *El Ihtiyar*, op. cit., p. 309 – 311, n° 52 et 69.

²¹⁸⁹ Voir supra, n° 175 et 685, spéc. infra, n° 800 et suivants.

| | <i>Moucharaka</i> | <i>Moudaraba</i> |
|--|---|--|
| Apports | Apport en numéraire, en espèce ou en industrie de chaque associé (<i>moucharik</i>) | Apport en numéraire de l'apporteur de capital (<i>rab'oul mal</i>) Apport en industrie du gestionnaire (<i>moudarib</i>) |
| Participation aux profits | Clé de répartition fixée au moment de la conclusion du contrat | Idem et au <i>prorata</i> ou non des apports |
| Participation aux pertes | Strictement au <i>prorata</i> des apports | Perte pécuniaire incombant à l'apporteur de capital Perte de l'apport en industrie du gestionnaire |
| Variantes et applications usuelles par les banques islamiques | Crédit participatif (mobilier ou immobilier) | Crédit participatif Comptes d'investissement participatif sous forme de « <i>moudaraba</i> restrictive » ou de « <i>moudaraba</i> non restrictive » |

Tableau de comparaison entre la *moucharaka* et la *moudaraba* (Source : Auteur)

768. – La « *moudaraba* », sous-jacent d'un « crédit participatif ». Les banquiers islamiques proposent à leur client d'ouvrir un compte rémunérateur appelé « compte d'investissement participatif » adossés au contrat de *moudaraba*. Ce compte permet de servir des profits après l'utilisation fructueuse des fonds déposés sur ce compte²¹⁹⁰. C'est une sorte d'intéressement au résultat de la banque. Les titulaires de ces comptes bénéficient subséquemment d'une sorte de privilège pour un financement, lequel pouvant être aussi participatif. Le compte « *moudaraba* » représente plus de la moitié des ressources des banques islamiques²¹⁹¹. Ainsi, le banquier islamique n'engage quasiment jamais ses fonds propres dans les différents financements car il ne souhaite pas prendre seul le risque de perte pécuniaire.

²¹⁹⁰ Voir infra n° 827, 871.

²¹⁹¹ *Standard & Poor's Launches Stability Ratings For Islamic Banks Offering Profit-Sharing Investment Account*, p. in *Standard & Poor's, Islamic Finance Outlook 2008*, p. 32.

Le crédit « *moudaraba* » est un emploi rare parce qu'il très risqué : le banquier doit supporter les pertes, à moins qu'il conclut, en étant un *moudarib*, une *sous-moudaraba*.

769. – La « *moucharaka* », sous-jacent d'un « crédit participatif ». La *moucharaka* se révèle être l'instrument « naturel » de financement d'une institution financière islamique bien que sa proportion dans les emplois bancaires n'a pas encore atteint le seuil critique pour refléter totalement l'esprit de la banque islamique²¹⁹².

Elle est le contrat de société grâce auquel une banque participe, dans des proportions variables, au capital d'une activité tant civile que commerciale. Ses apports, principalement en numéraire, sont combinés à ceux de ses clients (entreprises ou particuliers) formant ainsi un « capital social ». Par exemple, la Banque centrale du Liban la définit comme étant l'« *apport [effectué] par une banque et un agent (ou des agents), à parts égales ou différentes, afin d'établir un nouveau projet ou de participer à un projet existant, avec pour objectif d'en partager les profits, de sorte que chaque partie devienne propriétaire d'une part du capital, proportionnellement à sa contribution* »²¹⁹³. Il en ressort un point important. Outre le principe de la participation, la banque contribue soit à l'établissement d'un nouveau projet, soit à la participation d'un projet existant. L'apport de la banque peut revêtir la forme d'une prise de participation dans des sociétés déjà existantes, comme une augmentation de leur capital social ou une contribution dans la formation du capital de sociétés nouvelles (achat ou souscription d'actions ou de parts sociales).

Ces explications sur la nature et le fonctionnement des contrats de *moucharaka* et de *moudaraba* n'épuisent pas pour autant les règles spécifiques qui régissent les financements participatifs.

²¹⁹² Z. Iqbal et A. Mirakhor, *op. cit.*, p. 91 – 93 ; voir aussi B. Kettel, *op.cit.* ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, *op. cit.*, p. 45 – 59. W. Al-Zuhayli, *op. cit.*, Tome 1, p. 463.

²¹⁹³ Article 1, Décision de base n° 8954, Circulaire de base n° 97 adressée aux banques par la Banque du Liban, 19 janvier 2005 (Journal Officiel du Liban, n° 35, 18 août 2005).

§1) Le régime juridique islamique du crédit adossé au contrat de « *moucharaka* »

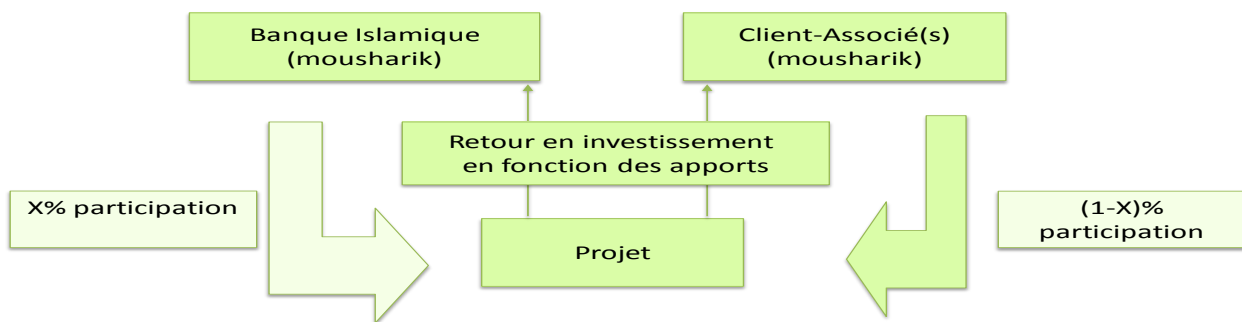
770. – Deux formes de « *moucharaka* ». Dans l'industrie bancaire islamique, il existe deux types de *moucharaka* : elle est « soit constante, soit décroissante, et prend la forme de sociétés ou d'entités dans lesquelles la *moucharaka* ou la participation des banques islamiques n'implique pas de responsabilité illimitée »²¹⁹⁴. La *moucharaka* constante appelée « *moucharaka sabitta* » où chaque *moucharik* reste associé jusqu'à la réalisation de l'objet du contrat ; et l'autre est appelée « *moucharaka moutanaquissa* » où un *moucharik* (le plus souvent l'apporteur de fonds, c'est-à-dire le banquier) se retire de la société au fur et à mesure du rachat de ses parts par l'autre *moucharik* (le client de la banque). Pour financer des biens immeubles, la *moucharaka* dégressive se combine avec l'*ijara*.

Le régime juridique du crédit *moucharaka* sera exposé (B) après avoir expliqué son mécanisme (A). Ce régime est le fondement principal du crédit « *moucharaka moutanaquissa* » qui se combine à l'*ijara* pour servir notamment de crédit immobilier (C).

A) Le mécanisme du crédit « *moucharaka* »

771. – Participation au capital social. La *moucharaka sabitta* correspond aux placements stables qu'une banque effectue soit pour aider à la mise en place d'une entreprise, soit pour s'assurer le contrôle d'entreprises existantes. Son mécanisme est relativement simple dès lors que la banque et le client apportent ensemble des fonds ou des biens pour constituer une société.

²¹⁹⁴ Idem.



Mécanisme du financement *mousharaka*

Source : A. Hassoune, Conférence inaugurale du Diplôme d'université Finance Islamique, 21 janvier 2008, École de Management de Strasbourg, Université de Strasbourg.

Ce type de financement permet, en outre, le financement ponctuel d'opérations commerciales à court terme ainsi que des diverses formes de prises de participation. Elle se présente aussi comme une forme de crédit à moyen et à long terme. Á ce titre, elle constitue le mode de financement le plus adapté au besoin des cycles de création et de développement des entreprises aussi bien pour ce qui est de la constitution, de l'augmentation du capital, que de l'acquisition et de la rénovation des équipements²¹⁹⁵. Aussi, « *la mousharaka est-elle très sollicitée par les promoteurs pour la création de petites et moyennes entreprises sous forme de sociétés* »²¹⁹⁶.

Le crédit participatif peut écarter tous les aspects liés à la constitution matérielle d'une société (assemblée générale, conseil d'administration, etc.) à moins que la banque et le client n'en décident autrement.

772. – Souplesse du mécanisme. Le financement *mousharaka*, de par sa souplesse et sa vocation participative, présente plusieurs avantages pour la banque et pour les opérateurs économiques. D'abord, cette formule offre des opportunités de placement à moyen et à long terme pour la banque. Elle peut constituer une source de revenus réguliers susceptibles de lui permettre d'assurer à ses déposants et à ses actionnaires un taux de rémunération intéressant puisque les financements

²¹⁹⁵ Pour d'autres exemples de financement *mousharaka*, voir M. T. Usmani, op. cit., p. 34 à 51.

participatifs sont généralement octroyés dès lors que le rendement du capital apporté est à deux chiffres. Puis, pour les opérateurs économiques, le principe de partage des profits et des pertes s'accompagne d'un partage du risque qui fait de la *moucharaka* une source de financement attrayante. Toutefois, il convient de bien mesurer les risques encourus parce que, selon la banque islamique Al Baraka, « *la rémunération de la banque loin de constituer une charge financière fixe, est une contribution variable directement liée au résultat d'exploitation. En cas de résultat déficitaire, non seulement la banque ne peut prétendre à une quelconque rémunération, mais elle est aussi tenue d'assumer sa quote-part dans la perte en sa qualité d'associé. C'est dire toute l'importance de l'étude du risque et de rentabilité des projets et opérations proposés pour ce type de financement* »²¹⁹⁷. Si l'étude des risques et de rentabilité conduit le banquier à avancer les fonds, la *moucharaka* confère le droit de participer aux décisions de la société, en pouvant, par exemple, nommer un représentant au sein de la direction de la société. Il faut cependant noter que le droit musulman insiste de manière particulière sur le droit de propriété des associés. Ce droit est accentué par le fait que les associés deviennent copropriétaires des biens composant le patrimoine social. Il faut en déduire que l'opération de crédit *moucharaka* qui implique au moins deux parties²¹⁹⁸ est une mise à disposition participative de fonds qui oblige chaque associé à supporter les pertes à hauteur de ses apports dans le capital social. Ce dernier peut être formé grâce à des apports non seulement en numéraire, mais également grâce à des apports en nature, en jouissance et en industrie (apporter un terrain, un fonds de commerce, des compétences particulières, etc.)²¹⁹⁹. En outre, la loi islamique autorise les *mouchariks* à effectuer des opérations bénéficiant des *différés de paiement* à condition que chacune des deux parties assume une partie de l'engagement. L'apport de la banque islamique dans cette forme de *moucharaka*, consiste généralement en l'émission d'une garantie bancaire telle qu'un aval, un crédit documentaire, une lettre de garantie, ou tout instrument ayant la même finalité.

²¹⁹⁶ <http://www.albaraka-bank.com/moucharaka.htm>.

²¹⁹⁷ Voir notamment <http://www.albaraka-bank.com/moucharaka.htm>.

²¹⁹⁸ Par contre, dans une opération tripartite, un premier associé peut apporter le terrain sur lequel l'immeuble sera construit, le seconde (un établissement de crédit) les fonds nécessaires et enfin le dernier son savoir-faire (gestion de l'affaire) en vue tant de construire un immeuble, mais également de partager les bénéfices de sa revente.

²¹⁹⁹ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 426.

773. – Crédit « mousharaka » et le financement du fonds de roulement. Les concours par *mousharaka* peuvent répondre aux besoins de financement des petites et moyennes entreprises²²⁰⁰. Ce secteur bénéficie généralement d'avantages fiscaux accompagnés d'une demande constante de fonds. Ainsi, elle peut servir à alimenter le fonds de roulement²²⁰¹ qui tient une place centrale dans la relation entreprise-prêteur. En pratique, la méthode bancaire se fonde sur les informations fournies grâce au bilan notamment pour faire ressortir l'excédent des capitaux propres sur les actifs immobilisés. S'impose, cependant, une distinction entre les actifs circulants (les actifs les plus liquides) et les actifs immobilisés (dont la monétarisation est supérieure à un an)²²⁰². Pour autant, cela ne suffit pas à faire ressortir le degré de liquidité puisque le passif²²⁰³ en atténue davantage sa portée²²⁰⁴.

774. – Financement des importations et lettre de crédit. M. Usmani précise que « *si la lettre de crédit a été ouverte sans marge, la forme moudaraba peut être retenue, et si la L/C est ouverte avec une marge, la forme mousharaka ou une combinaison des deux sera appropriée. Après que les marchandises importées soient dédouanées, le résultat de leur vente peut être partagé par l'importateur et le financier selon un ratio convenu* »²²⁰⁵. En cas d'absence de vente, l'importateur peut acheter les parts du banquier, à moins qu'il n'en décide autrement²²⁰⁶.

775. – Financement des marchés (publics et privés). La *mousharaka* permet également d'accorder aux titulaires de marchés publics ou privés des avances sur des marchés moyennant un partage de la

²²⁰⁰ Selon la Banque Al Baraka, même le secteur de l'artisanat, de l'hôtellerie, de la restauration et autres types d'activités similaires qui, en dépit de leur faiblesse en matière de garanties et de ressources financières, présentent en contrepartie un intérêt culturel certain.

²²⁰¹ Le fonds de roulement est un bon indicateur du risque de non-remboursement de l'entreprise. Le fonds de roulement correspond à la différence entre les actifs circulants et les dettes à court terme (moins d'un an). Voir tableau des composantes des besoins de fonds de roulement d'exploitation élaborée par MM. Meunier, de Barolet et Boulmer, in *Lamy droit du financement*, 2006, n° 301.

²²⁰² Idem : Plus spécifiquement, les besoins en fonds de roulement d'exploitation tiennent compte des actifs et des passifs circulants dans lesquelles entrent respectivement la valeur d'exploitation, les acomptes fournisseurs d'exploitation, les effets à recevoir et les comptes divers et de régularisation, d'une part, et les avances et les acomptes clients, les fournisseurs et les effets à payer, et les comptes divers et de régularisation, d'autre part. Cf. M. T. Usmani, op. cit. p. 39 – 41.

²²⁰³ Le passif comprend les capitaux permanents (capitaux propres et les dettes à long et à moyen terme) et les dettes à court terme.

²²⁰⁴ Pour le filtrage des titres de sociétés compatibles à la loi islamique, les passifs circulants – nécessaires à l'exploitation de l'entreprise – ne devraient pas entrer dans le calcul du ratio d'endettement autorisé par les Sharia Board dont le taux est de 33%.

²²⁰⁵ M. T. Usmani, op. cit., p. 38.

²²⁰⁶ Ibidem, p. 39. Voir aussi le cas des exportations.

marge à dégager. Les paiements se feront au vu de la situation des travaux, appuyés de toutes les pièces justificatives. Le prélèvement se fera sur les versements effectués par le maître de l'ouvrage via le comptable payeur, en vertu des clauses de l'acte de nantissement de marché qui sont à requérir systématiquement dans ce genre d'opérations²²⁰⁷.

776. – Le « *Running Business Mousharaka* ». Une banque islamique peut ouvrir un compte appelé « *Running Business Mousharaka* » (RBM) au nom d'un client qui l'associe à son activité. Ce genre de compte sert à financer les activités tant cycliques que durables du client. Sur ce compte, la banque indiquera au crédit les revenus tirés des activités du client, où les *cash flows* générés par les activités d'investissement et de financement à long terme ne doivent pas figurer ; alors qu'au débit, sont inscrits les fonds mis à la disposition du client dont le montant varie selon que la *mousharaka* est constante ou dégressive. Ainsi, le client verse une partie des profits réalisés par son activité à la banque chaque mois, chaque trimestre ou chaque semestre²²⁰⁸.

Un tel compte couvrirait les opérations de crédit à l'instar de l'ouverture d'une ligne de crédit, les conventions d'affacturage, la provision d'un chèque, d'une lettre de change ou encore l'exploitation d'une entreprise.

Étant donné que le mécanisme de ce crédit est relativement simple à comprendre, son régime juridique repose quasi-exclusivement sur le régime du contrat de société.

B) Le régime juridique du crédit adossé au contrat de *mousharaka*

777. – Conditions de validité. Les conditions liées à la capacité, au consentement, et surtout à l'objet du contrat doivent respecter les exigences de la loi islamique²²⁰⁹. En pratique, le contrat de

²²⁰⁷ <http://www.albaraka-bank.com/moucharaka.htm>.

²²⁰⁸ Ibidem, p. 40.

²²⁰⁹ Un dispensateur de crédit islamique peut conclure un contrat de société avec un non-musulman dès lors que les conditions de la conformité islamique sont remplies. Cela ouvre la voie au financement syndiqué impliquant une ou plusieurs institutions financières islamiques et conventionnelles. Si un doute existe sur la légalité islamique d'une transaction, il peut être dissipé par l'avis d'un comité de supervision charia (article 3/1/1/1, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations*).

financement *moucharaka* mentionne expressément la soumission à la Charia ainsi qu'à une loi nationale.

Le consentement n'est pas toujours nécessaire parce que la loi islamique institue de plein droit la constitution d'une société en cas de succession (qui comprend un actif et un passif à partager), ou encore cas de partage des fruits d'un bien indivis²²¹⁰.

L'objet du contrat de *moucharaka* doit être déterminé et licite, et qu'une répartition des droits et obligations des associés soient en parfaite adéquation avec les règles du contrat de société.

Quant à la clé de répartition des profits et des pertes, elle doit être explicitement arrêtée lors de la conclusion du contrat. À défaut, la sanction est la nullité du contrat. Cette sanction peut être justifiée pour deux raisons : la genèse du *ribâ* et du *gharar* qui encadrent les conditions de formation de toute forme de contrat. Même si des bénéfices sont réalisés, la clause selon laquelle les associés percevront un montant forfaitairement fixé entache également de nullité le contrat²²¹¹.

Bien qu'il existe de nombreuses modalités de structuration des financements adossés à la *moucharaka*, les droits et les obligations des *moucharik* doivent être précisées dans le contrat (1). Il en ira de même des apports (2) et de la clause de participation (3). Comme tous les contrats, l'extinction de la *moucharaka* obéit à des conditions précises (4).

1) Les droits et les obligations des associés

778. – Catalogue des droits et des obligations. Une fois que la société est mise en place, un *moucharik* peut naturellement effectuer des paiements, des dépôts ou nantir une partie du patrimoine social, annuler ou résoudre des contrats, retourner les biens défectueux livrés, donner en location les biens de la société, transférer certains droits et obligations à un tiers, demander l'ouverture d'une ligne de crédit dans l'intérêt de la société. Bref, il doit assurer la viabilité de la société. Enfin, il peut aussi agir en justice avec l'accord des autres associés, quand bien même les statuts ne le prévoyaient pas²²¹².

²²¹⁰ *Islamic Banking and Finance, What It Is and What Could Be*, op. cit. p. 192 à 209.

²²¹¹ W. Al Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 463.

²²¹² W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 467.

Les hanafites considèrent qu'un *moucharik* peut conclure une *moudaraba* au nom de la société, de la même manière qu'il peut mandater une personne pour négocier l'achat et la vente de biens en laissant au négociant la liberté de fixer son prix.

Si ses compétences sont limitées aux actes courants et d'administration, il ne peut pas contracter, au nom de la société, des contrats de travail ou d'investissement sans l'autorisation des autres associés. Il doit pareillement demander l'autorisation pour garantir les opérations d'achat à crédit, pour céder des créances (grâce à un contrat de *hawala*), pour faire un placement, pour acheter des parts d'une autre *moucharaka*, ou encore pour effectuer des actes de commerce non prévus dans le contrat. Un associé peut prêter des sommes à un tiers ou offrir des cadeaux à son personnel ou à ses clients dès lors qu'il a reçu une autorisation.

En matière bancaire, le client *moucharik* doit demander l'accord à la banque pour réaliser des actes qui ne sont pas prévus dans le contrat. Par exemple, il ne peut entrer dans le capital d'une autre *moucharaka*, ou octroyer des prêts ou des garanties à des tiers si sa situation financière ne le permet pas²²¹³.

779. – Droits politiques. En tout état de cause, chaque associé dispose des droits politiques. Outre le droit de participer aux décisions grâce au droit de vote, l'intensité des pouvoirs conférés à un associé peut varier en fonction de la proportion des apports et de son rôle dans la société. De même qu'il peut offrir ses compétences, les pouvoirs d'un banquier peuvent être aménagés selon le degré de son implication dans la gestion de l'entreprise. En pratique, la nomination d'un représentant par la banque au conseil d'administration d'une société est chose courante dont l'influence est non négligeable. Le banquier aura alors le droit de s'immiscer dans la gestion des affaires de son client-associé. En effet, les parties peuvent indiquer si la banque contrôle et assure le suivi des opérations alors que le client est exclusivement chargé de la mise en œuvre et de la gestion de la *moucharaka*. Quand bien même les associés disposent du droit de déléguer leurs pouvoirs, ce transfert de compétence s'accompagne en droit musulman par un changement de qualité : ils deviennent des associés passifs qui voient leurs droits pécuniaires limités strictement aux parts qu'ils détiennent dans le capital social.

Les associés disposent également de droits politiques qui peuvent empêcher le financement dans un secteur non permis par l'Islam.

²²¹³ M. T. Usmani, op. cit., p. 38.

780. – Droit à l'information. Bien que les associés disposent du droit de modifier les conditions relatives à la répartition des pertes et des profits²²¹⁴, le principe de l'équivalence des prestations doit s'appliquer car la nature « sacrée » des contrats en droit musulman dépend du respect des obligations qui y sont insérées. Les engagements reposent certes sur le consentement libre et éclairé, qui a besoin, en revanche, d'être formalisé par une déclaration exposant les informations échangées par les parties. Il est donc essentiel de bien informer le cocontractant pour réduire les risques de diffusion asymétrique de l'information pouvant entacher de certains vices le contrat, notamment le vice de *gharar*.

Chaque associé a la qualité de *wakil* (mandataire) qui sera soumis à l'obligation de divulguer les informations²²¹⁵. S'il est vrai que la doctrine islamique, comme la législation française, insiste sur la transparence en matière de gestion de l'entreprise, en veillant à respecter le secret des affaires, elle limite l'accès à des informations pertinentes pour certains investisseurs n'effectuant qu'un simple placement financier. Lorsque de nouveaux associés entrent dans le capital d'une société, ils n'ont certainement pas toutes les informations sur la gestion de la société. Les stratégies d'investissement sont l'exemple de points sensibles.

La responsabilité des *mousharik* est limitée au périmètre de l'intérêt social sauf en cas de faute ou de négligence. Un client ayant bénéficié des apports provenant de personnes autres que la banque peut divulguer des informations inexacts quant à la rentabilité du projet. Il engagera alors sa responsabilité, puisque la dissimulation ou le mensonge constitue certes un péché en Islam, mais aussi une faute à l'instar du droit français.

781. – Transactions au comptant et à terme. Tout acte contraire aux intérêts de la société est interdit²²¹⁶. Si les hanafites et certains jurisconsultes hanbalites jugent que tout associé qui dirige la société peut effectuer des transactions au comptant, à terme, à tempérament ou à crédit, les chaféites et d'autres jurisconsultes hanbalites ne permettent pas la conclusion de contrat de vente à crédit, à moins de justifier l'absence de trésorerie. Si les associés ne reconnaissent pas ce droit, l'associé ne peut conclure qu'en son nom le contrat²²¹⁷.

²²¹⁴ Article 3/1/1/4, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations*.

²²¹⁵ Imam Abou Hanifa, in *El Ihtiyar*, op. cit., n° 32.

²²¹⁶ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 467.

²²¹⁷ Idem.

L'AAOIFI a pris position en codifiant à l'article 3/1/3/1 de son Standard, numéro 12 relatif, à la « *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations* », la règle selon laquelle chaque associé peut effectuer des ventes au comptant, à terme, à tempérament ; en ajoutant qu'il peut devenir l'unique interlocuteur des créanciers et des débiteurs de la société.

782. – Cession des parts sociales. Il est donc important de bien informer ses associés notamment si une cession de parts sociales est envisagée. Les *mouchariks* (par exemple la banque) peuvent subordonner l'entrée au capital des nouveaux investisseurs. Ils stipuleront une clause d'agrément qui mettra à la charge du client-associé l'obligation de divulguer des informations concernant les nouveaux investisseurs, et vice-versa²²¹⁸.

La cession est en principe soumise à l'accord de la majorité des associés, à moins que le contrat prévoit l'unanimité (qui est vite atteint lorsque la *moucharaka* lie une banque et un seul client).

Le rachat des parts peut se faire soit à la valeur de marché au jour de la cession, soit à un prix qui sera fixé par les parties au jour de la cession parce qu'un rachat des parts à leur valeur nominale n'est pas permis en droit musulman en raison d'une présomption de genèse du *ribâ*²²¹⁹.

783. – Retrait d'un associé. Dans le cas du rachat des parts de la société par les associés le retrayant vend ses parts à la valeur de marché ou à un prix convenu avec les associés. Certains auteurs estiment que la cession est valable lorsque l'actif de la société est liquide. En tout état de cause, si les associés fixent la valeur des parts le jour de la conclusion du contrat de société, les sommes perçues par le retrayant sont susceptibles d'être qualifiées usuraire (*ribawi*)²²²⁰.

Si les associés ne disposent pas suffisamment de fonds pour acheter les parts et si le patrimoine n'est pas liquide (trésorerie inférieure au patrimoine non monétaire), il convient soit de liquider une partie des actifs, soit d'attendre la distribution des bénéfices qui peuvent être en totalité attribués au retrayant²²²¹.

Ces règles sont étendues au contrat de *moucharaka* dégressive conclu entre une banque et un client pour un acheter un bien en commun ou financer une activité : le retrayant est le banquier qui vend

²²¹⁸ M. T. Usmani, op. cit., p. 38.

²²¹⁹ Articles 3/1/6/1 à 3/1/6/3, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations*.

²²²⁰ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 467.

²²²¹ Idem.

progressivement les parts de la banque. Cela signifie qu'en cas de cession complète des parts, l'opération de crédit s'est bien déroulée.

Il existe en outre d'autres droits et obligations que celles mentionnées plus au haut. En effet, les apports sont soumis à un régime particulier dans une opération de crédit.

2) Le régime des apports

784. – Apport en société des banques. Le crédit *moucharaka* n'existe que si des apports sont effectués par le banquier et le client. La Banque du Liban indique que si la part des associés dans le capital reste constante tout au long de la durée de la *moucharaka*, deux modalités de participations sont envisageables : d'une part des apports *ab initio* des deux parties ; et d'autre part, des participations au capital après la constitution de la société en acquérant des parts sociales²²²². Cette définition rend bien compte des modalités d'octroi de crédit sur une base participative.

785. – Nature des apports. En droit musulman, le capital social doit être disponible dès le début des activités de la société. Les parties au contrat de crédit *moucharaka* doivent donc effectuer des apports en numéraire, ou en industrie, parfois en nature aussi²²²³.

Cependant la question du mélange des apports a divisé la doctrine. Selon les malékites et certains hanbalites, les parties peuvent effectuer, outre des apports en numéraire, des apports en nature dans une société, contrairement à l'Imam Abou Hanifa et Imam Hanbel²²²⁴. Les hanafites avaient considéré que les associés devaient tous apporter le même genre d'apport²²²⁵. Ils voulaient en réalité instituer une méthode pour évaluer les apports pour qu'ils perdent leur « identité » afin que l'apporteur ne puisse réclamer « son apport » qui n'aurait pas été affecté par les pertes de la société. Or, selon M. Usmani, la position de l'Imam Malik, selon laquelle des apports de différente nature peuvent composer le capital social, est « *raisonnable et satisfait les besoins des entreprises* ».

²²²² Article 1, Décision de base n° 8954, préc.

²²²³ Article 3/1/2/1, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations*.

²²²⁴ M. T Usmani, op. cit., p. 24 – 25.

²²²⁵ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p., p. 460.

modernes »²²²⁶. D'ailleurs, l'AAOIFI admet que des apports en nature peuvent être effectués si tous les associés y consentent²²²⁷.

M. Usmani rappelle aussi qu'Anas Ibn Malik, compagnon du Prophète, ne posa aucune restriction à la formation du capital social grâce à des apports en nature, avec, toutefois, la réserve que ces apports soient évalués avant d'être incorporés dans le capital social²²²⁸. Cette évaluation doit permettre de fixer la valeur des parts sociales.

Par contre, l'or, l'argent, et tout autre métal servant de référence monétaire²²²⁹, ne sont pas des biens meubles, en droit musulman. Cela a des conséquences sur le « ratio de liquidité » de la société. Si sa trésorerie, comprenant ces métaux, est supérieure au patrimoine non financier, la négociation de ce titre peut entrer dans le champ d'application de la prohibition du *bay al dayn bil dayn* ; de sorte que cela revient en un échange de sommes d'argent contre des sommes d'argent pouvant générer du *ribâ*²²³⁰.

786. – Apports de créances et de dettes. Il n'est pas permis en principe d'apporter des dettes ou des créances pour constituer le capital social à moins qu'elles ne soient l'accessoire d'une autre forme d'apport. Il peut s'agir du passif qui accompagne un apport en propriété (par ex. : bien immeuble grevé de dettes, fonds de commerce, sommes sur le compte courant)²²³¹.

787. – Apports en devise. En ce qui concerne les apports en numéraire, des apports en devises différentes sont permis si les taux de change retenus par les parties sont fixés le jour où toutes les apports incorporent le capital social²²³². Aucun associé ne doit garantir un taux de change pour éviter les fluctuations du cours de la devise en raison d'une part, de genèse de *ribâ*, et d'autre part, d'une

²²²⁶ M. T Usmani, op. cit., p. 26.

²²²⁷ AAOIFI, Sharia Standard, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations*, article 3/1/2/1, in fine.

²²²⁸ De plus, les hanafites, les malikites et les hanbalites insistent à équilibrer les différentes formes d'apports : lorsque le capital social n'est constitué que d'apports en numéraire, les membres des Sharia Board attirent l'attention des dirigeants de société, lors de son émission de titre de capital, sur les conditions de la genèse de l'intérêt en cas d'émission de titre de capital et de leur négociation sur un marché réglementé. Un titre représentant un patrimoine liquide à plus de 50%, un ratio d'endettement de plus de 33%, n'est pas éligible à un portefeuille de gestion islamique. Cf. Annexe III.

²²²⁹ Article 3/1/2/1, du même Standard Sharia : « *in principle, the capital of sharika should be contributed in the form of monetary assets (...)* ».

²²³⁰ Voir supra, n° 140.

²²³¹ Respectivement article 3/1/2/4 et article 3/1/2/5, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations*.

²²³² Articles 9/1 à 9/3, AAOIFI, Sharia Standard, n° 24, *Syndicated Financing*, voir aussi article 2/9, AAOIFI, *Sharia Standard, Trading in currencies*.

présomption d'augmentation du quote-part d'un associé dans le capital social, ce qui peut fausser la clé de répartition des pertes et des profits.

788. – Capital social variable. Une des conséquences de la « fusion » des apports est le passage des apports de la propriété individuelle à la propriété collective. Le capital de la *mousharaka* peut néanmoins être variable, au regard des activités financées, lorsque tout actif acquis ou tout bénéfice vienne incorporer le capital social selon une clé de répartition prédéfinie.

Cela peut permettre aux banquiers de demander une contribution supplémentaire (financière) au client lorsque l'entreprise réalise des pertes occasionnelle ou structurelle.

789. – Émission de parts sociales. Lorsque la société est constituée, elle peut émettre des parts sociales dont leur nombre et leur montant seront indiqués dans le contrat de société. Aucun manuel de *fiqh* n'aborde la question de la dématérialisation des titres financiers. Ainsi, est-on en droit de nous poser la question de savoir si de telles parts sociales peuvent être inscrites sur un compte titre lors de la conclusion d'un contrat de crédit participatif. Dès lors qu'aucune prescription scripturaire ne s'y oppose, c'est envisageable. En pratique, les comptes d'investissement participatif reposent en grande partie sur la dématérialisation : les mouvements sur le compte reflète les engagements de la banque et du client. Il peut avoir une extension de cette pratique à un crédit participatif.

790. – Cautionnement. Comme pour le prêt, le droit musulman permet la constitution d'une sûreté personnelle en matière de société. Il s'agit principalement de se couvrir des négligences, des fautes lourdes ou intentionnelles. S'il y a une caution, elle doit être en principe indépendante de la société. Un associé peut se porter caution d'un autre associé si elle détient moins de la moitié des parts de la société. Par contre, aucun associé ne peut garantir qu'un associé récupérera en toute circonstance ses apports parce que c'est une entorse au principe de la participation²²³³.

3) Le régime de la participation aux pertes et aux bénéfices

²²³³ Article 3/1/4/3, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations*.

791. – Participation réelle. Dès lors que chacun des associés accepte le principe de la participation aux pertes et aux profits, il peut percevoir un revenu. En revanche, il doit obligatoirement supporter ses obligations pécuniaires pour assumer les pertes de la société. La clé de répartition des bénéfices et des pertes doit être explicitement arrêtée lors de la conclusion du contrat au risque de courir la sanction de la nullité du contrat. Cette sanction peut être justifiée à deux titres : la genèse du *ribâ* et du *gharar*. Les conditions de répartitions des profits et des pertes ne peuvent être soumises ni à un aléa, ni à une « clause usuraire ».

Le taux de participation relève de la liberté contractuelle. Le partage des bénéfices ne peut avoir lieu qu'après leur réalisation effective, alors que les pertes sont réparties proportionnellement aux apports effectués²²³⁴. Si un *moucharik* détient X pour cent du capital, la perte se limitera forcément à cette proportion²²³⁵. Toute autre clause est interdite en droit musulman. C'est pourquoi la *moucharaka* est une société à responsabilité limitée²²³⁶.

Imam Malik et Imam Chaf'i imposaient que les associés perçoivent des profits strictement proportionnels à leurs apports. Dans le cas contraire, la *moucharaka* devenait nulle. Pourtant, Imam Hanbel ne voyait pas d'objection à décorer les profits par rapport aux apports effectués, alors que l'Imam Abou Hanifa, le rejoignant, distingue le statut d'associé actif et d'associé passif²²³⁷.

792. – Distinction entre le « moucharik actif » et le « moucharik passif ». Selon l'Imam Abou Hanifa, puisque les droits patrimoniaux et la participation à la gestion de la société ne reflètent pas forcément les apports effectués par chaque associé, les droits aux bénéfices peuvent être décorés des apports réalisés. Ce n'est légal que si l'associé est « actif ». Son traitement privilégié doit être justifié par une implication plus importante dans la gestion de la société, en fournissant, par exemple, une compétence et une qualification spécifiques. Il est possible de considérer qu'une clause de rendement double au regard de l'implication des associés soit islamiquement légale.

Quant à l'associé passif, il ne réalise qu'un placement financier. À cet égard, il ne peut percevoir un profit strictement proportionnel à son apport dans le capital social. En outre, il est évident que les clauses de rendement forfaitaire sont nulles telles que les clauses imposant un taux fixe de profit,

²²³⁴ H. Döndüren, op. cit., p. 607 ; H. Algabid, thèse préc., 1990, p. 78.

²²³⁵ M. T. Usmani, op. cit., p. 23 – 24.

²²³⁶ Article 3 de la Décision de base n° 8954, préc.

²²³⁷ M. T. Usmani, op. cit., p. 23.

même s'il est proportionnel au capital investi (obtenir par exemple 15% du capital investi chaque année).

793. – Fixation du taux de profit et indicateurs financiers. Parmi les instruments de mesure du profit, les associés peuvent tenir compte du résultat opérationnel et/ou du rendement du capital employé et/ou le ratio résultat net sur capitaux propres²²³⁸. Les profits peuvent être distribués selon des méthodes qui peuvent varier d'une période à une autre.

En pratique, les banques islamiques appliquent, en plus du taux LIBOR ou EURIBOR, le taux de rendement interne (TRI) qui est le moyen d'analyser la rentabilité d'un investissement en égalisant les flux versés (investissement) et les flux futurs à percevoir (profits nets, *cash flow* disponible)²²³⁹. Elles fixent ainsi le « taux de profit espéré » en matière de crédit participatif en fonction non seulement des taux d'intérêt pratiqués sur le marché, mais également en fonction du TRI. Des professionnelles espèrent que cette pratique sera plus accentuée depuis la mise en place d'un « *Islamic Interbank Benchmark Rate* »²²⁴⁰.

794. – Distribution des bénéfices. Dans les cas de participation dans le capital social d'une société ayant de nombreuses dépenses, les parties peuvent convenir de distribuer la marge brute, et non la marge nette, pour attirer des nouveaux investisseurs²²⁴¹. Cette pratique n'est pas cependant vue d'un bon œil parce qu'il peut exister un traitement inégalitaire des associés.

Le bénéfice devrait en fait être la différence entre d'une part le rendement réalisé et d'autre part les dépenses (charges fixes ou exceptionnelles, impôts).

795. – Attribution de bien. Lorsque la société réalise son objet qui était de devenir propriété d'un bien ou d'un ensemble de biens, les associés peuvent donc les attribuer à un des associés. On retrouve ce cas dans les montages de *mousharaka* dégressive combinée à l'*ijara*.

²²³⁸ Ce dernier mesure la rentabilité des capitaux propres, appelé le return on equity (ROE). Il est cependant subjectif parce que le rendement augmente lorsque les capitaux propres diminuent. En conséquence, les fonds propres sont substitués par l'endettement pour assurer un effet de levier.

²²³⁹ Les règles comptables et prudentielles sont imposées aux banques dans une logique de valorisation des actifs au prix du marché (*marked to market*). L'effet est négatif s'il existe trop de provisions

²²⁴⁰ Voir supra, n° 15.

²²⁴¹ M. T. Usmani, op. cit., p. 41 – 43.

796. – Avances sur les bénéfices. Il semblerait que les anticipations sur les résultats soient mal vues par la doctrine islamique²²⁴². Des avances peuvent être néanmoins effectuées à un associé d'un commun accord, à charge de régulariser la situation à la clôture de l'exercice. S'il est possible d'effectuer des versements forfaitaires, non au titre d'un bénéfice, mais au titre du remboursement des fonds avancés par les parties, ces versements ne doivent constituer qu'une partie des sommes apportées par les *mouchariks*.

797. – Compte de réserves. Les associés peuvent mettre en place un compte de réserves qui peut prendre deux formes. Il peut s'agir soit d'un « *investment risk reserve* », soit d'un « *profit equalisation reserve* ». Ces deux types de comptes consistent en un « lissage » des résultats pour assurer le versement constant de revenus même pendant les périodes de pertes²²⁴³. Ces comptes sont abondés par une partie des profits réalisés²²⁴⁴.

798. – Stimuler la performance. En outre, les associés sont en droit de nommer un dirigeant non associé qui sera rémunéré de manière fixe et prédéterminée avec néanmoins la possibilité de l'intéresser au résultat grâce à des commissions appelées « *performance fee* » ou « *incentive fee* » qui sont des commissions incitatives qui prévoit que l'associé peut percevoir une rémunération supplémentaire si le taux de profit espéré est dépassé²²⁴⁵.

Ainsi, cette pratique peut être transposée dans un crédit participatif de sorte que l'emprunteur/associé perçoive un revenu. Il pourra aussi servir à racheter plus rapidement ses parts dans une opération de crédit *moucharaka* dégressive.

Le banquier peut être conscient que certaines opérations nécessitent une implication de l'emprunteur, notamment lorsqu'il fournit une prestation particulière qui requiert une compétence et une qualification spécifiques. Pour le motiver, elles s'engagent à verser l'« *incentive fee* », c'est-à-dire une commission qui récompense l'emprunteur qui a satisfait les exigences de performance fixées par elles. Ces clauses de rémunération supplémentaire peuvent être également stipulées dans les contrats de *moudaraba*.

Enfin, la *moucharaka* peut se terminer pour diverses raisons qu'il convient de voir.

²²⁴² Idem.

²²⁴³ Article 3/1/5/14, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations*.

²²⁴⁴ Article 3/1/5/15, du même Sharia Standard de l'AAOIFI : Une partie puisse être distribuée à une œuvre de charité.

²²⁴⁵ M. T. Usmani, op. cit., p. 42.

4) L'extinction du contrat de « *moucharaka* »

799. – Multiples causes d'extinction du contrat de « *moucharaka* ». Concernant les causes d'extinction de la *moucharaka*, plusieurs cas peuvent se présenter. Il peut s'agir soit de l'arrivée du terme de la société, soit d'un terme fixé par un commun accord des associés, soit du décès d'un des associés²²⁴⁶.

Cependant, le retrait d'un associé ne signifie pas l'arrêt de la *moucharaka* parce que les autres associés ou un tiers peuvent acquérir les parts du retrayant²²⁴⁷.

En pratique, le contrat devrait exposer les procédures et conditions de résolution du contrat et de partage des actifs à l'instar de ce que la Banque du Liban exige : la banque islamique ne peut détenir, pour une période dépassant six mois à compter de la date d'acquisition des actifs provenant de la liquidation de la *moucharaka*²²⁴⁸.

Les règles de la *moucharaka* constante s'appliquent pleinement à la *moucharaka* dégressive qui ne souligne uniquement l'intention du banquier de sortir progressivement de la structure de financement participatif.

C) Le régime juridique islamique du crédit combinant la « *moucharaka moutanaquissa* » et l'« *ijara* »

800. – Innovation bancaire. La *moucharaka moutanaquissa* (« MM » ci-dessous) est une innovation récente de l'industrie bancaire islamique²²⁴⁹. Elle est destinée à remplacer progressivement les produits bancaires islamiques fondés sur la *mourabaha* du fait de nombreuses

²²⁴⁶ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p., p. 475 – 477. Dans le cas du décès d'un associé, les parts peuvent être transmises aux héritiers qui disposent d'une option : poursuivre ou non les activités de la société. De même, la mise sous tutelle ou sous curatelle d'un associé est considérée en droit musulman comme une cause d'extinction.

²²⁴⁷ M. T. Usmani, op. cit., p. 28.

²²⁴⁸ Article 5 de la Décision de base n° 8954, préc.

²²⁴⁹ http://www.moneymadeclear.fsa.gov.uk/pdfs/home_purchase_plans.pdf (visité le 27 novembre 2009) ; voir aussi *Finance Islamique et Immobilier en France, Comprendre pour agir*, Livre Blanc, DTZ Asset Management et Norton Rose, 2010, p. 98 et suivant : Les auteurs de ce Livre Blanc proposent une structuration encadrée par la Société Civile

critiques qui leur sont adressées. Ce type de *moucharaka* peut être combiné au contrat d'*ijara* : « selon ce concept, un financier et son client participent dans la propriété commune d'un bien ou d'un équipement, ou dans une entreprise commerciale commune. La part du financier est divisée en un certain nombre d'unités et il est convenu que le client achètera périodiquement ces unités, augmentant de ce fait sa propre part »²²⁵⁰. Les « unités » dont il est question dans cette définition renvoie à la détention de parts sociales parce le banquier et son client ont établi un contrat de société dont l'objet est l'acquisition d'un bien. L'opération se dénoue par le fait que le client devient *in fine* le titulaire de toutes les parts sociales, ce qui lui conféra un droit de propriété total sur l'objet de la transaction²²⁵¹.

Les juristes musulmans, réunis en 1991 à Jeddah, ont jugé que « la *moucharaka dégressive* ne se trouve pas dans le droit musulman classique puisqu'elle est un produit nouveau et hybride combinant plusieurs contrats classiques. En fait, la « *moucharaka moutanaquissa pure* » combine trois contrats : la *moucharaka*, l'*ijara* et la promesse de vente »²²⁵². Autant on admet que cette opération de *moucharaka moutanaquissa* est une nouveauté juridique, autant on ne comprend pas comment un contrat de « *moucharaka moutanaquissa pure* » résulte de trois contrats. On devrait certainement appréhender cette nouvelle technique de la même façon que la notion d'opération de crédit comprenant une variété de crédits. Il convient donc de distinguer trois contrats dans cette opération qui se fonde sur un contrat de société assortie d'une cession progressive mais définitive de parts pendant la période de location. Cette forme de cession de parts sociales conduit à un transfert de progressif, et définitif, de propriété du bien.

Immobilière d'accession progressive à la propriété (SCIAPP) régie par les articles L. 443-6-2 du Code de la construction et de l'habitation.

²²⁵⁰ M. T. Usmani, op. cit., p. 52.

²²⁵¹ Ibidem, p. 35 – 36 : « puisque les institutions financières islamiques ne veulent pas normalement demeurer associées définitivement à un projet spécifique, elles peuvent vendre leurs parts à d'autres associés du projet. Si la vente de parts sur une base de temps n'est pas faisable en raison du manque de liquidité dans le projet, la part du financier peut être divisée en plus petites unités et chaque unité peut être vendue après un intervalle approprié. Chaque fois qu'une unité est vendue, la part du financier dans le projet est réduite d'autant. Quand toutes les unités sont vendues, le financier est exclu totalement du projet ».

²²⁵² Lors d'un workshop organisé par l'Institut de Recherche et de Formation, de la Banque Islamique de Développement et par la Sudanese Estates Bank (in R. Haneef, S. Kunhibava and E. Smolo, *Moucharaka Moutanaquissa and legal issues: case study of Malaysia*, ISRA International Journal of IF, Vol. 3, Issue 1, 2011, p. 94 : « *Moucharaka Moutanaquissa* is not found in classical fiqh literature as it is an innovative product or a hybrid product consisting of several classical contracts. In fact, the pure MM consists of three contracts, namely: *moucharakah*, *ijarah* and *waad followed by bay* ».

801. – Réglementation au Royaume-Uni. Au Royaume-Uni, le Financial Services Authority contrôle les « *Home Reversion Plan* » ou les « *Homes Purchase Plan* » qui sont des plans épargne-logement. Ces opérations de crédit peuvent se structurer non seulement grâce à la *mourabaha* ou à l'*ijara*, mais également grâce à la *moucharaka* dégressive, où la formule de la participation aux profits et aux pertes se réalise par l'émission de titre de propriété²²⁵³.

Dans l'offre de crédit *moucharaka* dégressive et l'*ijara*, la banque expose les règles qui gouverneront sa relation avec son client, sa contribution financière et celle du client, les modalités et les étapes du bouclage et du dénouement de l'opération.

Ce crédit vit le jour en septembre 2004²²⁵⁴ sur une initiative de la banque Al Buraq. La banque avait opté pour le choix d'un « *trust* » où elle avait procédé à l'achat du bien après un dépôt effectué par le client. Le bien était enregistré au nom d'Al Buraq. Le contrat de crédit prévoyait que le « *beneficial interest* » et le « *beneficial ownership* »²²⁵⁵ appartenaient à la banque et au client en fonction des apports. Le client devenait le « locataire » (*tenant in the property*) et payait des loyers mensuellement après la conclusion du contrat. A échéance, la propriété était transférée au client, sauf incident de paiement.

Quatre principaux contrats ont été conclus : le contrat de *moucharaka* dégressive, le contrat de location, le contrat de mandat et un « contrat » appelé « *Legal Charge Deed* ». Le dernier consistait à s'assurer que le client avait bien compris l'étendue de ses engagements notamment ceux qui sont financiers. La banque annonçait une marge qui était indexée sur un taux d'intérêt. Celle-ci peut

²²⁵³ Financial Services Authority, *Home Reversion ou les Homes Purchase Plans*, Consultations proposals, April 2006, p. 13 : « *HPPs are popularly known as 'Islamic mortgages'. They serve the same purpose as a standard mortgage - that is, they provide consumers with finance for buying a home - but they are structured in a way that makes them acceptable under Islamic law* » ; voir aussi Financial Services Authority, 27 avril 2006, *Home Reversions and Islamic Mortgages get new consumer protections*, www.fsa.gov.uk/Pages/Library/Communication. Le Directeur du département Retail Policy, Dan Waters, affirma que : « *regulation of these sale and release arrangement, are one of the two methods of financing home purchase plan in the UK. It allows us to deliver a level consumer protection playing field with products designed for similar purposes. It also builds on the work that we have already done in the field of Islamic financial services, to improve consumer access to these products. We shall also be working and promote wider public understanding of both of these products are part of our consumer education objective* ». Il nous semble que la Commission bancaire, ou la Banque de France, pourra avoir cette position dès lors qu'un établissement de crédit proposera des PEL ou des CEL de type islamique ; voir aussi M. Ainley, Head of wholesale Banks & Investment Firms Department, Financial Services Authority, *Banques islamiques au Royaume-Uni*, in *La finance islamique en Europe*, Dosseir préc., p. 37

²²⁵⁴ *Islamic Banking and Finance, What It Is and What It Could Be*, op. cit., p. 264 – 267. Il avait été structuré par la banque Al-Buraq qui a été suivi par Lloyds TSB, Bristol and West.

²²⁵⁵ La banque et le client constitue un trust où le « *beneficial ownership* » désigne la personne bénéficiant réellement des prérogatives de propriété, alors que le « *beneficial interest* » concerne les deux parties qui sont les bénéficiaires du *trust*.

varier dans une fourchette jugée raisonnable²²⁵⁶. Si le client accepte, il recevra une lettre indiquant les échéanciers, notamment le premier, et les composantes des loyers. Par ailleurs, le client doit, le cas échéant, souscrire une assurance²²⁵⁷, payer les frais de notaire, les droits mutations, la taxe sur la valeur ajoutée.

En outre, la banque et le client doivent prendre connaissance d'un rapport d'expertise qui fixe la valeur du bien financé, ainsi que des parts de chacun des associés. Il est intéressant de noter que, malgré la présence des clauses limitatives de responsabilité du fait de la chose, le client cessera de verser les loyers si le bien disparaît complètement. En ce qui concerne le « loyer », une dichotomie était retenue : à savoir l'existence d'une partie locative et d'une partie destinée à acquérir les parts. Au fur et à mesure que le client paie les loyers, la partie locative diminue.

Quand bien même la banque et le client ont acheté ensemble le bien, la loi britannique ne leur reconnaît pas encore la qualité d'associé²²⁵⁸.

802. – Régime islamique. Le mécanisme du crédit combinant la « *moucharaka moutanaquissa* » et l'« *ijara* » est simple à comprendre (1). La difficulté est de cerner les modalités de participation aux bénéfices et aux pertes des associés dans cette opération de crédit (2) parce le client rembourse les fonds avancés par la banque grâce au paiement des loyers (3). Ces paiements permettent au client d'acheter les parts sociales de la banque dont le régime est particulier (4) parce que la banque a promis de céder ses parts (5).

1) Le mécanisme du crédit combinant la « *moucharaka moutanaquissa* » et l'« *ijara* »

803. – Phases de l'opération. L'opération de crédit qui combine la *moucharaka* dégressive et l'*ijara* doit respecter une série de phases tout en combinant plusieurs régimes juridiques. Dans le cas de l'acquisition d'un bien (principalement un bien immobilier), on distingue trois phases principales :

²²⁵⁶ Cette opération de crédit est régie par la section 2 de la loi anglaise relative à la propriété (Miscellaneous Provisions) Act 1989.

²²⁵⁷ Une assurance perte et dommage résultant d'un incendie, d'une explosion, d'un tremblement de terre, d'une inondation, d'un acte de terrorisme, d'une tempête, etc. L'assurance obéit aux mêmes règles précédemment exposées.

²²⁵⁸ Pour l'offre d'Islamic Bank of Britain, voir <http://www.islamic-bank.com/personal-banking/home-purchase-plan/> (visité le 27 août 2012) qui propose un taux de 4,19% (taux fixe) et 4,49% (taux variable).

- Premièrement, la banque et le client créent une société sous forme de « *sharikat al mulk* » dont l'objet est d'acquérir ledit bien. Ce même contrat attribue des parts aux parties proportionnellement à leurs apports.
- Deuxièmement, le client prend en location le bien et paie des loyers qui sont composés en partie du loyer proprement dit, et en partie du rachat des parts.

En droit musulman, la propriété du bien est démembrée de la façon suivante : la nue-propriété (*mulk al ayn*) qui appartient ensemble à la banque et au client alors que l'usufruit (*mulk al manfa'a*) revient au client, la banque étant titulaire d'un droit de créance (*mulk al dayn*).

- À l'échéance, le client devient le propriétaire du bien car il détient toutes les parts.

Outre les contrats de société et de location, il convient de noter qu'un autre contrat est conclu : une promesse de cession des parts du banquier au client.

Le schéma ci-dessous montre les différentes étapes de l'opération.

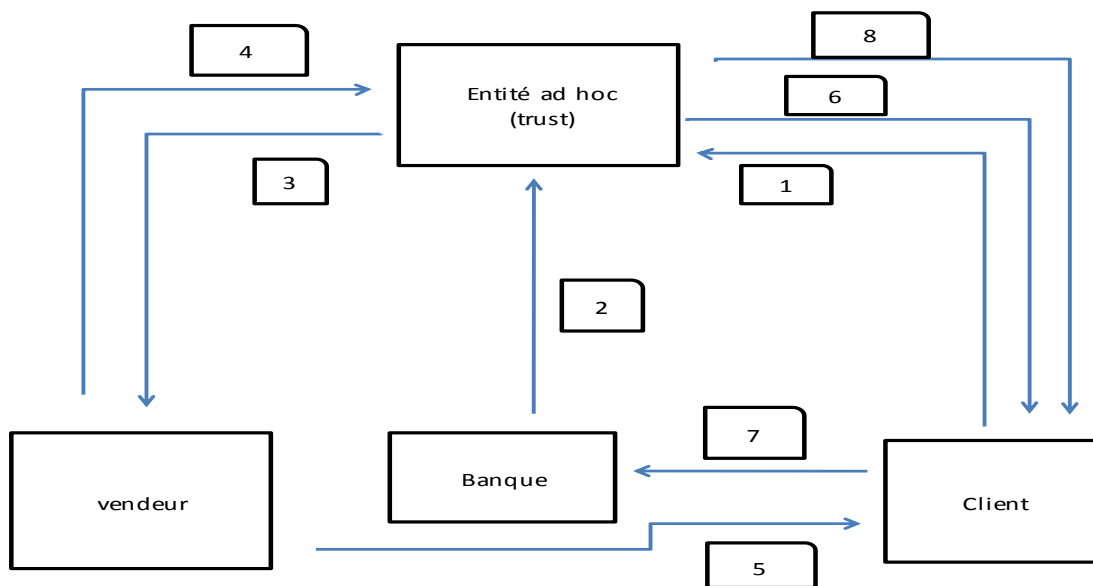


Schéma d'un crédit islamique combinant la mousharaka dégressive et l'ijara²²⁵⁹

Légende : 1 = Apport du client (représentant X% de la propriété du bien) ; 2 = Mise à disposition de fonds de la banque (représentant Y% de la propriété du bien) ; 3 = Achat du bien ; 4 = transfert de propriété ; 5 = livraison du bien ; 6 = location du bien au client ; 7 = paiement des loyers par le client ; 8 = transfert de propriété du bien à échéance.

²²⁵⁹ Source : Mathieu Vasseux, *The next chapter in islamic finance, Higher rewards but higher risks*, Oliver Wyman, 2009, p. 32.

Ce montage combine simultanément le statut d'associés, mais aussi celui de bailleur (banque) et de locataire (client), ainsi que celui de créancier (banque) et de débiteur (client) et de cédant de parts (banque) et cessionnaire de part (client). Il intègre également les règles régissant la *wakala* (mandat) et la *kafala* (fiducie).

Lorsque le montage s'adosse à une fiducie, en tenant compte notamment du modèle malaisien²²⁶⁰, le client est le constituant/bénéficiaire/fiduciaire qui se doit aussi d'inscrire un privilège sur ses parts dans le bien en faveur de la banque. Toutefois, ce privilège ne peut porter que sur la proportion du client, et non sur l'ensemble de la propriété. C'est pourquoi il convient de trouver un mécanisme adéquat en droit français qui admet certes la constitution de privilèges, mais ne présente pas des faiblesses à l'instar de la Malaisie et du Royaume-Uni pour offrir un régime juridique approprié.

En outre, ce montage présente non seulement un risque de crédit qui peut être atténué par une sûreté, comme une banque conventionnelle, mais également un risque de marché (baisse du prix du bien, et donc baisse de la valeur des parts)²²⁶¹.

À échéance, la banque qui détient le titre de propriété du bien le transfère au client. Mais ce transfert de titre de propriété ne doit pas signifier le transfert de propriété à ce moment parce que le transfert est progressif par l'application effective du principe de la participation.

804. – Crédit combinant « *moucharaka* dégressive », « *ijara* » et « *istisna* ». En matière de construction d'un bien immobilier, la mise à disposition de fonds se structure grâce à la *moucharaka* dégressive, à l'*ijara* et à l'*istisna*. La banque et le client deviennent propriétaires du bien au fur et à mesure de la construction. Cependant, la banque perçoit pendant la période de construction un loyer en vertu d'un contrat d'*ijara* appelé « *ijara mawsufah fi al-dimmah* » qui est un contrat qui prévoit le paiement immédiat des loyers en contrepartie de la jouissance future du bien (*forward lease*).

D'un point de vue islamique, si la banque exige le paiement de tous les loyers avant la livraison du bien, le montage n'est plus conforme à la Charia parce que le principe de la participation n'est pas respecté et que le bien sous-jacent n'existe pas. Ce genre de risque juridique est ici similaire à celui du montage sans construction²²⁶².

²²⁶⁰ R. Haneef, S. Kunhibava and E. Smolo, *Moucharaka Moutanaquissa and legal issues : case study of Malaysia*, ISRA International Journal of Islamic Finance, Vol. 3, Issue 1, 2011, p. 110 – 112

²²⁶¹ Islamic Financial Services Board, *Capital Adequacy Standard for Institutions (other than insurance institutions) Offering Only Islamic Financial Services*, préc., §§ 30 à 32.

²²⁶² R. Haneef, S. Kunhibava and E. Smolo, *Moucharaka Moutanaquissa and legal issues : case study of Malaysia*, art. préc., p. 110 – 112: « A review of the current *Moucharaka Mutanaquissa (MM)* legal documentation used by banks reveals

Tous les montages doivent néanmoins appliquer le principe du partage des bénéfices et des pertes dont les modalités d'exécution sont assez spécifiques.

2) L'application du principe de la participation

805. – Principaux documents contractuels. En pratique, une lettre d'engagement devrait être signée dont le contenu doit montrer que la banque et le client vont exécuter une transaction fondée sur plusieurs contrats dont la *moucharaka* dégressive et l'*ijara*. Cette lettre indique qu'elle n'engage pas la banque tant que, par exemple, le notaire n'a pas envoyé l'ensemble contractuel aux avocats de la banque et du client.

Cette lettre prévoit aussi que le client va choisir le bien dont le prix de vente final sera ensuite négocié avec la banque. Si les parties s'entendent sur le prix, la marge bénéficiaire, ainsi que sur les conditions d'acquisition du bien, elles l'achètent après la conclusion du contrat de *moucharaka*²²⁶³, assortie de la promesse du banquier de céder progressivement ses parts au client qui lui a promis de louer le bien en payant des loyers²²⁶⁴.

La banque peut mandater le client pour réceptionner le bien alors que le titre de propriété peut être consigné auprès d'elle.

La banque et le client devront aussi conclure un contrat d'*ijara* qui prévoit le paiement des loyers, ainsi que le bon déroulement du mécanisme de cession des parts grâce à l'intégration dans le paiement du loyer le prix d'achat des parts. Il est préférable que le type d'« *ijara* » qui sera retenu

that the banks have the right to legally sell their rights in the MM property to the customer for the full outstanding amount under the MM facility, even though the property is yet to be constructed, due to say, the developer's default. Such legal documents may be challenged by the customer in a court of law on the ground that, given that the property is held under MM, both the customer and the bank have to share the risk of non-completion of the property in proportion to the capital contribution. Such legal risk, however, does not occur in MM for a completed property given that the bank can always compel the customer, who has furnished a waad upfront, to buy the bank's share in the completed property in the event of a default.

Unfortunately, the current MM documentation for under-construction property seems to have taken an easy route by replicating the remedy clauses applicable to completed properties without creating bespoke documentation that would capture the right remedies for under construction property in line with Shariah requirements ».

²²⁶³ Ibidem, p. 92 à 122. En Malaisie, la convention de crédit met en place un « *trust* », c'est-à-dire une fiducie dans laquelle le banquier et le client sont les bénéficiaires. Néanmoins, le client promet au banquier de racheter son « *beneficial interest* », promesse généralement accompagnée de celle du banquier de le lui vendre.

²²⁶⁴ Les parties peuvent convenir de stipuler une clause selon laquelle la banque s'engage à vendre ses parts et le client s'engage à les acheter.

soit l'« *ijara muntahiyya biltamlik* »²²⁶⁵ pour sauvegarder les droits et les obligations des deux parties.

Ensuite, le client-locataire-associé sera désigné la personne chargée de la maintenance, de la conservation et de la garde du bien.

Enfin, une garantie peut être exigée. Les contrats soumis au droit anglais exigent un « *legal charge* » pour sécuriser le paiement des loyers. Par ailleurs, une autre clause selon laquelle le client s'engage, en cas de défaillance, d'affecter l'un ou l'autre de ses biens pour y remédier. Cette clause est nécessaire en cas d'existence de dispositions législatives ou réglementaires ne reconnaissant pas ce genre de transfert de propriété du bien.

806. – Application particulière de la clause de participation. En principe, la clé de répartition des profits est précisément fixée au moment de la conclusion *moucharaka*.

Dans le crédit combinant la *moucharaka* dégressive et l'*ijara*, les profits sont perçus par le banquier parce que les fonds avancés ont été augmentés par une marge bénéficiaire. Le client n'a pas vocation à en bénéficier parce qu'il la verse entièrement au banquier. Cela peut être analysé comme une entorse au principe de la participation.

Toutefois, ce principe s'applique lors de la défaillance du client. Si le client est défaillant au bout de quelques années, et si ses parts sont plus importantes que celles du banquier, il peut percevoir une partie du boni de liquidation²²⁶⁶.

En réalité, ce sont les règles relatives à la *sharikat al-inan* qui s'appliquent. Cela découle du fait que lorsque le « capital social » est constitué d'apport en numéraire et d'apport en nature comme l'apport en propriété ou en jouissance d'un terrain sur lequel un immeuble peut être construit, il convient de connaître précisément la quote-part des associés au fur et à mesure de la réalisation de l'objet du crédit.

Il peut s'apparenter à un crédit-bail participatif où la location est assortie d'une promesse de vente. Toutefois, il ne faut pas raisonner en ces termes parce cette promesse concerne la vente de parts sociales en contrepartie du paiement des loyers. Il y a donc un mécanisme automatique de levée d'option d'achat des parts.

²²⁶⁵ Voir supra, n° 666, 683.

²²⁶⁶ Voir infra, n°

Il n'est pas permis de stipuler qu'une seule partie supporte les frais et les charges liés à l'acquisition, à la conservation et à l'exploitation du bien acquis. Ainsi, tous les associés doivent contribuer au paiement de frais de maintenance et des primes d'assurance²²⁶⁷.

Si ce type de crédit est remboursé par les loyers payés par le client, lesdits frais doivent être bien distingués.

3) Le remboursement des fonds par des loyers

807. – Composantes du loyer. Le paiement des loyers correspond à la rémunération du banquier. Chaque loyer comprend simultanément deux composantes, à défaut desquelles l'opération n'est pas conforme à la loi islamique : d'une part celle permettant de jouir de la chose ; et d'autre part, celle permettant le rachat des parts du banquier. Un tel mécanisme nécessite un ajustement périodique de ces composantes de sorte que la première tienne compte de la seconde : au fur et à mesure des paiements, il y aura une baisse de la proportion de la première, qui induit forcément une augmentation de la seconde. Ce mécanisme doit assurer une image fidèle de la quote-part du banquier et celle du client dans la propriété à chaque mensualité.

807 bis. – Genèse de « ribâ » ? En versant des loyers, le client rembourse la mise à disposition de fonds et la marge fixée par la banque. Cela peut s'apparenter en une rémunération qui dissimule un intérêt en raison de la fixation préalable du montant des loyers dans une opération fondée sur le principe des 3P. Or, l'originalité se trouve dans la présence d'un actif sous-jacent dont la propriété commune ne conduit pas à la genèse de *ribâ*, et garantit également, en partie, contre le risque de crédit (insolvabilité du client).

Si le client n'arrive plus à rembourser, le bien sera revendu en tenant compte de sa quote-part dans le bien. Celle-là est nécessairement plus élevée au moment de la défaillance qu'à la conclusion du contrat. Cela dénote une application plus juste du modèle de financement islamique parce que le client peut percevoir des fonds suite à la procédure de liquidation malgré son insolvabilité.

Quant à la banque, non seulement elle participe à ce risque, mais elle est également titulaire des droits réels sur le bien à due concurrence de la participation du client²²⁶⁸.

²²⁶⁷ Article 5/3, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations*.

4) La fixation de la valeur des parts sociales

808. – Méthode dérogatoire ? En vertu de l'article 5/7 du standard Charia de l'AAOIFI relatif à la *mousharaka*, il est permis de conclure un contrat de promesse d'achat progressif des parts d'un associé pourvu que le prix soit fixé par le marché ou d'un commun accord au moment de la cession²²⁶⁹. Par contre, il est interdit de fixer à la valeur nominale le montant des parts au risque de conférer une garantie du capital prohibée par la loi islamique. Cette règle avait déjà été adoptée par le Sharia Board de la banque Al Baraka en 2003 qui a précisé que la valeur des parts ainsi que du bien devaient être fixée au moment de la liquidation de la société²²⁷⁰.

Toutefois, une succession de promesses peut rendre l'analyse juridique délicate. Chaque cession de parts doit être effective en prenant soin de fixer la valeur des parts au jour de leur cession conformément soit aux prix pratiqués sur le marché, soit d'un commun accord établi le jour de la cession. En principe, la fixation de la valeur des parts d'une société ne doit pas se faire, en cas de promesse de cession, au jour de la conclusion du contrat parce qu'elle sera biaisée par l'évolution de la valeur du ou des biens composant le patrimoine de la société. Si c'est le cas, cela reviendrait à accorder au cessionnaire une garantie contre les évolutions de la valeur des parts²²⁷¹.

Pour la doctrine islamique, le crédit se fonde en fait sur une *mousharaka* de type « *sharikat al mulk* » (société destinée à acquérir un bien), et non de type « *sharikat al aqd* » parce que cette dernière ne peut pas prévoir la cession des parts à un prix préalablement fixé au motif qu'elle serait « *ribawi* »²²⁷². De plus, lorsque la *mousharaka* se combine avec l'*ijara*, la stipulation d'une marge bénéficiaire n'encourt pas la nullité en raison de la genèse du *ribâ*. Ainsi, dans la plupart des crédits de ce genre, le prix des parts est fixé au moment de la conclusion du contrat.

²²⁶⁸ La responsabilité des parties en cas de défaillance est partagée, sauf à prouver la faute, la négligence ou la fraude du client.

²²⁶⁹ Article 5/7, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations* : « *It is permissible for one of the partners to give a binding promise that entitles the other partner to acquire, on the basis of a sale contract, his equity share gradually, according to the market value or a price agreed at the time of acquisition. However, it is not permitted to stipulate that the equity share be acquired at their original or face value, as this would constitute a guarantee of the value of the equity shares of one partner (the institution) by the other partner, which is prohibited by Shari'a* ».

²²⁷⁰ A. M. Naim, *Purchase Undertaking in Musharaka mutanaquissa Home Financing*, ISRA International Journal of IF, Vol. 3, Issue 1, 2011, p. 40.

²²⁷¹ Article 5/7, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations*.

809. – Cession des parts et transfert de propriété. Les parts sociales représentent la propriété du bien sous-jacent (immeuble et/ou du terrain sur lequel est construit le bien immeuble) qui appartient ensemble au banquier et au client. Le transfert de propriété est partiellement et progressivement effectué grâce au paiement de loyers qui peuvent être ajustés d'un commun accord.

5) La défaillance du client

810. – Exécution des promesses. Pour régler les conséquences liées à la défaillance du client, la banque peut acheter toutes les parts du client en vertu d'un contrat de promesse d'achat des parts. Le client peut aussi acheter les parts de la banque si cette dernière lui consent un prêt pour exécuter sa promesse²²⁷³. C'est pourquoi il convient de voir les règles de conformité islamique de la promesse, puis d'exposer les modèles de promesse d'achat des parts en Malaisie en vue de circonscrire les effets de l'exercice de la promesse d'achat du bien et/ou des parts restantes en cas de défaillance du client.

Peu importe si la *musharaka* est en activité ou bien en cours de liquidation, il est permis à un associé de promettre d'acheter tant les parts des autres associés que les biens composant le patrimoine social²²⁷⁴. Il en découle une grande souplesse quant à aménager le dénouement de l'opération. En droit musulman, la promesse est aujourd'hui considérée comme un contrat à part entière²²⁷⁵.

²²⁷² *Islamic Banking and Finance, What It Is and What It Could Be*, op. cit., p. 263

²²⁷³ A. M. Naim, *Purchase Undertaking in Musharaka mutanaquissa Home Financing*, art. préc., p. 40.

²²⁷⁴ Article 3/1/6/2, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations* : « *It is permissible for a partner to issue a binding promise to buy, either within the period of operation or at the time of liquidation, all the assets of the Sharika as per their market value or as per agreement at the date of buying. It is not permissible, however, to promise to buy the assets of the Sharika on the basis of face value* ».

²²⁷⁵ Voir supra, n° 515 – 518 ; H. Döndüren, op. cit., p. 147 ; W. Al Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 233, M. T. Usmani, op. cit., p. 27. Par exemple, la vente *bay al wafa* par laquelle l'acheteur promet au vendeur de lui revendre le bien en contrepartie de la restitution du prix est un cas typique de mauvaise compréhension des règles de la promesse. Il faut noter que cette opération doit obéir au schéma suivant : d'abord, la première vente doit forcément s'accompagner d'un transfert réel de propriété. Puis, l'acheteur promet de revendre ledit bien toutes les fois que le vendeur initial lui promet de lui payer le prix initialement payé par l'acheteur. La promesse intervient après le premier transfert de propriété, ce qui pose le délicat problème de la garantie de rachat du bien. De cette façon, la qualification de vente à réméré est écartée parce qu'elle est suspecte en droit musulman en raison d'une majoration du prix de la seconde vente, représentant *de facto* et *de jure* un surplus injustifié (*ribâ*).

En matière de crédit *moushraka* dégressive, la même logique s'impose. La promesse du client peut avoir une force obligatoire en vertu de l'article 5/7 du Charia standard de l'AAOIFI. Ici, la complexité est accentuée par le fait qu'il peut exister deux sortes de promesse : l'une concernant l'achat des parts de la banque qui conduit le client à devenir le propriétaire du bien sous-jacent²²⁷⁶, et l'autre concernant l'achat direct du bien sous-jacent en cas de défaillance du client alors même qu'il ne détient pas toutes les parts. Ces mécanismes transforment la *moushareka* en une *mourabaha*.

Cet achat ne devrait intervenir qu'après l'adoption d'un nouvel échéancier. Par contre, si la défaillance est irrémédiable, la liquidation du bien est nécessaire.

En outre, la banque peut procéder à l'inscription d'un privilège en son nom sur la proportion des parts détenues par le client. Le client peut aussi gager ses parts en faveur du banquier ou bien inscrire dessus un privilège en faveur de la banque²²⁷⁷.

811. – Séparation des contrats : une réelle indépendance des contrats ? Une fois que les associés ont formé la société, les parts leur seront attribuées. En principe, l'opération de *moushareka moutanaquissa* nécessite la cession de parts à partir d'un engagement signé séparément du contrat de *moushareka* simple en vue de ne pas entrer dans le champ de la prohibition des engagements ou des contrats comprenant des conditions réciproques dénaturant l'objet originel du contrat de société. Cette cession se réalise si les parties exécutent leur promesse : le banquier s'engage à vendre les parts, et le client promet de les acheter²²⁷⁸. En droit musulman, le contrat de société peut-il comporter une clause de cession des parts, ou la promesse d'achat des parts²²⁷⁹ ? Nous ne pouvons pas nous empêcher de considérer que lesdites transactions conditionnent les unes les autres, ce qui est certes interdit par la loi islamique mais qui présente malgré le découpage des différentes étapes une opération économiquement différente de celle qui est juridiquement évitée.

²²⁷⁶ Les anglophones utilisent l'expression « *purchase undertaking* » pour désigner la promesse d'achat.

²²⁷⁷ R. Haneef, S. Kunhibava and E. Smolo, *Moushareka Moutanaquissa and legal issues : case study of Malaysia*, op. cit., p. 96 – 99 : Or, le droit malaisien prévoit que le gage ne peut être effectué que pour l'ensemble d'un bien vendu. Ici, demeure le problème de savoir si toutes les parts doivent être gagées en faveur du banquier alors qu'il en détient un certain pourcentage. Cette phase sera d'autant mieux encadrée si les parties exécutent convenablement les promesses d'achat des parts et du bien. Mais, en cas de liquidation du bien, les profits et les pertes doivent être partagés par les deux parties en fonction des parts détenues au moment de cette liquidation .

²²⁷⁸ Voir les articles 5/1 à 5/9, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations*.

²²⁷⁹ Article 5/1, du même Sharia Standard de l'AAOIFI : « *It is therefore necessary that this buying and selling should not be stipulated in the partnership contract. In other words, the buying partner is allowed to give only a promise to buy. This promise should be independent of the partnership contract. In addition, the buying and selling agreement must be independent of the partnership contract. It is not permitted that one contract be entered into as a condition for concluding the other* ».

En effet, l'opération vise l'acquisition d'un bien dont les modalités d'acquisition seront certainement épiées par les juristes musulmans afin de parer à tout instrument juridico-financier entrant dans le champ d'application de la prohibition de l'intérêt.

En pratique, il est préconisé de rédiger un nouveau contrat qui organise la cession des parts²²⁸⁰. Ce nouvel *instrumentum* accompagne le contrat de société comme étant une condition de réalisation de l'opération.

812. – Ensemble contractuel. Est-ce que la succession de promesses unilatérales constitue un ensemble contractuel éludant la prohibition des contrats conditionnés par d'autres contrats ? Bien que la promesse se trouve dans un acte écrit distinct du contrat de *moucharaka*, il existe bien évidemment un ensemble contractuel où les contrats se juxtaposent. Cela conduit à ce que les uns conditionnent les autres. Or, le fait de promettre d'acheter les parts et d'acheter le bien en cas de défaillance pour limiter les pertes de la banque n'est pas interdit en soi car si la loi islamique permet de conclure une première promesse d'achat de part dans des circonstances normales, la seconde est d'autant plus justifiée en cas de défaillance. D'ailleurs, il y a une application concrète du principe général du droit musulman selon lequel toute transaction est permise tant qu'aucun texte ne le prohibe. Ainsi, cette pratique devrait intégrer le corpus juridique musulman en tant qu'une coutume bancaire (parère, « *urf tidjari* »), source complémentaire du *fiqh*²²⁸¹.

813. – Réglementation en Malaisie. Le Sharia Council de la Banque Centrale de Malaisie (Bank Negara Malaysia) a admis deux formes de promesses en 2008²²⁸². Elles s'adosent toutes les deux sur le régime de la « *sharikat al mulk* », c'est-à-dire une société destinée à acquérir un bien en commun parce qu'elle permet notamment de faciliter les démarches de la vente aux enchères. L'autorité de surveillance islamique malaisienne retient la position des hanafites selon laquelle l'usage du bien est défini par les parties – ce qui permet de louer le bien sous-jacent à un associé – et la position des malékites qui admettent la mise en place d'une procédure pour prévenir les défaillances.

²²⁸⁰ Voir aussi l'article 4 de la Décision de base n° 8954, Circulaire de base n° 97 adressée aux banques par la Banque du Liban, 19 janvier 2005.

²²⁸¹ R. Haneef, S. Kunhibava and E. Smolo, *Moucharaka Moutanaquissa and legal issues : case study of Malaysia*, art. précit., p. 97.

814. – Premier modèle en Malaisie. Une fois que le bien est acquis par la société, le client promet de prendre en bail le bien, et de payer des loyers. Il a promis, simultanément, de racheter les parts de la banque à chaque échéance. Ces deux promesses figurent dans un document séparé. En cas de défaut de paiement, les parties vont vendre aux enchères le bien où le prix sera redistribué en fonction des parts détenues par les parties.

Cependant, la banque dispose d'un droit pour réclamer en priorité le remboursement des avances faites par elle qui n'ont pas encore été couvertes par le partage.

815. – Deuxième modèle en Malaisie. Lorsque le banquier et le client acquièrent le bien via la *sharikat al mulk*, le client promet de prendre en location le bien et d'acheter à chaque échéance les parts de la banque. Cette dernière insistera sur le fait que son client reconnaisse le droit pour la banque de l'obliger à acheter ses parts, en cas de défaillance, achat qui s'effectuera à crédit. La banque peut aussi promettre de lui racheter ses parts.

La banque dispose alors de plusieurs options. Dans le cas de la vente à crédit des parts, l'opération crée une dette. Dans le cas où la banque achète les parts à un prix fixé préalablement, ce qui peut être illicite d'un point de vue de la loi islamique, l'opération permet au banquier de conclure à nouveau un crédit avec un autre client portant sur le même bien.

Enfin, la banque peut vendre aux enchères le bien, mais le produit de la vente doit être partagé par les parties.

Dans les deux modèles, on est dans la configuration de « *sharikat al mulk* » et non de « *sharikat al aqd* » ; ce qui permet de combiner la *mousharaka* avec l'*ijara*, et la cession des parts par le banquier au client à chaque échéance. Qu'en est-il des effets produits par l'exécution des promesses en cas de défaillance.

816. – Le rôle de chaque forme de promesse en cas de défaillance. Si le client n'exécute pas sa promesse, ou si une telle promesse n'a pas été effectuée, on applique le principe des 3P pour répartir le prix du bien liquidé. S'il a l'exécuté, il doit rembourser les sommes avancées par le banquier. Le tableau ci-dessous montre les limites du principe des 3P. L'exemple s'appuie sur un exemple chiffré où 1000 représente le capital social, avec un apport de 90% du banquier et de 10% du client. Des

²²⁸² Ibidem, p. 94.

auteurs ont comparé les effets de l'exécution de la promesse (*waad*) par rapport aux effets d'une opération ne l'ayant pas prévu.

| Issue 1 | Sans promesse | | Avec promesse | |
|--------------------------------|---------------|-----|---------------|--------|
| Prix du bien immobilier | 1000 | | 1000 | |
| Parts du client (C) | 100 | | 100 | |
| Parts de la banque (B) | 900 | | 900 | |
| Ratio des parts C/B | 1/9 | | 1/9 | |
| Défaillance après 3 ans | | | | |
| - C | 300 | | 300 | |
| - B | 700 | | 700 | |
| - C/B | 3/7 | | 3/7 | |
| Création d'un endettement | Non | | Oui | |
| | | | | |
| Prix du bien après liquidation | C | B | C | B |
| 1) 900 | 270 | 630 | 200* | 700* |
| 2) 700 | 210 | 490 | 0 | 700** |
| 3) 600 | 180 | 420 | - 100*** | 700*** |

Tableau de la répartition des profits et des pertes

(Source : R. Haneef, S. Kunhibava and E. Smolo, op. cit., p. 101)

*Le banquier réclamera toutes les sommes dues par le client, bien que le surplus lui soit reversé

**Le banquier exerce le *waad* et crée un endettement, et le client est redevable des pertes subies par le banquier

***En cas de perception d'un prix conduisant à une perte franche, le banquier les répercutera sur le client

817. – Effets de chaque modèle. Selon les praticiens, il est nécessaire de couvrir le risque de crédit et le risque de dépréciation du bien. Ici, les parts du client pourraient être insuffisantes pour compenser les loyers impayés et l'apport du banquier²²⁸³.

Dans le cas d'une défaillance, lorsque la banque vend à crédit ses parts au client, le prix de vente est égal au montant restant dû, augmenté de divers frais pour dénouer l'opération. Cela signifie que le prix de vente du bien est amputé des loyers déjà perçus par le banquier. Mais, lorsque la banque achète les parts, elle devient le propriétaire exclusif.

Or, l'achat à crédit des parts alourdit les charges financières du client, à moins qu'il y ait une prorogation des mensualités restant dues. De plus, il convient d'éviter qu'il existe une sorte de garantie de capital lorsque nous nous plaçons au moment de la liquidation du bien, si les sommes perçues reviennent entièrement au banquier après la vente aux enchères.

En cas d'absence de promesse, le banquier et le client partagent le produit de la liquidation sans que le client supporte plus que ce qui détient comme parts. Le banquier ne peut lui faire supporter son manque à gagner. Toutefois, le banquier peut réclamer des loyers non payés, mais uniquement ceux dus jusqu'à la date de la liquidation.

Il convient de noter qu'il peut exister deux issues différentes en cas de liquidation. D'un côté, le banquier peut être moins bien traité qu'un banquier conventionnel lorsque le prix du bien est inférieur au prix d'achat et qu'il reste à rembourser plus de la moitié de l'avance de fonds. C'est à ce stade que la promesse s'exécute pour combler la dette correspondante à un montant égal à ce qu'il convenait de rembourser. De l'autre côté, si la valeur du bien lors de la liquidation est supérieure aux fonds restant dus, le banquier et le client devront partager le boni de liquidation.

En définitive, les crédits *moucharaka* et *moucharaka moutanaquissa/ijara* sont des techniques qui représentent un peu plus l'esprit de la finance islamique, bien que leur proportion soit encore inférieure à celle des crédits adossés à des contrats de *mourabaha* et d'*ijara*.

Il en va de même pour les opérations de crédit qui peuvent se fonder sur le contrat de *moudaraba*.

²²⁸³ Ibidem, p. 102.

§2) Le régime juridique du crédit adossé au contrat de « *moucharaba* »

818. – Un régime complexe. En droit musulman, la *moucharaba* est un contrat de société liant le « *rab'oul mal* » (bailleur de fonds) qui effectue des apports principalement en numéraire, alors que le « *moucharib* » (gestionnaire de fonds) n'apporte que son savoir-faire²²⁸⁴. Les droits et les obligations des associés varient en fonction de la nature de la *moucharaba* parce qu'elle peut être restrictive ou non restrictive selon que des prérogatives étendues ou réduites ont été octroyées par le *rab'oul mal* au *moucharib* (C). En fait, la composition du capital social obéit à un régime spécifique (B), en fonction duquel le principe du partage des bénéfices et des pertes est aménagé de sorte que les profits soient partagés par les deux associés alors qu'en cas de pertes, le *rab'oul mal* perd ses apports sans qu'il puisse exiger le remboursement des fonds au *moucharib*. Celui-là supporte aussi les conséquences de l'insuccès de son investissement en perdant le fruit de son travail²²⁸⁵ (D). La *moucharaba* est aujourd'hui un produit bancaire à usage multiple bien qu'elle se démarque fortement des autres contrats de financement islamique (A).

A) La notion de crédit « *moucharaba* »

819. – Du contrat de société à une opération de crédit participative. La notion de crédit *moucharaba* peut être bien appréhendée dès lors que sa nature juridique est bien comprise (1). Elle est très utilisée dans le secteur bancaire (2).

²²⁸⁴ Imam Abou Hanifa, *El Ihtiyar*, op. cit., p. 307 à 311 ; W. Al-Zuhayli, *op. cit.*, Tome 1, p. 488 ; H. Döndüren, op. cit., p. 427.

²²⁸⁵ Imam Abou Hanifa, *El Ihtiyar*, op. cit., p. 307 à 311, spéc. p. 307, n° 49 à 50 ; et 69 : si les pertes pécuniaires pèsent sur le *moucharib*, le contrat est nul.

1) La nature juridique du contrat de « *mouharaba* »

820. – Source de conformité islamique. La *mouharaba* tire sa légalité islamique de textes scripturaires. Leur interprétation extensive a permis de mettre en place plusieurs formes de *mouharaba*. Les auteurs citent de nombreux versets comme le verset 198 de la deuxième Sourate, le verset 20 de la 73^{ème} Sourate et le verset 10 de la 62^{ème} Sourate²²⁸⁶. Ces versets ne mentionnent pas explicitement la *mouharaba* alors qu'un ensemble de Tradition le fait.

Deux *Hadith* sont rapportés pour considérer que ce contrat est autorisé en Islam. Premièrement, celui rapporté par Ibn Abbas selon lequel Mohamed lui a permis de contracter une *mouharaba* ; et deuxièmement, celui qui indique qu'il y a de l'abondance (« *baraka* ») dans la vente à crédit, la *mouharaba* et le mélange du blé et de l'orge pour se nourrir.

À partir de ce corpus juridique, les juristes, qui ont naturellement reconnu la conformité islamique de ce contrat, ont érigé un régime juridique propre à la *mouharaba* au fur et à mesure que les cas se présentaient à eux²²⁸⁷. Ils ont même admis deux formes génériques grâce à leur effort de réflexion (« *ijtihad* »). Il s'agit de la « *mouharaba restrictive* » et de la « *mouharaba non restrictive* » qui laisse une marge de manœuvre plus ou moins prononcée au *mouharib* selon la forme retenue.

821. – Nature juridique de la « *mouharaba* ». C'est un contrat qui emprunte certes de nombreuses règles à la *mouharaka*. En revanche, les règles qui la gouvernent montrent qu'il convient de mettre en exergue ses spécificités pour délimiter les prérogatives des associés selon les différents types de « *mouharaba* ».

Le mot « *mouharaba* » dérive du terme « *darb* » qui signifie, dans le langage commun arabe, racine mais également spéculation. En matière commerciale, il indique le fait de se déplacer, de transporter ou de voyager avec les biens d'autrui en vue de tirer des profits suite à leur vente²²⁸⁸.

²²⁸⁶ Respectivement, « *Il n'est pas interdit, pendant le pèlerinage, de rechercher quelques faveurs de votre Seigneur [par la pratique du négoce]* », le verset 20 de la 73^{ème} Sourate : « *Dieu sait qu'il y a parmi vous des gens appelés à effectuer des voyages sur la Terre, en quête d'une grâce divine* » et le verset 10 de la 62^{ème} Sourate : « *Une fois la prière achevée, répandez-vous sur la Terre à la recherche des bienfaits de votre Seigneur, sans oublier d'en invoquer souvent le Nom ! Peut-être y trouverez-vous une source de bonheur* ».

²²⁸⁷ Voir note, n° 2287.

²²⁸⁸ H. Döndüren, op. cit., p. 426 : Le terme *mouharaba* était plutôt utilisé en Irak et celui de « *qiradh* » dans la région du Hidjaz qui englobe les territoires comprenant La Mecque et Médine.

Le contrat de *moudaraba* n'a pas en principe de force obligatoire (« *gayr' ladzim* ») au sens du droit musulman. Lorsque ce contrat devient *ladzim*, c'est-à-dire produisant les effets escomptés d'un contrat nommé, cela permet aux parties de se retirer unilatéralement de la société, sauf dans deux cas : premièrement, lorsque le *moudarib* a déjà commencé ses activités ; et deuxièmement, lorsque les parties ont stipulé un terme à leur engagement²²⁸⁹.

Imam Abou Hanifa qualifie le *moudarib* de « *wakil* » (mandataire)²²⁹⁰ parce qu'il doit être non seulement le représentant du *rab'oul mal*, mais aussi l'unique gestionnaire de l'activité financée. Elle est à cet égard un mandat de gestion donné par le bailleur de fonds à un gestionnaire. Toutefois, la *moudaraba* se distingue du contrat de mandat, appelé *wakala*, en raison de l'application du principe de partage des pertes et des profits. La *moudaraba* n'est pas non plus une fiducie du fait que le fiduciaire et le constituant partagent les profits et les pertes, et qu'il n'existe pas de bénéficiaire autre ces deux parties.

Elle se rapproche néanmoins d'une société en commandite où le *rab'oul mal* serait le commanditaire, alors que le commandité est le *moudarib*²²⁹¹.

Dans le secteur bancaire, différents types de montages sont envisageable où les fonds sont avancés tantôt par le banquier, tantôt par le client.

2) Le mécanisme des financements adossés à la « *moudaraba* »

822. – Usages multiples de la « *moudaraba* ». La *moudaraba* permet de structurer non seulement des comptes rémunérateurs (b), mais également des opérations de crédit (c). Elle a servi de modèle pour mettre en place une banque islamique (a).

²²⁸⁹ Article 4/3, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 13, *Mudaraba*.

²²⁹⁰ Imam Abou Hanifa, *El Ihtiyar*, op. cit., p. 52.

²²⁹¹ M. El Khoury, *Techniques de financement islamique, une discipline peu connue en France*, art. préc., p. 17.

a) La « *moudaraba* » et la structure de base « idéalisée » d'une banque islamique

823. – Montage d'une banque islamique. Selon les théoriciens de la banque islamique²²⁹², la *moudaraba* constitua dès le début des activités bancaires islamiques la structure de base d'une banque islamique : les clients étant des apporteurs de capitaux et la banque le gestionnaire.

Ces deux acteurs doivent partager les profits dans une proportion convenue entre eux : le profit ne peut être fixe, sous peine de nullité du contrat. Cependant, la banque participe seulement aux profits et non aux pertes qui seront supportées par les apporteurs de fonds (déposants-associés)²²⁹³. En effet, la banque devenait un dépositaire et un gestionnaire des fonds qui a droit à une part des bénéfices qui reviennent aux déposants.

Si aucun bénéfice ne couronne l'opération, elle ne percevra bien sûr aucune rémunération. En revanche, une rémunération de son travail peut être versée sous forme de commissions et de frais au titre des charges administratives²²⁹⁴.

824. – Opération complexe de « *moudaraba* ». La mise en place d'une banque islamique repose sur différentes sortes d'opérations de *moudaraba*, ce qui a pu expliquer la recherche d'une structure bancaire idéale par la doctrine islamique.

Parmi celles-là, citons les opérations multilatérale de *moudaraba* qui consiste à ce que le *rab'oul mal* conclut conjointement plusieurs contrats de *moudaraba*.

Les opérations de sous-*moudaraba* où le *rab'oul mal* autorise le *moudarib* à conclure successivement un ou plusieurs contrats de *moudaraba*, lesquels pouvant également autoriser la conclusion de nouveaux de contrats de *moudaraba*.

La combinaison des deux dernières opérations conduit à réaliser des opérations complexe de *moudaraba* dès lors qu'une banque « purement » participative est mise en place.

²²⁹² T. Usmani, op. cit. ; Z. Iqbal et A. Mirakhor, op. cit., p. 103 – 105 ; voir aussi B. Kettel, op. cit. ; A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 45 – 59 ; H. Döndüren, *Ribâ*, in *Islam Ansikopedisi*, préc. p. 258.

²²⁹³ H. Algabid, thèse préc., p. 68-69.

²²⁹⁴ Ibidem, p. 71 ; voir aussi G. Beaugé, *Les capitaux de l'Islam*, op.cit.,p. 21.

825. – Banque islamique et mécanisme « à deux volets ». Schématiquement, la *moudaraba* à deux volets (« *moudaraba two tiers* ») permettrait aux banques islamiques de jouer le rôle d'intermédiation proche de celui des banques conventionnelles. Mais, dans cette structure, la banque endosserait simultanément le statut de dépositaire, de gestionnaire et d'investisseur. Du côté du passif, en tant que *moudarib*, elle gère des dépôts qui lui sont confiés par ses clients. Du côté de l'actif, elle met les fonds collectés à la disposition d'autres investisseurs et/ou entrepreneurs²²⁹⁵.

826. – Faiblesse de la structure. Cette structure est cependant source de difficultés en matière de sécurité des dépôts. En effet, la Financial Services Authority, au Royaume-Uni, a refusé l'établissement d'une banque islamique s'appuyant sur ce modèle. Ainsi, le choix de la société anonyme est apparu plus judicieux pour les banques islamiques²²⁹⁶.

Il est donc nécessaire de bien distinguer les apports des actionnaires qui seront placés à long terme et qui ne représentent qu'une liquidité réduite (à moins que les titres soient cotés et liquides), des dépôts des clients *rab'oul mal*. Un litige peut survenir lorsque les uns perçoivent un profit plus élevé que les autres alors que les déposants sont aussi des associés de la banque, mais des associés particuliers pour lesquels il n'existe ni assemblée similaire à celle des actionnaires, ni une masse similaires à celle des obligataires. En effet, les dépôts sous forme de *moudaraba* ne sont ni des prises de participation, ni des obligations.

La contribution des actionnaires ne se réalise qu'en cas d'insuffisance des fonds pour couvrir les flux à court ou à moyen terme, alors que les bénéfices tirés de diverses opérations leur reviendront annuellement²²⁹⁷. Les clients *rab'oul mal* ne détiennent pas de droits de vote pouvant influencer l'activité de l'établissement.

Rappelons tout de même que les fonds des deux types de « partenaires » ne doivent pas être en principe garantis. Dès lors, il faut distinguer juridiquement les déposants des actionnaires (participation aux décisions dans les assemblées générales, participation aux pertes, sécurité des dépôts, etc.)²²⁹⁸. Cette distinction est nécessaire parce que la vocation du déposant-*rab'oul mal* n'est

²²⁹⁵ F. Nammour, *Activité bancaire islamique : l'expérience libanaise*, art. préc., p. 40 ; E. Jouini et O. Pastré, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Rapport préc.

²²⁹⁶ Financial Services Authority, *Islamic finance in the UK: Regulation and Challenges*, Rapport préc.

²²⁹⁷ H. Algabid, thèse préc., 1990, p. 76.

²²⁹⁸ En outre, les banques islamiques peuvent être des intermédiaires entre les déposants et les entreprises qui cherchent des fonds selon que les parties s'accordent sur une sorte de convention-cadre empruntant les règles de fonctionnement et de répartition des risques ainsi que du partage des pertes et des profits d'une *moudaraba*, d'une *mousharaka* ou d'une *wakala*. La banque ne percevrait qu'une commission alors que le déposant participerait aux résultats de l'entreprise,

pas la même que l'actionnaire. Ces spécificités ont été abordées par l'autorité de surveillance bancaire en France qui a mis l'accent sur la garantie des dépôts²²⁹⁹. Si un musulman doit veiller aux dépôts conformément au verset 32 de la 70^{ème} Sourate et au verset 8 de la 23^{ème} Sourate, les banques doivent mettre en place des dépôts adossés au *wakala* ou au *qard hassan* (prêt gratuit) – au lieu des comptes *moudaraba* – pour garantir les dépôts des clients. Toutefois, les comptes d'investissement participatif de type « *moudaraba* » sont très utilisés par les banques islamiques.

b) Les comptes d'investissement participatif dans les banques islamiques

827. – Distinction de deux types de comptes. Les banques islamiques recueillent des fonds du public de deux manières. D'une part en ouvrant des comptes classiques ; et d'autre part, en proposant des comptes d'investissement participatif. En revanche, aucun découvert n'est accordé parce que le découvert est une opération de crédit susceptible de générer de l'intérêt.

S'agissant des comptes courants islamiques, ce sont en pratique des comptes bancaires sans terme qui servent à déposer et à retirer des fonds ainsi qu'à enregistrer toutes sortes d'opérations portant sur des effets, des instruments financiers et autres transactions²³⁰⁰. Le titulaire de ce compte peut disposer d'une carte bancaire et d'un chéquier. Le solde du compte peut être utilisé par la banque islamique au titre d'un mandat relatif à la bonne gestion, sans qu'elle ne fasse participer ni aux gains ni aux pertes le titulaire du compte²³⁰¹. C'est un pendant des comptes courants en France.

Les comptes d'investissement participatif, ou « *profit sharing investment account* » (PSIA), sont structurés en substance grâce au contrat de *moudaraba* dans lequel les déposants sont propriétaires des fonds. C'est le cas par exemple de l'Islamic Bank of Britain, de la Qatar Islamic Bank ou de la Kuwait Finance House²³⁰².

Service offert en Jordanie, voir www.jordanislamicbank.com/annualreport.html ; R. Wilson, *Islamic finance in Europe*, art. préc., p. 9.

²²⁹⁹ Voir également les réflexions suscitées par la distinction « actionnaire » et « associé » : F.X. Lucas, *Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Bref propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur*, R. dr. banc. et fin. Juillet/août 2002, p. 216 ; et P. Reigné et T. Delorme, *Réflexions sur la distinction de l'associé et l'actionnaire*, D. 2002, n° 16, chron. p. 1330.

²³⁰⁰ En France, la banque Chaabi propose des comptes courants islamiques depuis juin 2011 (<http://www.chaabibank.fr/Harmonis/Harmonis.html>).

²³⁰¹ F. Nammour, art. préc., 2005, p. 39 ; C-J. Serhal, art. préc., p. 41.

²³⁰² Un compte d'investissement peut être aussi adossé à une *wakala* qui organise les relations entre les investisseurs et le gestionnaire de fonds sous la forme d'un contrat de mandat. Cette dernière technique n'est pas, à proprement parler,

828. – Compte rémunérateur et application spécifique des 3P. Les comptes d'investissement participatif est un compte qui rémunère les clients en appliquant le principe du partage des profits et des pertes, formule inhérente à la *moudaraba*. En principe, le client (*rab'oul mal*) supporte seul les pertes, à moins de structurer ce compte en s'adossant aussi sur la *mousharaka*. Il revient donc au banquier d'évaluer ses risques pour respecter les normes prudentielles.

829. – Le compte d'investissement participatif restreint et non restreint. Les comptes sont appelés restreints lorsque le choix des opérations revient au déposant parce qu'ils donnent des directives au banquier²³⁰³. *A contrario*, ils peuvent être non restreints dans la mesure où le déposant autorise la banque à investir discrétionnairement ses fonds. Ces comptes sont assortis d'un terme (3 à 12 mois, voire plus) pour accomplir les investissements adéquats en vue de distribuer des profits. Les retraits de fonds sont contractuellement fixés, avec l'impossibilité des retraits pendant un certain délai en vue de prévenir l'illiquidité des comptes. Si on adopte la position de l'école hanafite, le retrait anticipé est possible si les actifs non liquides sont supérieurs à 10 % de la valeur totale des actifs²³⁰⁴. Les fonds investis et leur rémunération obéissent à des profils différents de cycles d'affaires.

Les banques islamiques peuvent indiquer un taux de profit qui ne serait servi que si les profits attendus étaient effectivement réalisés. Cette indication découle notamment de la marge réalisée par la banque grâce aux mises à disposition de fonds à d'autres clients, opérations de crédit qui s'adossent sur les contrats de *mourabaha* ou d'*ijara*²³⁰⁵.

Il reste néanmoins le problème de la gestion des risques de ce genre de compte pour un établissement de crédit islamique.

un véhicule d'investissement de type participatif car le gestionnaire est rémunéré par des commissions et non grâce aux résultats de son effort.

²³⁰³ Cette forme de compte peut être « affecté » suivant un mécanisme défini par les autorités de surveillance, cf. celui établi par le Conseil Central de la Banque du Liban, article 3 alinéa 2 de la loi du 11 février 2004.

²³⁰⁴ M. Ayub, *Understanding Islamic Finance*, op. cit., p. 327.

²³⁰⁵ L'Islamic Bank of Britain prévoit que pour 100 000 £ pour une période de 1 à 24 mois, les fonds sont gérés selon la *mourabaha* en investissant dans le London Metal Exchange où le montant des revenus (le profit) est préalablement calculé. La négociation des matières premières se réalise par des transactions au comptant en évitant les transactions adossées aux produits dérivés (options et futures), <http://www.islamicbank.com/islamicbanklive/CommodityDeposits/1/Home/.jsp>. Les services de la banque sont rémunérés, au titre notamment des charges administratives et financières, à hauteur de 20% des profits réalisés.

830. – Recherche du meilleur taux à distribuer. En principe, le risque lié au financement grâce au compte d'investissement participatif est nul pour les institutions financières islamiques et échapperait aux exigences de fonds propres. De ce point de vue, les fonds et les investissements ne feraient plus partie du dénominateur du ratio prudentiel. Or, en pratique, les institutions financières islamiques participent aux investissements en renonçant totalement ou partiellement à leur gain dans le but de rester compétitives. Ceci leur permet d'offrir un meilleur taux de rentabilité.

Dans certains cas, cette possibilité est imposée par les autorités de régulation dans le but de protéger les investissements des clients et de réduire les risques systémiques si les fonds sont massivement retirés. Ce schéma se présente plus souvent en matière de compte non restreint. Dès lors, les banques islamiques doivent déterminer le « *risque commercial translaté* » que nous aborderons plus bas. L'Islamic Financial Services Board a établi une formule pour calculer le ratio de fonds propres réglementaires, formule qui comprend en outre les risques liés aux comptes d'investissement participatif²³⁰⁶.

831. – Comptes de réserves. La moitié des banques centrales impliquées dans la finance islamique ont défini une architecture pour traiter les comptes d'investissement participatif comme un passif nécessitant la mise en place de réserves. En cas de risque prononcé de perte, les institutions financières islamiques peuvent mettre en place deux formes de réserve : les « *Profit Equalisation Reserve* » (PER) ou les « *Investment Risk Reserve* » (IRR).

Ces réserves sont alimentées grâce aux revenus tirés de la gestion des sommes déposées sur les comptes d'investissement participatif. Elles ne peuvent pas servir à rémunérer les actionnaires, mais à distribuer un revenu aux titulaires des comptes en phase basse du cycle économique.

Deux méthodes existent pour déterminer la manière de valoriser ces comptes et donc de les « sécuriser ». Chacune tient compte à sa manière de la période de détention des fonds.

La première consiste à faire la moyenne des périodes de détention des fonds en établissant des « catégories temporelles » selon que les fonds sont détenus hebdomadairement, mensuellement,

²³⁰⁶ Formule standard: Ratio de FP réglementaires = FP éligibles / \sum APR + RO – APR(CIP).

Formule à la discrétion des autorités de contrôle : Ratio de FP réglementaires = FP éligibles / \sum APR + RO – APR(CIP restreint) – (1- α)APR (CIP non restreint) – α APR(PER + IRR des CIP non restreint) : Voir Annexe A, *Capital adequacy standard for institutions (other than insurance institution) offering only Islamic Financial Services*, Islamic Financial Services Board, Décembre 2005. Où FP = fonds propres (pas de différence avec Bâle II) ; APR = actifs pondérés par les risques (ou RWA = risk-weighted assets) comprenant le risque de crédit et le risque de marché ; RO = risque opérationnel ; CIP = compte d'investissement participatif ; α = facteur d'ajustement entre 0% et 100% à la discrétion des autorités de contrôle ; PER = profit equalization reserve ; IRR = investment risk reserve.

trimestriellement, voire annuellement. On positionne de ces catégories temporelles un certain pourcentage pour alimenter la réserve. Une fois la réserve constituée, les comptes sont réinitialisés afin de recommencer l'opération. Cela permet aussi de reconstituer les réserves réglementaires, proches des pratiques des banques conventionnelles. D'ailleurs, certaines banques centrales exigent le paiement de pénalités si la constitution des réserves n'est pas réalisée dans le délai imparti. En revanche, les réserves ne sont pas rémunératrices²³⁰⁷.

Quant à la seconde, elle consiste à tenir compte des quantités mises en réserve en fixant des niveaux qui déclenchent la mise en réserve, et une récapitulation des profits devant être effectuée au fur et à mesure aux clients²³⁰⁸.

832. – « **Risque commercial translaté** »²³⁰⁹. Il existe un risque appelé « risque commercial translaté ». Cette dénomination signifie que les risques liés à la gestion des fonds sont transférés au gestionnaire des fonds de manière totale ou partielle. Il apparaît lorsque les clients retirent massivement leurs dépôts, faute d'une rémunération attractive, résultant d'une perte de confiance.

Cette pratique conduira les autorités de régulation à affecter un coefficient « α » telle qu'indiqué dans la formule destinée à calculer le ratio prudentiel. Plus α est faible, plus le régulateur est confiant dans le fait que les PSIA seraient à même d'absorber les pertes. A Bahreïn, α est égal à 30%.

Dès lors, le risque de taux de profit pourra être déterminé à l'instar du risque de taux d'intérêt. C'est le cas lorsque les fonds sont investis dans des opérations à long terme de type *mourabaha* ou *ijara* stipulant une marge bénéficiaire. À ce risque, s'ajoutent les risques de crédit (risque de défaillance, etc.) et de marché (la chute des prix des actifs)²³¹⁰.

²³⁰⁷ Pour le détail des pratiques des banques centrales saoudiennes, malaisiennes, soudanaises, pakistanaïses, koweïtine, indonésienne, bahreïnne voir IFSB, *Technical note on issues in strengthening liquidity management of Institutions offering Islamic Financial Services: The development of Islamic Money Markets*, préc., p. 19 et 20.

²³⁰⁸ IFSB, *Technical note on issues in strengthening liquidity management of Institutions offering Islamic Financial Services: The development of Islamic Money Markets*, préc., § 58.

²³⁰⁹ Expression empruntée à M. A. Hassoune, ancien Vice-Président de Moody's. Nous le remercions de nous avoir éclairé sur les risques encourus par les banquiers islamiques.

²³¹⁰ En matière de normes islamiques de comptabilité et d'audit, les standards internationaux doivent être repris avec, bien sûr, quelques aménagements. Elles doivent permettre de comparer et de mesurer le sérieux des informations comptables afin d'assurer une grande qualité en vue d'une accessibilité aux investisseurs étrangers (voir A.-R. Abdul Rahman, *An Introduction to Islamic Accounting, Theory and Practice*, CERT, 2010, p. 74 – 97). Ainsi, étant conscient que les standards comptables internationaux (comme les IFRS) sont nécessaires, l'Organisation Internationale de Commission des Valeurs recommande aux régulateurs de tenir compte des spécificités de la finance islamique.

De l'autre côté, la *moudaraba* semble être un instrument très risqué pour qu'une banque avance des fonds au client.

c) Le crédit « *moudaraba* », une opération très risquée pour un banquier ?

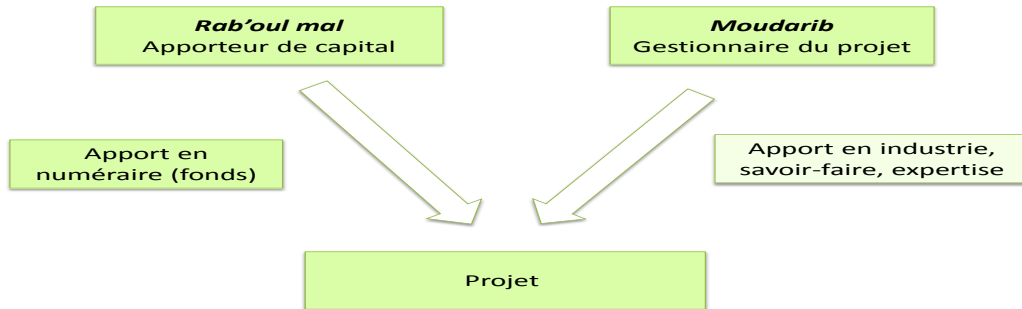
833. – Risque de non remboursement. Eu égard à la recherche de rentabilité, la *moudaraba* convient à différents modes de financement. Des auteurs indiquent que la *moudaraba* est l'instrument le plus important des investissements immobiliers²³¹¹.

Une banque islamique peut, grâce à la *moudaraba*, s'associer à un fonds et à des gérants de biens immobiliers qui ont une compétence locale ou régionale reconnue. Ces derniers concluent des contrats (voire, des sous-contrats) avec le *moudarib* (gestionnaire de fonds) qui acquiert les biens par le biais de l'*ijara* ou de la *mourabaha* afin de les louer et de percevoir des loyers. Un tel fonds immobilier conduit à la perception de dividendes avec une optimisation fiscale tout en préservant la stratégie de sortie.

Mais, peut-on la qualifier d'opération de crédit à court, moyen ou long terme ? Si toutes les caractéristiques de la mise à disposition de fonds à titre onéreux sont réunies par une *moudaraba*, il est possible de la considérer comme une opération de crédit susceptible d'être concrètement pratiquée par les banquiers.

²³¹¹ A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, op. cit., p. 125 et 126.

Moudaraba



Shéma d'un crédit « *moudaraba* »

Source : A. Hassoune, Conférence inaugurale du Diplôme d'université Finance Islamique, 21 janvier 2008, École de Management de Strasbourg, Université de Strasbourg.

Les titulaires de comptes d'investissement participatif peuvent agréer le banquier-*moudarib* de conclure des sous-*moudaraba*, notamment au regard du profil des clients et de la rentabilité des projets. Ainsi, la banque endossera son rôle d'intermédiaire financier, tout demeurant un partenaire intéressé²³¹². Dès lors, la répartition aux bénéfices et aux pertes est repensée de façon à satisfaire les conditions de partage de type *moudaraba*.

En conséquence, le banquier réservera sa décision de proposer un crédit *moudaraba* à sa clientèle parce qu'il doit supporter tout seul les pertes pécuniaires, à moins de la combiner avec la *mousharaka*.

834. – Les combinaisons de la « *mousharaka* » et de la « *moudaraba* ». En principe, le *moudarib* ne réalise pas d'apport en numéraire dans une *moudaraba*. Néanmoins, il peut le faire avec l'autorisation du *rab'oul mal*. De cette façon, il se forme une nouvelle opération qui combine la *mousharaka* et la *moudaraba* où le *moudarib* a la qualité de *moudarib/mousharik*²³¹³.

Les conditions de la combinaison s'attachent à deux aspects particuliers. D'une part, le *rab'oul mal* n'autorisera le *moudarib* à injecter des fonds que s'ils ne confèrent que la qualité d'associé

²³¹² H. Algabid, thèse préc., p. 78.

²³¹³ M. T. Usmani, op. cit., p. 33 – 34.

minoritaire. D'autre part, le premier ne peut pas conduire les affaires courantes de la société, fonction revenant au *moudarib*.

Les conséquences de cette combinaison se répercutent essentiellement dans la répartition des profits et des pertes. Á cet égard, un ratio de distribution des bénéfices est modelé de manière appropriée. La part du *moudarib* varie en fonction non seulement de la quote-part dans la *moudaraba* mais également celle dans la *mousharaka*. Par exemple, si A (*rab'oul mal*) investit 10 et B (*moudarib*) 5 au titre de la *mousharaka*, la part de B comprend les 5 de la *mousharaka* en plus une quote-part sur les 10 de A. Dès lors, A ne pourra pas exiger plus des deux tiers des bénéfices, déduction des profits devant revenir à B. B aura alors droit à un tiers augmenté de sa quote-part dans la *moudaraba*. Ce raisonnement ne peut pas s'étendre pour les pertes parce que A doit prendre en charge obligatoirement les deux tiers et B le tiers.

Quant à la condition relative à la direction des affaires, elle peut être revue selon la compétence des parties. Si le *moudarib* est un bon gestionnaire et un investisseur qualifié, il peut être le décideur exclusif de cette forme de partenariat à prédominance *moudaraba*. Par contre s'il en est de même pour le *rab'oul mal*, il peut ne pas vouloir se conformer au régime juridique de la *moudaraba* qui lui interdit de s'immiscer dans la gestion des affaires. Il pourra gérer les affaires que pour la partie *mousharaka*.

835. – Refinancement des banques. La *moudaraba* sert aujourd'hui de support aux transactions sur les marchés monétaires islamiques émergents. En Malaisie, le marché interbancaire islamique a vu le jour en 1994 pour permettre à une banque islamique déficitaire (*investee bank*) d'être financée par une autre ayant des excédents (*investor bank*). Les placements se font dans des délais allant d'un jour à un an où le taux de rentabilité peut se fonder sur la marge brute (*rate of gross profit before distribution*) et laissant aux acteurs de ce marché de négocier le taux. La Banque centrale (*Bank Negara Malaysia*) a introduit un taux minimum fondé sur les bonds du trésor affecté d'un *spread* de 0,5%, qui peut restreindre l'accès du marché aux seules banques ayant une rentabilité suffisante²³¹⁴. Á la suite de cette présentation préliminaire, il convient à présent d'exposer le régime juridique des crédits *moudaraba*.

²³¹⁴ Malaysia Islamic Finance Centre, *Islamic Finance Guide*, p. 14 à 18.

B) La constitution du capital social

836. – Composition et garantie du capital social. Dès lors que le capital social est constitué par diverses formes d'apports (1), il peut arriver que le *rab'oul mal* exige que le *moudarib* garantisse le capital par le « *moudarib* », ce qui peut conduire, dans certains cas, à générer « *ribâ* » (2).

1) La composition du capital social

837. – Nature des apports. En principe, l'apport du *rab'oul mal* doit être en numéraire, apport qui doit effectivement être libéré pour intégrer le patrimoine de la *moudaraba*. Est-ce pour autant que la *moudaraba* serait entachée d'un vice si les apports sont en jouissance ou si sa constitution est tributaire d'une cession de créance ? Les créances affectées à la *moudaraba* ne peuvent pas constituer le capital social parce que les apports doivent être disponibles le jour où le *moudarib* a besoin de les utiliser²³¹⁵.

838. – Apports de biens fongibles non monétaires. Est-ce que les biens fongibles non monétaires peuvent-ils constituer le capital social ? Selon M. Zuhayli, les Imams Abou Hanifa, Malik et Ibn Hanbel ont jugé que les associés peuvent effectuer des apports en propriété en donnant le pouvoir au *moudarib* de vendre le bien au nom et pour le compte de la société, puis intégrer les fonds ainsi perçus dans le capital social. En revanche, l'Imam Chafi'î s'y oppose parce que cet apport de biens rend aléatoire la constitution du capital social, donc susceptible de créer du *gharar*²³¹⁶. En effet, toute estimation incertaine compliquerait la répartition des profits.

Plus précisément, lorsque la *moudaraba* épouse les contours de la *sharikat al-inan*, ces biens peuvent composer le capital social parce que la *moudaraba* est une exception à la prohibition du *gharar*. Néanmoins, les associés connaissent l'étendue de l'objet social²³¹⁷. Dès lors que ces biens sont valorisables, et que leur valeur est connue au jour de la conclusion du contrat, ils peuvent composer le capital, ce qui explique la validité de la *moudaraba* n'opérant pas des transferts de propriété de fonds mais de biens.

²³¹⁵ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 521.

²³¹⁶ Idem.

Aujourd'hui, les juristes de l'AAOIFI admettent explicitement qu'outre les sommes d'argent, les biens fongibles puissent composer le capital social dès lors que leur évaluation est réalisée par un expert, ou agréée par les parties du moment que la valeur des apports est connue *a minima* en termes de quantité ou de qualité²³¹⁸.

839. – Apports en jouissance. Le fait, par exemple, de mettre un logement à la disposition du *mouadarib* en contrepartie du paiement d'un loyer dont une partie constitue le capital social de la *mouadaraba*, ne conduirait pas à connaître avec exactitude la quotité de cet apport. Or, dès lors que sa répartition n'affecte pas la détermination précise des différentes contributions, sa répercussion sur les ratios de profits est acceptable.

840. – Apports en numéraire du « mouadarib ». Enfin, le *mouadarib* peut aussi effectuer un apport en numéraire dans la *mouadaraba*. Mais, il deviendra un *moucharik* relativement à ses propres apports et *mouadarib* relativement à ceux du *rab'oul mal*. Ici, le partage des pertes et des profits obéira à la règle de la proportionnalité de sorte que le *mouadarib/moucharik* percevra deux types de profit : d'une part, son profit découlant de sa qualité de *moucharik* ; et d'autre part, celui prévu par le contrat de *mouadaraba*. Cette logique de répartition des profits s'applique également en cas de pertes²³¹⁹.

841. – Interdiction de distinguer les apports des associés. Toutefois, il est interdit de distinguer les apports provenant de différents associés. Par exemple, il n'est pas permis de stipuler que s'il existe deux types d'apport (A et B), le *rab'oul mal* sera servi en priorité des bénéfices dégagés de l'apport A ou de l'apport B. De même, il n'est pas permis de distinguer, et donc de verser, les bénéfices résultant de l'activité A, au *rab'oul mal*, et les bénéfices résultant de l'activité B, au *mouadarib*²³²⁰.

842. – Conditions de réalisation des apports. La réalisation des apports se traduit en droit musulman de leur transfert de propriété au patrimoine social. Toutefois, le transfert des fonds n'est

²³¹⁷ Ibidem, p. 493.

²³¹⁸ Article 7/1, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 13, *Mouadaraba*.

²³¹⁹ Voir supra, n° 834.

²³²⁰ Article 8/6, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 13, *Mouadaraba*.

pas forcément exigé le jour de la conclusion du contrat. Par contre, ils doivent être effectivement transférés au *moudarib* dès lors qu'il a commencé ses activités²³²¹. En tout état de cause, le *rab'oul mal* doit transférer les fonds sur la présentation de tout document contractuel engageant la société²³²². De plus, les apports doivent être exempts de tous droits et obligations pouvant conduire à un litige, de toutes charges et de tout droit de poursuite au risque de transformer la relation d'associé commanditaire/commandité en une relation de débiteur/créancier camouflant un prêt usuraire sous une formule de crédit participatif dont l'intéressement est faussement lié à des performances. Ainsi, les créances du *rab'oul mal* sur le *moudarib* ou sur un tiers ne peuvent constituer le capital social²³²³. Si le contrat ne mentionne pas le montant des fonds avancés, et qu'un litige survient, ce sont les prétentions du *moudarib* qui sont retenues en droit musulman. Parmi les causes pouvant conduire à un litige, il existe le cas de la garantie du capital social par le *moudarib*.

2) La garantie du capital par le « *moudarib* » et le risque de genèse du « *ribâ* »

843. – Obligation du « *moudarib* » ? Selon la doctrine islamique, s'applique à la *moudaraba* un régime juridique mixte qui combine celui du dépôt (« *amanah* ») et celui du mandat (« *wakala* ») lorsque le *moudarib* détient les fonds²³²⁴. En principe, tout acte de gestion qui ne correspond pas aux limites fixées par le *rab'oul mal* constitue une cause de résolution du contrat, voire une cause de responsabilité. Pour couvrir les risques de mauvaise gestion des fonds, les juristes sont unanimes sur la non-conformité islamique des clauses garantissant le capital social.

Selon les hanafites et les hanbalites, elles affectent l'économie générale du contrat où le *rab'oul mal* doit, en tout état de cause, supporter les pertes d'ordre pécuniaire. Il en est de même pour les malékites et les chaféites parce que cette clause entache de vice le contrat en raison du défaut de prise en charge des droits et des obligations résultant de la *moudaraba*.

²³²¹ Imam Abou Hanifa, *El Ihtiyar*, op. cit., p. 309, n° 59.

²³²² Ibidem, p. 307, n° 52 ; W. Al-Zuhayli, op. cit. Tome 1, p. 492.

²³²³ Article 7/3, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 13, *Mudaraba*.

²³²⁴ W. Al-Zuhayli op. cit., Tome 1, p. 494 et 501. Il existe une règle générale en droit musulman selon laquelle un débiteur ne peut pas devenir le *wakil* d'un créancier, ce qui conduit à interdire la transformation d'une relation entre un créancier et un débiteur en une relation d'affaire au sens de la *moudaraba*. Cette position est celle d'Abou Hanifa (et non celles d'Abou Yousouf et Mohammed), des malikites, des chaféites et des hanbalites.

Ici, c'est la question des comptes d'investissement participatif des banques islamiques qui surgit parce que les fonds recueillis par la banque (*moudarib*) sont gérés pour que le déposant (*rab'oul mal*) en tire des profits. La banque islamique est non seulement dépositaire, mais également mandataire et gestionnaire dans une opération de réception de fonds du public. La banque ne doit pas alors garantir les dépôts parce que ces dépôts rémunérateurs ne sont licites que si les déposants prennent un risque.

La question de la garantie des fonds avancés est plus délicate dans le cas des crédits, lorsque le banquier l'exige. Le risque est une requalification du contrat.

844. – Constitution de garantie et risque de requalification de la « moudaraba ». Lorsque le *moudarib* garantit le capital, la *moudaraba* sera requalifiée en prêt, même s'il a perçu des bénéfices²³²⁵. Par contre, malgré une gestion saine, mais conduisant à des pertes, le *moudarib* bénéficie du statut de fiduciaire parce que ce changement de situation peut le rendre vulnérable.

En principe, une garantie peut être constituée (garantie d'un tiers, gage, voire hypothèque), mais ne sera actionnée que si le *moudarib* commet une faute ou s'il est négligent²³²⁶.

Dans le cas d'opération de sous-*moudaraba*, le *moudarib* doit garantir les fonds s'il a versé le capital de la *moudaraba* originelle dans une autre *moudaraba*²³²⁷. Par contre, aucune garantie n'est licite en cas de délégation ou de sous-traitance des activités entrant dans l'objet de la *moudaraba*²³²⁸.

S'agissant de la garantie fournie par un tiers à l'opération, elle n'est légale, d'une part, que lorsque la garantie se fonde sur le « *tabarro* », qui est une forme de donation où le donataire est un « garant » qui n'a aucune relation avec le *rab'oul mal* et qui intervient en cas de perte partielle ou totale ; et d'autre part, que lorsqu'elle se fonde sur le *qard*, qui est le prêt gratuit où le prêteur devient un garant qui pourra alimenter la trésorerie de la *moudaraba* en cas de perte, mais dont les fonds seront remboursés par le *moudarib*²³²⁹.

²³²⁵ Imam Abou Hanifa, *El Ihtiyar*, op. cit., p. 307, n° 53 : Position reprise par la doctrine dont Ibn Qudamah et Al-Darir, in W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 502.

²³²⁶ Article 6, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 13, *Mudaraba*.

²³²⁷ Imam Abou Hanifa, *El Ihtiyar*, op. cit., p. 309, n° 61.

²³²⁸ En Malaisie, le nantissement d'un titre appelé « *Certificat d'Investissement Moudaraba* » est possible tant pour le financement islamique, que pour le financement conventionnel à condition que les responsabilités de chaque protagoniste respectent la loi islamique. Une telle pratique se rapproche des lettres de change acceptées. Lorsqu'une banque A transfère des fonds à une banque B et, si à maturité, la banque B réalise des pertes, et ne rembourse pas le principal, la banque A peut demander la réalisation du nantissement. Cependant, le montant du principal remboursé peut ne pas correspondre à la valeur réelle de marché du titre nanti car il faut appliquer réellement le principe des 3P. Ce nantissement devient illégal toutes les fois qu'il dénature les droits et les obligations du *rab'oul mal* et du *moudarib*.

²³²⁹ Imam Abou Hanifa, *El Ihtiyar*, op. cit., p. 307, n° 53.

Le régime juridique de la *moudaraba* se complique un peu plus lorsqu'elle prend la forme restrictive ou non restrictive.

C) Les droits et les obligations des associés

845. – La « *moudaraba* restrictive » et la « *moudaraba* non restrictive ». Les parties doivent indiquer expressément le terme « *moudaraba* », ou « *qiradh* » ou « *mouamala* » dans le contrat²³³⁰. Si cette mention fait défaut, certaines clauses permettent de savoir si le contrat de *moudaraba* qui peut avoir un objet qui restreint les prérogatives du *moudarib*, le gérant de la société.

En principe, le *rab'oul mal* ne peut pas s'immiscer dans la gestion de la *moudaraba* pour limiter la marge de manœuvre du *moudarib*²³³¹. Lorsque le *moudarib* se cantonne à un objet spécifique en respectant strictement les conditions imposées par le *rab'oul mal*, la *moudaraba* est dite restrictive (« *moudaraba al-muqayyadah* »). Dans le cas où le *moudarib* jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour investir les fonds, elle est dite libre ou non restrictive (« *moudaraba al-mutlaqah* »)²³³². Cette dernière formule est préférée par les banques islamiques parce qu'elle offre « *le pouvoir de déterminer les conditions dans lesquelles se réalise l'investissement* »²³³³.

Concernant la *moudaraba* restrictive, une divergence doctrinale est à relever. Abou Hanifa et Ahmed Ibn Hanbal la considèrent comme étant conforme à la loi islamique alors que Malik Ibn Anass et Chafi'î s'y opposèrent²³³⁴. La doctrine contemporaine a dépassé cette divergence afin que les banques islamiques proposent une variété de contrat de financement à leur clientèle. Cette variété est le fruit de réflexion concernant le transfert de propriété de tous les éléments du patrimoine de la *moudaraba*.

Les juristes considèrent maintenant qu'en cas de litige sur sa nature restrictive ou non, et en l'absence de clause explicite, ils optent pour la nature non restrictive. Par contre, ils peuvent retenir les arguments de l'apporteur de capital parce qu'il a limité le champ d'activité du *moudarib*²³³⁵.

²³³⁰ Article 4/1, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 13, *Mudaraba*.

²³³¹ Article 9/3, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 13, *Mudaraba*.

²³³² Articles 5/1 et 5/2, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 13, *Mudaraba*.

²³³³ Jacques B. Heinrich, *Les principaux contrats de financement utilisés par les banques islamiques*, La Revue Banque, n° 478, décembre 1987, p. 1135-1136. En revanche, pour les banques d'investissement et les banques privées la première formule s'imposerait lorsqu'elle est spécialement mandatée pour une opération déterminée.

²³³⁴ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 490.

²³³⁵ Ibidem, p. 515.

Le *rab'oul mal* peut transférer partiellement, totalement, voire jamais, au *mouadarib* la propriété des apports et des actifs composant ou destinés à composer la *mouadaraba*. Il peut uniquement accorder un droit de jouissance consistant à tirer les fruits des matériels et/ou du fonds de commerce mis à la disposition du *mouadarib*. En fonction de la forme restrictive (2) ou non (1) de la *mouadaraba*, le *mouadarib* ne dispose pas des mêmes prérogatives.

1) Les prérogatives étendues du « *mouadarib* » dans une « *mouadaraba non restrictive* »

846. – Pouvoir discrétionnaire d'investissement. Lorsque la *mouadaraba* est non restrictive, la liberté de gestion du *mouadarib* est discrétionnaire. Il peut engager des salariés, louer ou nantir des biens, entreprendre des déplacements, sans une autorisation expresse du *rab'oul mal*. Toutefois, il existe schématiquement deux catégories de prérogatives qui, selon les cas, nécessitent ou non un agrément des apporteurs de capitaux.

847. – Pouvoirs normaux. Les pouvoirs normaux assignés au *mouadarib* ne nécessitent aucun agrément du *rab'oul mal* dans la mesure où leur exercice reste dans la limite du raisonnable. Il peut s'agir par exemple du paiement à la juste valeur des marchandises, la rémunération des salariés, le partage des profits et des pertes avec un sous-*mouadarib*²³³⁶.

848. – « Sous-*mouadaraba* ». Aucun agrément n'est exigé dès lors que le contrat a prévu la conclusion de sous-*mouadaraba*, peu importe que le *mouadarib* combine la *mouadaraba* avec une *moucharaka*. Il peut aussi accepter de nouveaux apports de tiers, toujours, sur le fondement de la *mouadaraba* dès lors qu'il est capable de bien distinguer la provenance des apports.

Selon les hanafites (position majoritaire d'Abou Youssouf et de Mohammed), quand bien même le *mouadarib* n'a pas été autorisé expressément à effectuer des apports dans une seconde *mouadaraba*, la seconde est valide dès lors que le *mouadarib* garantit les fonds du *rab'oul mal*, peu important si la

²³³⁶ Article 9/1/1 à 9/1/6, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 13, *Mouadaraba*.

seconde réalise des profits. Néanmoins, les fonds apportés à la seconde sont qualifiés de dépôt et non d'apport.

Pour les autres écoles, l'obtention d'une autorisation est une condition pour valider juridiquement l'existence de la seconde *mouadaraba*. Cette restriction découle de la règle selon laquelle la conclusion d'une sous-*mouadaraba* ayant le même objet que la *mouadaraba* initiale est prohibée²³³⁷.

849. – Pouvoirs nécessitant un agrément. Les prérogatives du *mouadarib* sont limitées par un agrément spécial et explicite du *rab'oul mal* si le *mouadarib* veut faire des dons, vendre et acheter des marchandises dans des conditions anormales de marché, ainsi que de prêter des sommes d'argent.

Les malékites, les chaféites et les hanbalites incluent dans cette catégorie les transactions à crédit ou la délégation de certains pouvoirs à un tiers pour exécuter certaines transactions en son nom. Ce dernière nécessité, selon les malékites, n'est envisageable que si le capital est garanti en raison d'un *intuitu personae* fort. Ainsi, sauf à obtenir une autorisation expresse, le *mouadarib* ne peut pas dans une *mouadaraba* non restrictive contracter de dettes au nom de la société ; encore moins emprunter des fonds en vue de les transférer à un tiers avec une clause selon laquelle le prêteur percevra le principal augmenté d'un surplus pour réaliser une opération dite de *saftajah*²³³⁸ au risque d'être entachée de *ribâ*. Il ne peut pas non plus prêter les apports effectués par le *rab'oul mal*. Cette restriction se retrouve, en matière bancaire, dans les contrats de comptes d'investissement participatifs. De même, il ne peut ni effectuer des transactions à crédit (vente à tempérament, vente au comptant avec livraison à terme). Si c'est le cas, il doit garantir le capital.

Le *mouadarib* a besoin d'une autorisation pour engager la société dans une transaction nécessitant des fonds dépassant le capital social. Il peut néanmoins prendre en charge la partie excédant le capital social. Il en va de même pour engager un tiers pour effectuer les tâches qui lui sont dévolues ou pour conclure des transactions en dehors des limites imposées par les apporteurs de capital. Si c'est le cas, il doit lui-même le rémunérer et doit garantir les fonds. Ainsi, il lui incombe de supporter les pertes. En matière de comptes d'investissement participatifs, de nombreuses précautions sont prises et conduisent généralement les banques islamiques à contracter des *mouadaraba* non restrictives.

²³³⁷ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 505.

²³³⁸ Le *saftajah* s'apparente à la lettre de change.

2) Les prérogatives limitées du « *mouharib* » dans une « *mouharaba restrictive* »

850. – Stipulation expresse de clauses restrictives. La *mouharaba* devient restrictive lorsque le *rab'oul mal* stipule expressément certaines clauses pour encadrer la gestion du *mouharib*. Il peut s'agir, par exemple, d'entrer dans des relations d'affaires uniquement avec des personnes désignées par lui quand bien même les malékites et les chaféites rejettent ce genre de clause en raison de la liberté qui doit lui être accordée pour faire fructifier les fonds.

En fait, la *mouharaba* changerait de nature, et deviendrait restrictive, lorsque des « clauses usuelles » comme le fait d'entreprendre seulement dans une zone géographique et/ou dans un secteur d'activité déterminé(s) sont stipulées.

Il est également possible, pour les hanafites et les hanbalites, de stipuler des clauses encore plus restrictives. Elles doivent l'être de manière temporaire, et ce, même après la constitution de la société, dans un avenant, cette possibilité pouvant être étendue à la *mouharaba* non restrictive tant que le patrimoine social est composé de sommes d'argent²³³⁹.

851. – Prise en charge des frais du « *mouharib* ». En tout état de cause, le *mouharib* est en droit de demander le remboursement de ses frais pour assurer un niveau de vie décent. Une telle condition ainsi que les sommes qui sont allouées peuvent figurer ou non dans le contrat. À défaut de mention expresse sur le montant alloué, ce sont les indicateurs économiques qui s'appliqueront.

Avant de conclure ce paragraphe, il faut porter une attention spécifique sur l'application du principe des 3P parce qu'il comporte de nombreuses spécificités.

²³³⁹ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 509.

D) L'application particulière du principe du partage des pertes et des profits

852. – Stipulation d'une clause de participation. La répartition des profits doit être connue explicitement par les parties au moment de la conclusion du contrat. En cas de stipulation d'une telle clause, elle peut être modifiée par les parties à tout moment d'un commun accord²³⁴⁰.

Toutefois, en son absence, ce sera un partage égalitaire des profits qui s'effectuera. Ce n'est pas un partage proportionnellement aux apports réalisés, mais un partage qui conduit à donner 50% des bénéfices au *rab'oul mal* et au *mouadarib*. Cependant, les auteurs nous informent que les juges pouvaient, le cas échéant, appliquer les ratios pratiqués sur les marchés²³⁴¹.

En tout état de cause, aucune clause instituant un droit de préférence, selon lequel le *rab'oul mal* ou le *mouadarib* percevront en priorité les bénéfices, n'est valide²³⁴².

Par ailleurs, une clause peut indiquer la proportion des bénéfices revenant au *mouadarib* selon qu'il investisse dans tel ou tel secteur d'activité²³⁴³.

Se pose aussi la question de savoir si le *mouadarib* peut percevoir une rémunération fixe comme un salarié ou un prestataire de service. Imam Abou Hanifa a considéré que la *mouadaraba* doit être requalifiée en *ijara* dans sa version applicable au louage d'ouvrage²³⁴⁴. Pour d'autres jurisconsultes, si le *mouadarib* ne participe pas aux résultats, il aura de plein droit la qualité d'un mandataire (*wakil*)²³⁴⁵.

853. – Perception de commissions. Le *mouadarib* ne peut pas en principe exiger une commission de gestion (*management fee*) d'un montant forfaitaire car le droit musulman interdit la perception simultanée d'un profit et d'une commission de gestion par le *mouadarib* parce que ses modalités de rémunération constituent des éléments de qualification juridique de la *mouadaraba*²³⁴⁶. Néanmoins, le versement de telles commissions (comme celle de performance correspondant à X% des profits dès

²³⁴⁰ Article 8/1 et 8/3, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 13, *Mudaraba*.

²³⁴¹ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 513.

²³⁴² Imam Abou Hanifa, *El Ihtiyar*, op. cit., p. 307, n° 56.

²³⁴³ Ibidem, p. 311, n° 59 et 62 : Par exemple, il percevra 50% des profits s'il se lance dans le textile, 33% dans le domaine agricole, etc.

²³⁴⁴ Ibidem, p. 307, n° 54.

²³⁴⁵ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 502.

lors que le *moudarib* a atteint ses objectifs financiers) doit être prévu dans un contrat de gestion séparé de celui de la *moudaraba*²³⁴⁷ en vue d'une part de ne pas dénaturer l'objet du contrat de *moudaraba* ; et d'autre part, de ne pas interférer avec les objectifs de la *moudaraba* en cas de remplacement du *moudarib*.

854. – Qualification en clause « *ribawi* ». Il n'est pas permis de stipuler une clause selon laquelle le *rab'oul mal* percevra X% du capital social chaque année²³⁴⁸. Cette clause est entachée de *ribâ*, et est sanctionnée par la nullité. On illustre la double injustice d'une telle clause de la manière suivante : si le capital social est de 1000 et si le *rab'oul mal* impose, par exemple, une part fixe et prédéterminée de 40%, le gestionnaire ne touchera rien si les bénéfices ne sont que de 400. Inversement, si les bénéfices sont de 1500, il peut s'offusquer du manque à gagner car il ne percevra que 400 alors que le gestionnaire touchera 1100. En fait, même si le pourcentage sur les bénéfices est fonction du pourcentage des apports dans le capital social, le montant des profits à distribuer sera calculé sur la base de la réalisation réelle de bénéfices et non sur le montant du capital social.

855. – Concept de « *moudaraba standard* ». Il existe des cas qui permettent une rémunération fixe. Les malékites ont élaboré le concept de « *moudaraba standard* » qui s'appuie sur les règles générales du contrat de *moudaraba*. Si les parties n'arrivent pas conférer adéquatement les droits obligations, il est permis de fixer un salaire au *moudarib* en dehors de ses droits sur les profits, notamment si la *moudaraba* n'est pas rentable au début. Cela peut se présenter dans les cas suivants²³⁴⁹ :

- 1) « Si le capital social n'est pas constitué d'apports en numéraire ;
- 2) « Si la répartition des profits n'est pas connue ;
- 3) « Si le contrat est à durée déterminée (un an ou deux ans par exemple) ne permettant pas forcément de dégager des profits ;
- 4) « Si les activités de la *moudaraba* sont reportées à une date ultérieure ;
- 5) « Si le *moudarib* garantit les fonds contre des pertes ;

²³⁴⁶ Article 8/2, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 13, *Mudaraba*.

²³⁴⁷ *Idem*.

²³⁴⁸ H. Döndüren, *op. cit.*, p. 427.

²³⁴⁹ Voir la liste W. Al-Zuhayli, *op. cit.*, Tome 1, p. 498 – 501.

- 6) « Lorsque le *rab'oul mal* exige que le *mouadarib* conclut des contrats de vente à crédit alors qu'il s'est engagé sur des contrats de vente au comptant ;
- 7) « Si le *rab'oul mal* exige l'acquisition de biens non disponibles au moment de la conclusion du contrat ;
- 8) « Si les parties ne s'accordent pas sur la répartition des profits après les efforts fournis par le *mouadarib* ».

Cette liste n'est pas exhaustive. Parmi les cas indiqués, le fait de garantir le capital en cas de perte retient notre attention. Il semble *a priori* difficile de concilier les conditions générales de la *mouadaraba* et la garantie du capital en raison d'un risque de genèse d'intérêt.

En fait, ladite rémunération est analysée comme étant une obligation qui pèse sur le *rab'oul mal* indépendamment de la réalisation de profit²³⁵⁰. C'est le cas :

- 1) « Lorsque les apports sont en réalité des créances dues par le *mouadarib* au *rab'oul mal* ». Il existe en droit musulman une règle générale selon laquelle un débiteur ne peut pas devenir le *wakil* d'un créancier, ce qui conduit à interdire la transformation d'une relation entre un créancier et un débiteur en une relation d'affaire au sens de la *mouadaraba*.
- 2) « Si le *rab'oul mal* doit participer à la gestion des affaires au côté du *mouadarib* ;
- 3) « Si le *mouadarib* nécessite l'autorisation expresse du *rab'oul mal* pour engager les fonds ;
- 4) « Si le *rab'oul mal* nomme une personne pour surveiller le travail du *mouadarib* ;
- 5) « Si le *rab'oul mal* indique clairement les performances à réaliser ;
- 6) « S'il indique les personnes avec lesquelles le *mouadarib* doit travailler ». Dans ce cas, les apporteurs de capitaux pourront indiquer les sociétés, les filiales, les succursales ou les agences qui leur sont liées et avec lesquelles ils veulent traiter. La sélection des partenaires est une modalité de contrôle de l'utilisation des fonds. Cependant, le *mouadarib* peut être autorisé à convenir de la répartition des bénéfices générés par les échanges entre les partenaires désignés et lui ;
- 7) « Si le *rab'oul mal* indique que le *mouadarib* doit effectuer des apports dans une autre *mouadaraba* ».

Dès lors que les parties n'arrivent pas à appliquer le régime juridique de la « *mouadaraba standard* », elles sont néanmoins utilement orientées par les limites posées par l'école malékites.

²³⁵⁰ Idem.

856. – Mauvaise répartition des profits et risque de requalification de la *mouadaraba*. Il convient donc de bien préciser les modalités de répartition des profits parce que trois risques principaux de requalification existent²³⁵¹. D'une part, si tous les profits reviennent au *rab'oul mal*, le contrat sera qualifié de « *moubadaa* » selon laquelle le gestionnaire des fonds n'effectue volontairement que des actes de commerce à titre gratuit.

D'autre part, si tous les profits reviennent au *mouadarib*, ce sera un prêt où seul le principal sera remboursé.

Et, enfin, si le *mouadarib* ne participe pas aux résultats, il aura la qualité de mandataire (*wakil*) conformément au contrat de mandat (*wakala*).

Dans le premier et le dernier cas, s'applique le régime juridique des dépôts parce que le *mouadarib* doit garantir le capital.

857. – Litige sur la répartition des profits. En principe, lors d'un litige portant sur un contrat de société, le témoignage des associés est écarté²³⁵². Cette règle générale doit être entendue de telle sorte que la charge de la preuve incombe au demandeur. Si ce dernier n'arrive pas à prouver ce qu'il avance, les juges rejettent ses prétentions, et retiennent celles du défendeur.

En matière de *mouadaraba*, si un litige porte sur la clé de répartition des profits, les hanafites et la majorité des juristes des autres écoles retiennent la prétention de l'apporteur de capital²³⁵³. Les malékites donnent raison au *mouadarib* s'il prête « serment » qui doit être corroboré par deux éléments : d'une part, ladite clé est fixée de manière raisonnable ; et d'autre part, il est toujours en possession des fonds. Lorsque les deux parties prêtent serment, les chaféites considèrent que le contrat est résolu avec des indemnités versées au *mouadarib*, s'il a effectivement travaillé. Ces indemnités doivent être équivalentes aux salaires d'une personne ayant entrepris les mêmes tâches que le *mouadarib*²³⁵⁴.

Lorsque ce sont les prétentions du *mouadarib* qui sont retenues, des dommages-intérêts peuvent être réclamés pour préjudice matériel, et/ou préjudice moral.

²³⁵¹ Voir la liste W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 502.

²³⁵² Imam Abou Hanifa, El Ihtiyar, op. cit., p. 261-263, n° 368-1, spéc. n° 369-5.

²³⁵³ Article 8/4, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 13, *Mouadaraba*.

²³⁵⁴ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 517.

858. – Répartition des pertes et compte de réserves. S'il existe des pertes, après la liquidation, elles pèseront uniquement sur le *rab'oul mal*²³⁵⁵. Toutefois, elles peuvent être compensées par la mise en place d'un compte de réserves. Dans les banques islamiques, il s'agit du « *Profit Equalisation Reserve* » ou « *Investment Risk Reserve* ». Ce compte sera alimenté par une partie des profits dégagés.

Si les règles islamiques semblent insister sur la manière de partager les profits et les pertes, elles encadrent rigoureusement toute rémunération fixe du *moudarib*.

859. – Fin du contrat. Aujourd'hui, le principe est que chaque associé détient la faculté de mettre un terme à la *moudaraba*, notamment pour mésentente. Il en est de même lorsque les fonds sont insuffisants pour assurer les activités du *moudarib*²³⁵⁶.

Parmi les circonstances conduisant à la résolution de plein droit du contrat²³⁵⁷, il existe le cas où le capital social est sous forme d'effets de commerce ou de créances. Les créances exigibles doivent être comptabilisées comme les sommes d'argent sans que les parties n'appliquent ni un taux d'intérêt, ni un rabais pour assurer le recouvrement des créances pouvant être douteuses²³⁵⁸. Le *moudarib* peut être forcé à recouvrir les créances. En tout état de cause, il doit transférer les effets et les créances au *rab'oul mal*²³⁵⁹.

En définitive, il ressort des régimes juridiques de la *moucharaka* et de la *moudaraba* que bien que les juristes veillent à ce que l'esprit de la finance islamique ne soit pas trahi, ces types de partenariat offrent un large champ de pratiques tant commerciales, que bancaires. Ces régimes juridiques sont-ils cependant compatibles avec le droit français ?

²³⁵⁵ Imam Abou Hanifa, *El Ihtiyar*, op. cit., p. 311, n° 58 ; Article 8/7, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 13, *Mudaraba*.

²³⁵⁶ Article 10/1 et 10/2, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 13, *Mudaraba*.

²³⁵⁷ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 518 – 519 : 1) lorsqu'une partie décède parce que l'*intuitu personae* est fort ; 2) lorsqu'une partie manifeste une insanité mentale ; 3) lorsque l'apostasie de l'apporteur de capital est avérée et non celle du *moudarib* (entre dans cette cause la migration de l'apporteur de capital en territoire de la guerre (*Dar'oul Harb*)) ; 4) lorsque les fonds disparaissent avant que le *moudarib* entame ses activités.

²³⁵⁸ Article 8/8 *in fine*, Sharia Standard de l'AAOIFI, n° 13, *Mudaraba*.

²³⁵⁹ W. Al-Zuhayli, op. cit., Tome 1, p. 521.

Section II) Le régime juridique français des opérations de crédit participatif

860. – Quel(s) régime(s) juridique(s) applicable(s) ? Il peut paraître étrange qu'un banquier dispensateur de crédit soit l'associé de l'emprunteur en France. Plusieurs mécanismes de droit français permettent toutefois de consacrer une nouvelle catégorie d'opérations de crédit, à savoir le crédit participatif. Pour en fixer un cadre juridique adéquat, il convient de bien articuler un ensemble de règles. Est-ce que c'est le régime juridique du contrat de société qui doit s'appliquer, ou bien celui du contrat de crédit, ou bien encore la combinaison des deux ? Cette dernière logique devrait être retenue parce que ces opérations de crédit adossé à un contrat de société sont des mises à disposition participatives de fonds.

Ainsi, la convention de crédit participatif devrait puiser ses règles communes dans le régime juridique commun des sociétés défini par les articles 1832 et suivants du Code civil, et ainsi que celui du crédit, bien que certaines règles doivent être écartées pour des raisons de conformité islamique et de conformité avec le droit français.

Il faut donc non seulement combiner ces deux systèmes juridiques, mais également les régimes juridiques français du prêt et de la société. La dernière forme de combinaison est déjà consacré en droit français parce que le prêt participatif, prévu par l'article L. 313-13 du Code monétaire et financier²³⁶⁰, est une combinaison du crédit et de la société. D'ailleurs, il existe de nombreux rapprochement avec les crédits participatifs (mise à disposition de fonds d'une banque assortie d'une clause de participation, fonds avancés assimilés à des fonds propres du client). Il existe une disposition qui montre que le prêt participatif n'emporte pas la constitution d'une société. L'alinéa 2 de cet article prend le soin d'indiquer que « *l'attribution d'un prêt participatif à une entreprise individuelle n'emporte pas, par elle-même, constitution d'une société entre les parties au contrat* ».

²³⁶⁰ Article L. 313-13 du Code monétaire et financier : « *L'Etat, sous réserve des articles L. 313-18 à L. 313-20 les établissements de crédit, les sociétés commerciales, les établissements publics dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, les sociétés et mutuelles d'assurances, les associations sans but lucratif mentionnées au 5 de l'article L. 511-6, les mutuelles et unions régies par le code de la mutualité et les institutions relevant du titre II et du titre III du livre IX du code de la sécurité sociale peuvent consentir sur leurs ressources disponibles à long terme des concours aux entreprises artisanales, industrielles ou commerciales sous forme de prêts participatifs régis par les articles L. 313-14 à L. 313-20. Les dispositions du présent article ne font pas obstacle à l'application des dispositions pénales du titre IV du livre II du code de commerce* ».

Si ce genre d'opération de crédit ne nécessite pas la constitution d'une société, elle est limitée pour le cas des entreprises individuelles²³⁶¹.

Toutefois, la clause de participation est complétée par une clause d'intérêt. Malgré des ressemblances frappantes entre le prêt participatif et les contrats de *moucharaka* ou de *moudaraba*, ces derniers sont plus proches de la société en participation régie par les articles 1871 et suivants du Code civil. Cette forme de société ne nécessite pas une immatriculation, mais seulement la conclusion d'un contrat. Elle n'a pas de personnalité morale, et ce sont les associés qui s'engagent directement à l'égard des tiers.

Ces deux mécanismes juridiques français (prêt participatif et société en participation) pourraient encadrer les crédits participatifs de type islamique, sous réserve de quelques aménagements. Bien que les associés s'engagent à effectuer des apports, à partager les bénéfices et à profiter des économies de leur entreprise, tout en contribuant aux pertes, le banquier dans un crédit participatif attend le remboursement ou la restitution des sommes avancées, ce qui est proche du prêt participatif. Mais, la participation du banquier et du client permet aussi de distinguer le crédit participatif du prêt à intérêt parce que la clause de participation remplace la clause d'intérêt.

Le crédit participatif peut-il alors se fonder tant sur les règles encadrant le prêt et le crédit que sur celles régissant la société ? Si c'est le cas, cela reviendrait à trouver un régime adéquat qui emprunte simultanément des règles aux différents régimes juridiques.

Le régime juridique français des crédits participatifs sera alors un régime juridique « composite » (§2) parce que la qualification en prêt participatif et en société en participation présentent des inconvénients (§1). À partir de ce nouveau régime juridique, nous allons aussi proposer le cadre juridique du crédit *moucharaka moutanaquissa/ijara* qui permet de financer l'acquisition d'un bien immobilier (§3). Enfin, ces crédits peuvent bénéficier du régime fiscal des prêt indexés définis par l'instruction fiscale dédiée aux *sukuk* (§4).

²³⁶¹ Une entreprise individuelle peut prendre la forme d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) ou celle d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL). M. Cozian, A. Viandier et Mme Fl. Deboissy explique la distorsion du contenu de l'article 1832 du Code civil en deux points : « D'un point de vue pratique, l'EURL (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) est la consécration législative de la société en tant que technique d'organisation de l'entreprise. D'un point de vue théorique, la multiplication des sociétés unipersonnelles en droit français (EURL, EARL, SASU, SELARL unipersonnelle, SELAS unipersonnelle) impose de reconsidérer la conception classique qui analyse la société comme un contrat et conforte l'analyse selon laquelle la société est un acte unilatéral, collectif ou individuel, selon que la société est pluripersonnelle ou unipersonnelle » (Droit des sociétés, n° 1124, voir aussi pour les régimes juridiques, n° 25, 83 à 93, n° 1123 à 1146). Selon les mêmes auteurs, la société est tantôt un contrat, tantôt une institution, ayant ou non une personnalité morale dont la constitution nécessite soit un contrat, soit un acte juridique unilatérale (ibidem, n°9).

§1) La qualification des contrats de crédit participatif en droit français

861. – Définition du crédit participatif. Le crédit participatif peut avoir comme contrat sous-jacent la *moucharaka* (ainsi que sa variante dégressive) et la *moucharaba*. Toutefois, il doit être qualifié de mise à disposition participative de fonds parce que la rémunération du banquier est fixée par une clause de participation, qui peut être assortie ou non d'une marge bénéficiaire. Il n'est ni une société en participation parce que le remboursement des fonds avancés est attendu lorsque l'objet de l'opération est réalisé, ni un prêt participatif parce que le banquier ne perçoit nullement des intérêts. Bien que le crédit participatif applique le principe du partage des profits et des pertes, ce crédit ne peut se fonder ni sur une société par actions (société anonyme, société en commandite par action, société par actions simplifiée), ni sur une société à responsabilité limitée, ni sur une société en nom collectif²³⁶², en raison d'une superposition, voire d'une imbrication, incompatibles des règles gouvernant ces types de société et celles régissant les crédits.

862. – Critères de qualification des crédits participatifs. Le premier critère de qualification d'un crédit participatif est donc l'absence de stipulation d'intérêt qui est remplacée par la stipulation d'une clause de participation ; et le second est le remboursement des fonds avancés si l'opération est un succès. Cela signifie que le revenu du banquier peut être non seulement lié à la performance de l'activité du client lorsque le crédit est purement et simplement participatif (adossement au contrat de *moucharaka* et de *moucharaba*), mais également défini par une marge bénéficiaire (adossement combiné à la *moucharaka* dégressive et à l'*ijara*).

En principe, le remboursement des fonds avancés par le banquier n'est pas possible en cas de pertes. Le crédit *moucharaka* fera une application stricte de la clause de participation alors que ce sera un peu différent dans le crédit *moucharaba* parce que le banquier devra supporter les pertes.

²³⁶² M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 496 à 1041 (pour les sociétés par actions), n° 1042 à 1161 (pour les sociétés à responsabilité limitée), n° 1162 à 1210 (pour la société en nom collectif).

Comme les intérêts sont remplacés par les bénéfiques, ces derniers devront aussi être distribués entre la banque et son client, à moins que le crédit résulte de la combinaison de *moushraka* dégressive et une *ijara* où la clause de participation ne produit ses effets qu'en de défaillance.

Au regard de leur spécificité, ces contrats de crédit ne sont-ils pas en fait des sociétés en participation ?

863. – Qualification en société en participation des contrats de « *mouharaka* » et « *mouharaba* ». L'article 1871 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que « *les associés peuvent convenir que la société ne sera pas immatriculée. La société est dite alors « société en participation ». Elle n'est pas une personnalité morale et n'est pas soumise à publicité* ». Cette définition n'est pas satisfaisante parce qu'elle ne retient que la publicité comme critère de qualification.

Toutefois, ce genre de société fait intervenir une dose certaine de liberté contractuelle parce que son alinéa 2 souligne que « *les associés conviennent librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions de la société en participation* ». Selon la chambre commerciale de la Cour de cassation, cette société est régie par les clauses du contrat qui organisent la mise en commun de moyens (apports), la collaboration des associés (*affectio societatis*), la participation aux profits et aux pertes²³⁶³.

Dès lors, les contrats de *mouharaka* et de la *mouharaba* peuvent être qualifiés de contrat de société en participation s'ils remplissent les conditions suivantes. Dépourvue de personnalité morale, ce qui ne heurte pas le droit musulman, une telle société doit présenter un « *affectio societatis à l'état le plus pur* »²³⁶⁴, sans toutefois pouvoir ester en justice²³⁶⁵, ni être redressée judiciairement, parce qu'en vertu de l'article 1872-1 du Code civil, « *chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers* », ce qui limite des montages où des prérogatives plus ou moins importantes sont dévolues à un associé agissant pour le compte de la banque. Toutefois, la Cour de cassation a jugé que « *si les membres d'une société en participation, qui agissent en qualité d'associé au vu et au su de tiers, sont tenus à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis par l'un des autres, c'est à la condition que [l'associé] les ait accompli en cette*

²³⁶³ Cass. Com., 27 mars 2001, JCP E, 2001, n° 42, p. 1677, note J.-P. Storck.

²³⁶⁴ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1261.

²³⁶⁵ J. Derrupé, actualisé par S. Nizard de Saint-Didier, *Société en participation, Notions Générales*, Jurisclasseur Société, 2007, fasc. 47-10, n° 24 (Cass. civ., 3 novembre 1914, DP 1916, 1, p. 161) : « *l'absence de personnalité morale fait également obstacle à ce que la société en participation puisse agir en justice proprio nomine* ».

qualité »²³⁶⁶. La liberté des associés est limitée par des dispositions impératives dans la société en participation²³⁶⁷.

Bien que les apports en numéraire ne soient pas les seuls types d'apport pouvant être effectués dans une société en participation, ceux qui sont en nature et/ou en industrie sont également possibles. L'apport en industrie, étant une caractéristique essentielle de la société en participation²³⁶⁸, la *moudaraba* pourra être qualifiée de société en participation où le *moudarib* n'apporte que son savoir-faire.

Des arrêts de la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation avaient qualifié de société en participation les opérations dites comptes à demi ou comptes communs qui consistaient, par exemple, « pour un commerçant de remettre la moitié de ses bénéfices à un banquier qui, en contrepartie, devra supporter la moitié des pertes éventuelles »²³⁶⁹. Le crédit participatif pourra réactualiser cette ancienne jurisprudence. Toutefois, le crédit devrait demeurer une opération de banque dès lors que la mise à disposition est réalisée par un établissement de crédit.

En revanche, « ne constitue pas une société en participation la convention consécutive à la promesse de vente d'un immeuble consentie aux preneurs à bail, dite « opération de participation », ayant pour but la revente de l'immeuble sans contribution des preneurs aux frais, une somme déterminée devant leur revenir lors de la signature de la promesse de revente et une participation aux bénéfices de l'opération restant acquise en cas de libération anticipée des lieux, aucune participation aux pertes ni aux frais n'étant envisagée »²³⁷⁰. Cette jurisprudence met ainsi l'accent sur la nature véritablement participative de la société en participation, ce à quoi doivent s'atteler le banquier et son client souhaitant réaliser une opération adossée à une *mousharaka* dégressive combinée à une *ijara*²³⁷¹.

²³⁶⁶ Cass. Com., 13 janvier 1998, R. sociétés 1998, p. 103, note P. Le Cannu.

²³⁶⁷ I. Riassetto, *Société en participation*, Jurisclasseur, Code civil, Article 1871 à 1873, n° 17 : « Cette liberté souffre toutefois deux séries de limites. La première consiste dans l'exercice des dispositions impératives du droit des sociétés : celles des articles 1832 (éléments essentiels du contrat de société, 1832-1 (participations des époux), 1833 (licéité de l'objet et affectio societatis), 1836, alinéa 2 (interdiction d'augmenter les engagements des associés à leur insu), 1844, alinéa 1^{er} (participation aux décisions collectives) et 1844-1, alinéa 2 (prohibition des clauses léonines) du Code civil. La seconde est contenue à l'article 1871-1 qui limite la liberté d'organisation aux rapports entre associés, les rapports externes faisant l'objet des dispositions spécifiques, à savoir celles de l'article 1872-1 du Code civil relatif à l'étendue de la responsabilité des associés et à la gestion des biens indivis ».

²³⁶⁸ J.-P. Storck, *Le contrat de société en participation*, Mélanges A. Rieg, Bruylant, 2000, p. 765.

²³⁶⁹ Cass. req., 11 mai 1857, DP 1857, I, p. 303 ; S. 1857, 1, p. 843 ; Cass. req., 21 juin 1863, S. 1864, 1, p. 317 ; in J. Derrupé, actualisé par S. Nizard de Saint-Didier, *Société en participation, Notions générales*, Jurisclasseur Société, 2007, fasc. 47-10, n° 4.

²³⁷⁰ in I. Riassetto, *Société en participation*, Jurisclasseur, Code civil, Article 1871 à 1873, n° 32.

²³⁷¹ Voir supra, n° 172, 685, 800 – 817 ; et infra, n° 884 – 890.

S'il existe une véritable similitude entre la société en participation, et les sociétés de type *moucharaka* et de *moudaraba*, le contrat de société en participation ne devrait servir que de contrat sous-jacent aux crédits participatifs.

864. – Critères de distinction entre le prêt et la société. Pour que le crédit participatif ne soit pas qualifié de prêt à intérêt, la clause de participation doit être clairement prévue dans la société en participation. M. Derrupé relève une jurisprudence qui indique qu'« *une convention dans laquelle une partie fournit des capitaux pour une exploitation agricole, dans laquelle une partie fournit la terre et le travail et qui stipule le partage des bénéfices mais reste muette quant aux pertes n'est pas une société en participation, mais un prêt* »²³⁷². Cette jurisprudence applique rigoureusement la règle de la participation dans la mesure où les engagements des associés doivent être expressément prévus dans le contrat, surtout le partage des pertes. Est-ce que la qualification de prêt emportait-elle la qualification d'opération de crédit ? On a vu qu'une opération de crédit peut ne pas se fonder sur un contrat de prêt. Pour réaliser une mise à disposition participative de fonds, l'opération devra alors s'adosser à une *moucharaka* ou une *moudaraba*. Ces contrats doivent à leur tour être qualifiés, notamment en société en participation.

MM. Malaurie, Aynès et Gautier nous indiquent que « *le critère permettant de distinguer le prêt de l'apport en société a évolué. Celui que retenait la doctrine classique (Planiol et Ripert, par Savatier) tenait au risque de l'opération : « le prêteur entend rester à l'abri des pertes possibles et stipule son remboursement quoi qu'il arrive. La nature du contrat ne change pas si le prêteur stipule une participation dans les bénéfices, dans la direction des affaires ou des avantages divers ». Au contraire, l'associé prend les risques et les profits de la société* »²³⁷³. Cette position ne permet pas de distinguer le crédit participatif de la société en participation bien que le droit musulman et le droit français retiennent le même critère de distinction entre le crédit et la société, à savoir la prise de risque. Ce qui est assez étonnant, la participation dans les bénéfices, ainsi que dans la direction des affaires ne conduiraient pas à une requalification en contrat de société. C'est donc un critère que nous pouvons retenir pour distinguer le crédit participatif de la société, et ce, en appuyant sur le fait

²³⁷² J. Derrupé, actualisé par S. Nizard de Saint-Didier, *Société en participation*, Jurisclasseur Société, 2007, fasc. 47-10, n° 38 : voir Cass. com., 29 juin 1959, Bull civ 1959, III, n° 291 et Cass. 3 novembre 1914, DP 1916, 1, p. 161.

²³⁷³ Ph. Malaurie, L. Aynès et P. – Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 926.

que le crédit participatif impose à l'emprunteur de rembourser les fonds mis à sa disposition. Ainsi, s'appliquerait l'article 1895 du Code civil²³⁷⁴.

L'alinéa deux de l'article 1895 impose que l'emprunteur rembourse la somme numérique même « *s'il y eu augmentation ou diminution d'espèce avant l'époque du paiement* ». Cette règle ne devrait cependant pas s'appliquer parce qu'une clause de participation peut empêcher le remboursement de la somme numérique prêtée. Pourtant, l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier ne conditionne pas la mise à disposition de fonds au remboursement des sommes avancées²³⁷⁵ : cela signifie que si le remboursement incombe à l'emprunteur, la restitution peut être effectuée par un tiers (caution, tiré, etc.). Par voie de conséquence, la principale différence entre une société et un crédit réside dans le fait que tout crédit doit être remboursé ou restitué²³⁷⁶.

Néanmoins, MM. Malaurie, Aynès et Gautier affirment que « *l'analyse (de la doctrine classique) ne rend pas compte de certains contrats qui réalisent une association entre le prêteur et l'emprunteur et demeurent des prêts, bien qu'ils aillent plus loin que le prêt avec participation aux bénéfices, en faisant courir au prêteur le risque de perte. Le véritable critère est ailleurs : l'immixtion ; si le prétendu prêteur peut s'ingérer dans les affaires de l'« emprunteur » pour les codiriger, il y a société ; sinon, il y a prêt* ». À cet égard, ils considèrent qu'« *il existe donc plusieurs contrats intermédiaires entre le prêt et la société qui donnent au bailleur de fonds plus de droits que l'intérêt* ». Il convient alors d'affiner le critère de l'immixtion du prêteur dans une opération de crédit participatif.

865. – Critère de distinction entre le crédit participatif et la société en participation : immixtion du prêteur dans les affaires de l'emprunteur. En vertu de l'article 1844 du Code civil, « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ». Le banquier qui avance de manière participative des fonds dispose-t-il de ce droit de participer aux décisions ? Si c'est le cas, est-il en contradiction par rapport au principe de non-immixtion en droit bancaire français ?

Selon ce principe, le banquier ne peut pas diriger et/ou orienter les affaires de son client. « *Dégagé par la doctrine à partir des décisions jurisprudentielles et consacré implicitement par l'article L.*

²³⁷⁴ Article 1895 du Code civil : « *L'obligation qui résulte du prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat* » ; voir aussi A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., 2011, n° 1160 à 1170 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P. – Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 925 à 958.

²³⁷⁵ « *Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie* ».

563-3 du Code monétaire et financier, ce principe repose sur un paradoxe apparent : il protège à la fois le client et la banque »²³⁷⁷. Ce principe est-il un principe général ? Il semblerait que c'est le cas pour M. Bonneau en raison de son domaine d'application (service de caisse, dépôt et opération de crédit)²³⁷⁸. Bien que son fondement soit encore discuté en doctrine²³⁷⁹, est-il envisageable qu'il souffre de quelques exceptions notamment en matière de crédit participatif ?

Ce principe de non immixtion souffre en fait d'exceptions relevées par MM. Malaurie, Aynès et Gautier lorsque la mise à disposition se trouve entre le prêt et la société. On pourrait penser au prêt participatif. Mais, ce dernier ne contredit pas ouvertement ce principe, d'autant plus que le prêteur participatif est remboursé avec des intérêts, majoré de bénéfices. Cela ne signifie pas que le prêt participatif conduit à une immixtion dans les affaires de l'emprunteur. Par contre, la véritable prise de participation (souscription de parts sociales ou d'actions) caractérise mieux l'immixtion du bailleur de fonds.

Le principe de non immixtion permet en réalité de distinguer les rôles du banquier et de son client. Il est aussi tributaire d'une conception étroitement liée au prêt à intérêt. Si la pratique accentue les opérations participatives, ce principe de non immixtion sera limité pour les besoins du fonctionnement du marché bancaire.

Avec la *moucharaka*, l'immixtion du banquier islamique dans les affaires de son client-associé est de droit. Lorsque ce droit est acquis, le banquier peut influencer les décisions de son client. Mais, il convient de distinguer le client ayant le statut de gérant exclusif ou non en fonction du type de société. Ce devoir de non immixtion peut être expressément aménagé de sorte que le crédit *moucharaka* puisse être qualifié de crédit assorti d'une clause de participation. Si une promesse de vente permet de qualifier une opération de crédit-bail les montages adossés à un contrat de louage et de crédit²³⁸⁰, pourquoi en ira-t-il autrement si une clause de participation est stipulée dans un crédit ?

866. – Qualification en crédit assorti d'une clause de participation. Puisqu'il existe des aménagements relatifs aux modalités de participation en droit français, le prêteur peut partager les

²³⁷⁶ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 52.

²³⁷⁷ Ibidem, n° 405. Voir aussi C. Gavalda et J. Soutfflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 266 : « la jurisprudence emploie souvent l'expression « principe de non-ingérence » qui se décompose en deux propositions : le banquier n'est pas obligé d'intervenir pour empêcher son client d'accomplir un acte irrégulier, inopportun ou dangereux et il n'est pas en droit de refuser l'exécution d'instruction du client au motif qu'elles ne lui paraîtraient pas judicieuses ».

²³⁷⁸ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 406.

²³⁷⁹ Ibidem, n° 407.

²³⁸⁰ Voir supra, n° 703 – 710.

bénéfices dégagés par l'activité de l'emprunteur. Lorsque ce dernier s'endette pour acheter puis revendre une chose, où le produit de la revente sera partagé par les cocontractants, l'opération peut être qualifiée de « crédit assorti d'une clause de participation ». Toutefois, MM. Malaurie, Aynès et Gautier nous informent que « dans l'achat pour revendre avec participation aux bénéfices, l'acquéreur devient propriétaire, et non le prêteur »²³⁸¹. Ce type de transaction existe aussi en droit musulman lorsqu'elle se fonde sur la *sharikat al voudjough* définie comme étant une « société de crédit participatif »²³⁸².

Mais, dans les crédits purement participatifs, il faut néanmoins veiller à ce que la propriété du bien acquis soit une propriété commune du banquier et du client en fonction de leur apport. De même, les bénéfices tirés d'une activité financée par un crédit participatif doivent être partagés par la banque et son client-associé. Dans la conception islamique, la participation n'aura de sens que si les risques sont réellement partagés. Cependant, le crédit *moudaraba* fera peser une prise de risque plus lourde à sur le banquier « *apporteur-rab'oul mal* ».

Par exemple, une banque islamique peut ouvrir un compte appelé « *Running Business Mousharaka* » (RBM) à un client qui l'associe à son activité. Ce genre de compte sert à financer les activités tant cycliques que durables du client. Il indiquera au crédit du compte les revenus tirés des activités du client où les *cash flows* générés par les activités d'investissement et de financement à long terme peuvent figurer, selon M. Usmani²³⁸³ ; alors qu'au débit, sont inscrits les fonds mis à la disposition du client dont le montant varie en fonction du remboursement du client des fonds avancés. En cas de profit, le client en verse une partie à la banque chaque mois, chaque trimestre ou chaque semestre. Un tel compte couvrirait d'autres opérations de crédit comme l'ouverture d'une ligne de crédit, l'affacturage, la provision d'un chèque, la lettre de change²³⁸⁴. Ici, ce genre de compte doit échapper à la règle selon laquelle « *les intérêts courent de plein droit sur la position débitrice dans un compte courant* »²³⁸⁵ alors même que les parties n'en ont pas stipulé la perception.

Mais un autre problème surgit lorsque l'associé, qui devait apporter une somme d'argent dans la société, ne l'a point fait. En droit français, il devient de plein droit débiteur des intérêts de cette

²³⁸¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P. – Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., 2011, n° 925.

²³⁸² Voir supra, n° 763.

²³⁸³ M. T. Usmani, op. cit., p. 46.

²³⁸⁴ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., 7^{ème} édition, 2008, n° 413.

²³⁸⁵ Idem : sur l'application de l'article 1154 du Code civil relatif à l'anatocisme en se fondant sur une « *justification traditionnelle par une coutume contra legem que la jurisprudence valide exceptionnellement, pour ne pas s'opposer à une pratique multiséculaire* » (Cass. 1^{re} civ., 24 juillet 1974, D. 1975, jurispr. p. 586, note J. Stoufflet ; 4 décembre 1990, Banque 1991, p. 428, obs. Rives-Lange ; Cass. com., 4 décembre 1990, Banque 1991, p. 324, obs. Rives-Lange).

somme à compter du jour où elle devait être payée, et ce, sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu²³⁸⁶. Cette sanction n'est pas admissible en droit musulman, à moins de percevoir lesdits intérêts et de les reverser à une œuvre de charité.

Si le banquier n'a pas respecté ses engagements (refusant de mettre des fonds à la disposition de son client), il peut engager sa responsabilité²³⁸⁷. Dans une logique de crédit, le banquier n'effectue pas d'apports en numéraire, mais il avance des fonds. Dès lors, l'article 1843-3 ne s'appliquerait pas. Or, l'apport et l'avance de fonds doivent coïncider pour caractériser un crédit participatif.

867. – Distinction entre le crédit participatif et le prêt participatif. À l'instar du prêt participatif, un crédit participatif doit être assorti d'une clause de participation en droit français. S'il apparaît que le prêt participatif²³⁸⁸ soit le meilleur mécanisme pouvant encadrer les opérations de crédit participatif²³⁸⁹, il existe cependant un obstacle important à une telle qualification. Contrairement à celui-là, elles ne doivent pas comporter une clause d'intérêt.

En vertu des articles L. 313-13²³⁹⁰ et L. 313-17²³⁹¹ du Code monétaire et financier, les prêts participatifs ont pour objet de mettre des fonds à la disposition des entreprises artisanales,

²³⁸⁶ En outre, lorsqu'il n'a pas été procédé sans un délai légal aux appels de fonds pour réaliser la libération intégrale du capital, tout intéressé peut demander au président du tribunal statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte aux administrateurs, aux gérants et dirigeants de procéder à ces appels de fonds, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette formalité.

²³⁸⁷ Voir pour les cas de refus d'octroi de crédit susceptible de conduire à la responsabilité du banquier, Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 738.

²³⁸⁸ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 529 ; S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, op. cit., n° 505 et 506 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 815 et suivants.

²³⁸⁹ C.-J. Serhal, *Les prêts participatifs à l'heure de la finance islamique*, Banque Stratégie, novembre 2007 : « le régime du prêt participatif en droit français s'assimile à une forme de financement participatif pratiquée sous le nom de mousharaka » ; voir aussi du même auteur, *La finance islamique : Une intégration possible dans le système bancaire français*, Banque et droit, n° 106, mars-avril 2006, p. 36.

²³⁹⁰ Article L. 313-13 du Code monétaire et financier : « L'Etat, sous réserve des articles L. 313-18 à L. 313-20 les établissements de crédit, les sociétés commerciales, les établissements publics dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, les sociétés et mutuelles d'assurances, les associations sans but lucratif mentionnées au 5 de l'article L. 511-6, les mutuelles et unions régies par le code de la mutualité et les institutions relevant du titre II et du titre III du livre IX du code de la sécurité sociale peuvent consentir sur leurs ressources disponibles à long terme des concours aux entreprises artisanales, industrielles ou commerciales sous forme de prêts participatifs régis par les articles L. 313-14 à L. 313-20. Les dispositions du présent article ne font pas obstacle à l'application des dispositions pénales du titre IV du livre II du code de commerce.

« L'attribution d'un prêt participatif à une entreprise individuelle n'emporte pas, par elle-même, constitution d'une société entre les parties au contrat ».

²³⁹¹ « Sans préjudice des articles L. 313-1 à L. 313-6 du code de la consommation, l'intérêt fixe du prêt participatif peut être majoré dans les conditions qui sont déterminées par le contrat, notamment par le jeu d'une clause de participation au bénéfice net de l'emprunteur ou au bénéfice réalisé par l'emprunteur lors de l'utilisation des biens dont l'acquisition a été financée totalement ou partiellement par ce prêt ou à la plus-value réalisée lors de leur cession ou sous forme de rétrocession de la marge réalisée.

industrielles ou commerciales²³⁹², crédits consentis notamment par l'Etat et les établissements de crédit. Combinant le régime juridique du prêt et celui de la société, ils sont principalement et substantiellement rémunérés grâce à des intérêts, la clause de participation ne venant majorer les intérêts qu'à titre complémentaire. C'est donc la stipulation de l'intérêt qui nous permet de distinguer le prêt participatif du crédit participatif. Pour une application de son régime aux crédits participatifs, il serait opportun d'écarter la disposition relative à la stipulation de l'intérêt, ou bien de stipuler un taux d'intérêt égal à zéro²³⁹³.

MM. Malaurie, Aynès et Gautier nous informent sur la possibilité de combiner le prêt avec certaines règles de la société : « *la question se pose surtout à l'égard de l'apport en société, qui se combine avec le prêt afin de faciliter les crédits importants, ceux qui sont utiles aux investissements risqués – [c'est le cas] ainsi du prêt à la grosse et des prêts participatifs* »²³⁹⁴. Les auteurs montrent que la combinaison du prêt et de la société étant admise en droit français, notamment lorsque l'investissement est risqué. Il suffit de faire un pas supplémentaire pour admettre l'existence, et par voie de conséquence l'encadrement juridique français, des mises à disposition participatives de fonds.

Finalement, le crédit participatif ne peut être qualifié ni en prêt participatif, ni en société en participation. Cela ne signifie pas pour autant qu'aucun régime juridique ne soit applicable. Il sera en fait plus judicieux de définir un nouveau régime juridique à partir des régimes juridiques de ces deux mécanismes.

« Lorsqu'une clause de participation au bénéfice net de l'entreprise est prévue, elle s'exerce sous la forme d'un prélèvement prioritaire, pour les personnes physiques, sur le bénéfice comptable et, pour les sociétés, sur le bénéfice distribuable avant toute autre affectation.

« Dans les cas où l'approbation des assemblées spéciales mentionnées aux articles L. 225-99 et L. 228-35-6 du code de commerce ou des assemblées générales des masses constituées en application de l'article L. 228-103 du même code est nécessaire, cette clause est approuvée par l'assemblée générale extraordinaire. Dans les autres cas, elle est approuvée par les associés statuant selon les conditions requises pour l'approbation des comptes ».

²³⁹² CA Bordeaux, 1^{re} Chambre Section B, 13 novembre 2007, n° de rôle 05/001883, Lamyonline.fr, visité le 30 septembre 2010 : « *Les personnes physiques non commerçantes seraient-elles les dirigeants sociaux de ces entreprises, ne peuvent contracter de tels prêts* ».

²³⁹³ En ce sens, C. Serhal, *Les prêts participatifs à l'heure de la finance islamique*, art. préc., p. 11.

²³⁹⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès et P. – Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., 2011, n° 926.

§2) Le régime juridique composite des opérations de crédit participatif

868. – Combinaison de régimes juridiques. En droit français, il existe une réglementation sur la prise de participation des banques. Si elle ne semble pas s'opposer aux crédits participatifs (A), les régimes juridiques du prêt participatif et de la société en participation ne coïncident pas toujours avec ceux des crédits islamiques. C'est pourquoi il convient de mettre en évidence les règles contribuant à édifier un nouveau régime juridique en raison de l'absence de texte clair et précis (B).

A) L'application du régime des prises de participation des banques

869. – Deux situations. Lorsqu'il s'agit de crédit participatif, il faut savoir si le banquier a le droit d'engager ou non les fonds déposés par ses clients. Comme les banquiers « conventionnels », le banquier islamique a la faculté d'engager non seulement les dépôts de ses clients, mais également ses fonds propres (1), ce qui montre le besoin de définir un cadre juridique propice aux comptes d'investissement participatif (2).

1) La flexibilité de la réglementation des prises de participation bancaires

870. – Limites à la prise de participation ? En France, la prise de participation²³⁹⁵ des banques est permise par l'article L. 511-2 du Code monétaire et financier²³⁹⁶. Pour que lesdites participations

²³⁹⁵ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., 7^{ème} édition, 2008, n° 6 : « les banques d'affaires qui ont formé dans le passé une catégorie légale à part, développent plus particulièrement cette activité de participation. Elles disposent à cet effet des fonds propres importants. Mais les grands groupes bancaires du type banque universelle développent également leurs participations industrielles ». Les auteurs citent l'exemple du rapprochement des compagnies d'assurance et des banques, ou encore le rachat par elles des sociétés de bourse ; voir aussi des mêmes auteurs, n° 86 et 1165 à 1170.

soient comptabilisées, « *il faut que ces participations confèrent au moins 10% du capital ou des droits de vote ou qu'elles permettent d'exercer une influence notable sur l'activité de l'entreprise* »²³⁹⁷. Ainsi, la prise de participation retenue par les textes français est entendue comme un investissement pour compte propre. Est-il alors permis de considérer les crédits participatifs comme des prises de participation au sens du Code monétaire et financier ? Pour répondre à cette interrogation, deux interprétations sont envisageable : soit le texte comprend les mises à disposition participative de fonds, soit il ne vise que les investissements pour compte propre. Dans ce dernier cas, on est confronté à une réglementation du plafonnement de la prise de participation.

Le niveau de participation d'une banque doit être compris entre un ratio général et un ratio spécifique. Le taux de participation général de la banque est limité à 60% de ses fonds propres toute prise de participation confondue ; et chaque prise de participation est limitée à 15% desdits fonds propres²³⁹⁸. Selon M. Bonneau, « *cette double limite s'explique par la volonté d'éviter que les établissements de crédit ne prennent des risques excessifs dans des sociétés commerciales et n'orientent exagérément leur activité autres que les opérations de banques* »²³⁹⁹. Ces ratios sont-ils des obstacles à la distribution du crédit participatif islamique en France ?

Ce règlement fait référence aux « fonds propres » et non aux ressources de la banque provenant des déposants. Le plafonnement est en effet fonction des fonds propres²⁴⁰⁰, et non des dépôts. Comme une banque conventionnelle, le distributeur de crédit participatif dispose alors d'une marge de manœuvre lorsqu'il avance les fonds qu'elle réceptionne du public. Ce règlement ne peut pas limiter le volume des opérations de crédit participatif octroyées par une banque, sous réserve d'obtenir l'autorisation des déposants cherchant à financer de manière participative, comme c'est le cas au Liban. Il est, en principe, interdit aux banques islamiques, dans ce pays, de s'engager directement ou

²³⁹⁶ « *Les établissements de crédit peuvent, en outre, dans des conditions définies par le ministre chargé de l'économie, prendre et détenir des participations dans des entreprises existantes ou en création* ».

²³⁹⁷ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 78 : « *Mais ce principe comporte de nombreuses exceptions. Ainsi, par exemple, aux termes de l'article 3 du règlement précité, ne sont pas soumis aux limites sus-indiquées les titres détenus par l'établissement, en vertu d'un accord préalablement conclu avec un tiers, pour le compte de ce dernier. Aussi les titres détenus en vertu d'une convention de portage ne sont-ils pas pris en considération pour le calcul des limites indiquées par le règlement précité* ». Voir l'article 2 du Règlement n° 90-06 du 20 juin 1990 relatif aux participations des établissements de crédit dans le capital d'entreprises, modifié par les règlements n° 94-03 du 8 décembre 1994, n° 98-03 du 7 décembre 1998 et n° 2000-03 du 6 septembre 2000 et par l'arrêté du 19 septembre 2005 : http://www.banque-france.fr/cclrf/fr/pdf/CRBF90_06.pdf.

²³⁹⁸ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 78 – 79 ; C. Gavaldà et J. Stoufflet, op. cit., n° 1069 et s.

²³⁹⁹ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, n° 78.

²⁴⁰⁰ Ibidem, n° 80 : « *Si des limites ont été indiquées, c'est uniquement au regard des fonds propres desdits établissements sans que celles-ci interfèrent directement sur l'importance autorisée de la participation dans une société déterminée* ».

indirectement pour leur propre compte dans le cadre des opérations de crédit. Cependant, la banque centrale autorise les banques islamiques si l'opération projetée n'entraîne pas une responsabilité illimitée de la banque²⁴⁰¹. Il nous semble que le droit français devrait retenir la même démarche que le Liban.

Il existe en outre une problématique délicate d'encadrement des comptes d'investissement participatif adossés à la *moudaraba*.

2) L'encadrement des comptes d'investissement participatif par le droit français

871. – Incertitude de la réglementation ? La banque est un dépositaire disposant d'un monopole²⁴⁰² et qui utilise les fonds déposés pour son propre compte²⁴⁰³. Pourtant, le client est, au regard de l'actif des banques, le véritable prêteur²⁴⁰⁴.

Si la convention de compte doit comporter une clause de participation à hauteur de ce que le déposant est susceptible d'investir, la partie participative du dépôt est une épargne originale permettant à son titulaire de bénéficier plus aisément des crédits sans intérêt. Cela constitue non seulement une forme de privilège accordé au déposant-*rab'oul mal* du fait de la constitution d'un lien de confiance entre lui et la banque.

Ces comptes d'investissement participatif doivent entrer dans la catégorie des dépôts bancaires au regard de leurs caractéristiques économiques et fonctionnelles. En principe, ils s'adossent sur la *moudaraba*, quoique des dépôts de type *mourabaha* existent et sont encadrés par une Instruction fiscale, la même que celle dédiée à la *mourabaha* et au *tawarruq*²⁴⁰⁵.

²⁴⁰¹ Article 2, Décision de base n° 8954, Circulaire de base n° 97 adressée aux banques par la Banque du Liban, 19 janvier 2005.

²⁴⁰² J. Stoufflet, *Le monopole de la banque quant à la réception des fonds en dépôt*, in Mélanges R. Cabrillac, p. 437, spéc. p. 441.

²⁴⁰³ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 47 : « Les banques travaillent avec l'argent des autres », quoique les dépôts peuvent être affectés à une utilisation spécifique (par exemple à titre de séquestre ou de garantie).

²⁴⁰⁴ D'ailleurs, le Comité de Bâle a pris en compte cette situation parce que le ratio Cooke (ratio de solvabilité) exige 8% de fonds propres, et les 92% sont les fonds collectés pouvant être injectés dans le circuit du crédit. Pour plus de détails, voir Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 14 et 35.

²⁴⁰⁵ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, 4/FE/S1/10 relative aux opérations de *mourabaha*, préc., § 24 : « une opération de dépôt rémunéré par une opération de *mourabaha* est une opération de rémunération de liquidités généralement à court terme (moins d'un an) aux termes de laquelle un Client achète au comptant, directement ou indirectement (par l'intermédiaire de ce Financier ou d'un autre intervenant), au moyen des liquidités dont il dispose, placées

872. – Absence de textes ? En droit français, la réception de fonds du public est une activité réservée à une banque qui « *recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôt, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer* »²⁴⁰⁶. La réception de fonds du public ne se distingue pas significativement du dépôt régi par le droit commun. Certes, l'article 1916 du Code civil dispose que « *le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature* ». De son côté, l'article 1917 prévoit que le dépôt est essentiellement gratuit.

En revanche, l'article 1936 du même Code prévoit que si la chose déposée a produit des fruits, le dépositaire est obligé de les donner aux déposants. Or, le texte spécial ne prévoit pas une telle obligation pour les établissements de crédit.

L'article L. 312-3 qui interdisait la rémunération des comptes à vue et les comptes à moins de cinq ans a été abrogé par la Loi du 17 décembre 2007²⁴⁰⁷ suite à la décision de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 5 octobre 2004²⁴⁰⁸. Cette jurisprudence permissive²⁴⁰⁹ en matière d'intérêt créditeur peut trouver à s'appliquer à une banque islamique qui verse non pas des intérêts, mais des profits. Toutefois, le raisonnement devrait être étendu à la rémunération variable des comptes de type islamique.

Il existe en France des comptes sur livret²⁴¹⁰ qui produisent des intérêts, des comptes à terme²⁴¹¹ à objet certes trop spécifique, ainsi que des comptes et plans épargne logement qui sont comme nous l'avons vu plus haut des opérations de crédit²⁴¹², plus précisément des promesses irrévocables de mise à disposition de fonds. Dans ces cas, les fruits de ces comptes sont des intérêts. Le régulateur admettra-t-il que la nature de ses fruits soit des « profits » ?

préalablement sur un compte ouvert à son nom auprès dudit Financier, un actif (matières premières, titres ou tout autre actif liquide, à l'exclusion des immeubles et sociétés à prépondérance immobilière non cotées au sens du 2° du I de l'article 726 du CGI), qu'il revend à brève échéance à ce dernier avec un différé de paiement moyennant rémunération, qui constitue, à l'identique du Revenu du Financier défini au paragraphe n° 11, le Revenu du Client ».

²⁴⁰⁶ Art. L. 312-2 du Code monétaire et financier. Toutefois, ne sont pas des fonds reçus du public, les fonds versés dans les comptes courants d'associés et les versements de fonds effectués par les salariés à une entreprise.

²⁴⁰⁷ Loi n° 2007-1774, article 7-I.

²⁴⁰⁸ Toute gêne, toute mesure rendant moins attrayante l'exercice de cette liberté et nécessairement toute interdiction constitue un obstacle « *sérieux à l'exercice de leurs activités par l'intermédiaire d'une filiale dans ce dernier État membre, qui affecte leur accès au marché* » (Point n° 12, CJCE, 5 octobre 2004, C-442-02, RD bancaire et financier nov.-déc. 2004, p. 440).

²⁴⁰⁹ Bien que le gouvernement français invoquait le fait pour les banques de ne pas rémunérer ces comptes, en contrepartie de la non rémunération des services de base (la fourniture gratuite de chèquiers par exemple).

²⁴¹⁰ Dont les fonds sont disponibles et restituables à vue. Voir Th. Bonneau, op. cit., n° 753 à 755.

²⁴¹¹ Dont les fonds sont bloqués jusqu'à l'expiration du délai fixé à la date du dépôt.

En ce qui concerne les comptes adossés à la *moudaraba*, l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV) suggère la mise en place d'un régime adéquat par les États accueillant la finance islamique²⁴¹³. En 2008, l'ancien CECEI (nouvelle Autorité de contrôle prudentiel) a proposé de les régir par les dispositions relatives aux organismes de placement collectif en valeurs mobilière : « *il ne peut pas y avoir assimilation aux dépôts ou même aux fonds remboursables, s'agissant d'avances de fonds du client à la banque pour investissements. Ces avances pourraient être assimilées à des investissements semblables à des organismes de placement collectif (OPCVM) qui ne bénéficient pas, comme nous le savons, de la protection apportée par le fonds de garantie* »²⁴¹⁴. Il a aussi poursuivi ses explications en retenant une autre qualification : « *les dépôts de clientèle peuvent prendre deux types de formes. Pour l'Islamic Bank of Britain, ils représentent, par exemple, des prêts à taux 0 du client à la banque (qard hassen) ou moudaraba / mousharaka. Or, il n'existe pas en France de règles de comptabilisation des prêts accordés par leurs clients aux banques. Ceux-ci devraient sans doute être considérés comme des fonds remboursables au public. Il devrait ainsi être éligible au fonds de garantie des dépôts. Ces fonds sont bien sûr remboursables en totalité par la banque aux clients à leur première demande et ne génèrent aucun produit ou intérêt* »²⁴¹⁵. Cela signifie que le CECEI a tout à fait saisi le fonctionnement des comptes d'investissement participatif, mais reste sur une conception traditionnelle des avances de fonds et des dépôts.

En 2009, selon Michel Cardona (Secrétaire Général du CECEI), la notion de réception de fonds est une notion qui peut être appréhendée économiquement, ce qui permettra de prendre en compte deux sortes de comptes dont les comptes rémunérateurs²⁴¹⁶. Au lieu d'encadrer fiscalement les comptes d'investissements participatifs (adossés à la *moudaraba*), l'Administration fiscale s'est contenté de définir le régime fiscal des comptes adossés à la *moudaraba*, ce qui montre que la nature participative des opérations bancaires posent de sérieux problèmes ; alors que celles adossées à des biens l'est moins.

²⁴¹² Voir supra, n° 268 – 270.

²⁴¹³ *Analysis of the application of IOSCO's objectives and principles of securities regulation for Islamic Securities Products*, International Organization of Securities Commissions, préc.

²⁴¹⁴ Gilles Vaysset, in Rapport d'information du Sénat, préc., p. 55 ; voir aussi C.-J. Serhal, *La finance islamique : Une intégration possible dans le système bancaire français*, art. préc., p. 41 : « *Le compte d'épargne islamique constitue un instrument de gestion collective et serait au final, dans son fonctionnement, l'équivalent d'un OPCVM* ».

²⁴¹⁵ Ibidem, préc., p. 57.

²⁴¹⁶ Propos recueilli à la Conférence Euromoney des 29 et 30 Septembre 2009, Paris.

873. – Absence de régime fiscal ? La Direction Générale du Trésor a admis que des dépôts de type *mourabaha* puisse être réalisés en France. « *Pour que les opérations considérées bénéficient des dispositions de la présente instruction : 1) le Financier doit disposer du statut d'établissement de crédit aux termes notamment des articles L. 511-5 et L. 511-10 du code monétaire et financier, régulièrement habilité à exercer en France (dans cette hypothèse, les liquidités considérées constituent des fonds reçus du public au sens de l'article L. 312-2 du code monétaire et financier) ; 2) ou les opérations considérées sont en dehors du champ d'application de l'article L. 511-5 du code monétaire et financier ; 3) ou bien les opérations concernées entrent dans le champ de l'article L. 511-7 ou du 1 ou du 2 de l'article L. 312-2 du code monétaire et financier* »²⁴¹⁷. Comme le crédit *mourabaha*, ce type de dépôt bancaire peut être réalisé par des banques de détail, ainsi que par d'autres institutions financières.

Si ces conditions sont respectées, l'Administration fiscale considère que « *sur le plan économique, le Revenu du Client constitue la rémunération d'un différé de paiement, assimilable sur le plan fiscal aux intérêts dus durant cette période dans le cadre d'une opération de dépôt conventionnelle* »²⁴¹⁸. Cette instruction ne peut pas s'appliquer aux comptes d'investissement participatif en raison de la nature juridique du contrat sous-jacent, à moins que l'Administration fiscale assimile les profits dégagés par ce genre de compte à des intérêts.

Bien qu'il n'existe aucune instruction fiscale au sujet des crédits participatifs, il convient de définir un nouveau régime juridique empruntant les mécanismes d'une opération de crédit similaire, mais non identiques, et ceux d'un contrat de société.

²⁴¹⁷ Instruction fiscale, 23 juillet 2010, 4/FE/S1/10 relative aux opérations de *mourabaha*, préc., § 25.

²⁴¹⁸ Ibidem, § 26.

B) La définition d'un nouveau régime juridique des opérations de crédit participatif

874. – Combinaison des régimes juridiques. Les opérations de crédit participatif n'ayant pas de fondement juridique clair et précis, deux mécanismes de droit français permettent de les encadrer. D'abord, l'application du régime juridique de la société en participation ne peut être que partielle en raison des divergences avec celui du crédit participatif (1). Puis, le régime juridique du prêt participatif doit être aménagé pour tenir compte de la prohibition du *ribâ* (2). Á partir de ces deux régimes juridiques, un nouveau peut prendre forme (3).

1) L'application partielle du régime de la société en participation aux crédits participatifs

875. – Contrat de société, au service de la finance éthique. MM. Cozian et Viandier, et Mme Deboissy, indiquent que « *la société en participation pourrait être le moyen de développer les finances éthiques, et plus spécialement confessionnelle (finance juive, chrétienne, islamique, etc.), qui sont à degré divers hostiles à la rémunération du prêt au motif que l'écoulement du temps ne doit pas être source de profit, et préconisent le partage des pertes et gains entre les partenaires* »²⁴¹⁹. Il devient évident que la société en participation peut être une façon de structurer des financements participatifs, mais pas forcément pour structurer une opération de crédit²⁴²⁰.

En effet, parmi les utilisations les plus courantes de la société en participation, la doctrine cite la coopération inter-entreprise et le financement d'opérations très risquées, desquelles il convient de détacher le crédit qui y adossé.

La première permet la gestion des actions communes de différentes entreprises, la constitution de pactes d'actionnaires, la réalisation de gros travaux de construction, la fourniture d'usine, ainsi que

²⁴¹⁹ M. Cozian, A. Viandier, Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1268.

²⁴²⁰ M. Bali, *Le réveil de la société en participation par les finances éthiques*, Rev dr. banc. et fin., janvier-février 2011, p. 25, spécialement, n° 15 à 18 où l'auteur indique toutes les difficultés d'ordre comptable et prudentiel qui entourent une opération bancaire fondée sur la société en participation.

la coproduction cinématographique ou la coédition d'un roman²⁴²¹. Dans ces exemples, il n'est pas nécessaire de recourir à une opération de crédit, mais plutôt à une société.

876. – Crédit syndiqué et société en participation. Il est assez étrange de voir que plusieurs banques qui financent des grandes projets organisent l'octroi de crédit grâce au contrat de société en participation²⁴²².

En fait, la syndication bancaire se fonde classiquement sur une convention *sui generis* dont le régime est défini par la convention des parties et, de manière supplétive par l'usage bancaire²⁴²³. Dans une syndication directe, les associés partagent très souvent non pas des bénéfices, mais des intérêts versés à différentes échéances. Mais la Cour de cassation a assimilé le crédit syndiqué à une société en participation²⁴²⁴, du fait que « *chaque participant a une démarche individualiste* »²⁴²⁵.

Le crédit syndiqué islamique peut se fonder sur de nombreux contrats sous-jacents (*ijara, mourabaha, moudaraba, mousharaka*)²⁴²⁶. Dans le crédit syndiqué *mousharaka*²⁴²⁷, il faut s'assurer que la société en participation implique un *affectio societatis*²⁴²⁸ et un partage des bénéfices, et non d'intérêts. Il faut également bien définir le rôle de la banque chef de file en vue de coordonner les efforts des apporteurs de capitaux. Il aura le statut d'un mandataire appelé « agent » qui doit expliquer la nature participative de l'opération aux autres participants²⁴²⁹.

²⁴²¹ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 16^{ème} édition, 2003, n° 1544, et édition 2011, n° 1264.

²⁴²² Ibidem, n° 1267.

²⁴²³ Z. Sefkali, *Droit du financement structuré*, op. cit., n° 294-4.

²⁴²⁴ Cass. Com., 27 mars 2001, JCP E, 2001, n° 42, p. 1677, note J.-P. Storck.

²⁴²⁵ Z. Sefkali, *Droit du financement structuré*, op. cit., n° 293-3.

²⁴²⁶ Voir AAOIFI, Sharia Standard, n° 24, *Syndicated Financing* ; v. aussi le pool bancaire constitué à l'initiative du Crédit Agricole Calyon dans un projet islamique, sur www.calyon.fr/actualites/banque-financement-investissement/references2006177.

²⁴²⁷ AAOIFI, Shari'a Standard, n° 12, *Partnership (Musharaka) and Modern Companies*: « *The institutions participate jointly in providing the funds and bearing any losses proportionately, whereas profits are shared as agreed upon. In this case, the institutions may select a joint committee to undertake management, or they may delegate one of them to manage the company against an increase in its profit share or a lump sum payment. A separate management contract in this case should be signed with the selected institution* ».

²⁴²⁸ Cass. Com., 3 juin 1986, Bull. civ. IV, n° 116 : une société n'existe que si l'*affection societatis* anime les associés.

²⁴²⁹ AAOIFI, Shari'a Standard, n° 23, *Agency and the Act of a False Agent* : « *the work to be done should be clearly defined, along with estimation of the period of agency. The agent shall become entitled to remuneration whether profit is actually materialized or not. Furthermore, the agent may be given a bonus as a lump sum amount or a share of profits above a certain limit (...) Non-paid Agency: The lead manager in this case undertakes to manage the operations for no reward, and the financing institutions share the profit* ». Cet agent peut ou non être rémunéré notamment grâce à des commissions. La commission d'engagement n'est pas conforme à la loi islamique dans ce cas : Article 7/1, AAOIFI, Sharia Standard, n° 24, *Syndicated Financing* : « *it is permissible for the leading institution to receive commission for performing the preparatory tasks such as conducting feasibility studies, organization, mobilization of participatory funds, preparations of contracts etc. The commission thus obtained may be equal to, less than or more than the actual*

Le crédit syndiqué diffère du crédit participatif parce que les fonds sont d'emblée mis de manière participative à la disposition du client. Si le crédit syndiqué peut revêtir la forme, selon MM. Cozian et Viandier, et Mme Deboisy, d'un « *prêt rémunéré par une participation aux bénéfices* »²⁴³⁰, il convient de montrer si le crédit participatif peut s'adosser à la société en participation.

877. – Effets de l'absence de personnalité morale. La société en participation ne dispose pas de capital social, et *a fortiori*, ni de patrimoine²⁴³¹, en raison d'un défaut de personnalité juridique prévue par l'article 1842 du Code civil : « *les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation* ». C'est pourquoi elle ne peut être ni créancière, ni débitrice²⁴³². Á ce stade, on peut considérer que le crédit participatif peut se structurer grâce à elle dès lors que le but recherché n'est pas la mise en place d'une société immatriculée. Cette absence de personnalité morale procure un fondement au crédit participatif parce que le banquier et le client peuvent constituer une société qui ne dispose pas de toutes les caractéristiques propres à la personnalité.

De plus, l'article 1872-1 du Code civil dispose que « *chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers* ». Ainsi, le client qui doit exécuter d'autres contrats (que le crédit participatif contracté avec le banquier) ne devrait logiquement contracter qu'en son nom personnel. De cette manière, le banquier n'a pas à contrôler les activités de son client qui sont en dehors du cercle du financement participatif.

878. – Effets de l'absence de capital social. L'absence de capital social produit un effet surprenant : « *comme la société en participation n'a pas de personnalité morale, elle ne peut avoir un capital social, de sorte que les « parts sociales » sont des créances entre associés ou à l'égard du ou des gérants* ». Ces créances n'en existent pas moins, mais ne peuvent constituer des titres négociables, l'article 1871, alinéa 2, du Code civil renvoyant à l'article 1841 du même Code »²⁴³³. Ce régime montre que le crédit participatif ne devrait pas être régi par les dispositions relatives à la société en participation. Si l'article 1841 du Code civil interdit tant l'offre publique de titre

cost the institution incurs for carrying out such tasks. Furthermore, an institution performing such tasks against the commission may or may not be a lead manager. It is not permissible to receive commitment commission ».

²⁴³⁰ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboisy, op. cit., 2011, n° 1266.

²⁴³¹ I. Riassetto, *Société en participation*, Jurisclasseur, Code civil, Articles 1871 à 1873, n° 9 – 10.

²⁴³² Ibidem, n° 12.

²⁴³³ Ibidem, n° 113.

financier, que l'émission de titres négociables, le crédit participatif doit en créer pour connaître les engagements des cocontractants.

En fait, il existe un rapprochement évident avec la notion de crédit parce que les parts sociales sont, dans ce type de société, analysées en des créances. Il est cependant impossible que les parts sociales, dans le crédit participatif, soit qualifiées de créance, à moins de ne prendre en considération que le montage combinant la *mousharaka* dégressive et l'*ijara*. Même pour ce montage, l'existence de parts sociales est exigée par l'AAOIFI en raison de la cession progressive, mais définitive des « parts sociales » en contrepartie du paiement des loyers. Ainsi, ce type de crédit participatif s'accommode des règles du crédit adossé à un contrat de bail.

879. – Propriété des apports. L'article 1872, alinéa 1^{er}, du Code civil, se dresse comme un obstacle à la réalisation d'un crédit adossé à une société en participation parce que cet article dispose qu'« à l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société ». Cette solution va à l'encontre des exigences du droit musulman qui exige une perte de l'« individualité » des apports.

Le droit français applique de manière cohérente la règle de l'absence de la personnalité lorsqu'un associé apporte un bien immobilier : « le bien apporté ne peut faire, en effet, l'objet d'une publication à la conservation des hypothèques, puisque celle-ci ne saurait conserver un acte au profit d'une société qui n'a pas la personnalité morale »²⁴³⁴. Il en va de même pour d'autres apports comme l'apport de fonds de commerce.

En revanche, le second aliéna de l'article 1872 du Code civil permettrait d'encadrer les montages adossés à un bien parce qu'il dispose que les biens apportés sont réputés indivis entre les associés lorsqu'ils sont « acquis par emploi ou remploi des deniers indivis pendant la durée de la société ». Même si cette disposition devrait régir le crédit participatif, elle n'est pas suffisante pour affirmer que tout le régime de la société en participation peut régir les opérations de crédit participatif. D'ailleurs, le dernier aliéna de l'article 1872 prévoit la possibilité que l'un des associés puisse être, à l'égard des tiers, le propriétaire des biens, ce qui peut être jugé comme un écran, voir un subterfuge juridique pour occulter la participation des autres associés.

²⁴³⁴ J. Derrupé, actualisé par S. Nizard de Saint-Didier, *Société en participation, Constitution*, Jurisclasseur Société, 2007, fasc. 47-20, n° 28. Cette solution est valable pour tout autre bien apporté. Voir aussi M. Cozian, A. Viandier, Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., 2011, n° 119.

En définitive, le crédit participatif peut s'inspirer des règles encadrant la société en participation, mais il ne doit pas être qualifié comme telle au risque de ne pas pouvoir être qualifié d'opération de crédit. Dès lors, existe-t-il plus d'affinité entre le crédit islamique participatif et le prêt français participatif.

2) L'application partielle du régime juridique du prêt participatif

880. – Prêteur participatif, un associé ? Selon MM. Malaurie, Aynès et Gautier, le prêt participatif est caractérisé par trois éléments. Premièrement, « *la créance du prêteur constitue une créance de dernier rang : par conséquent, en cas de liquidation judiciaire de l'emprunteur, elle n'est remboursable qu'après désintéressement complet des autres créanciers, ce qui veut dire qu'il n'aura rien : à l'avance, il accepte de courir le risque de tout perdre ; il ne peut prendre de sûretés sur le patrimoine du débiteur* ». Ce statut de prêteur en dernier ressort coïncide avec le statut d'associé attendu dans le crédit participatif. Or, le second élément montre que cette qualité disparaît parce qu'« *il est rémunéré par un intérêt, qui pour partie est fixe, et pour une autre, est une participation aux bénéfices* ». Ainsi, le bailleur de fonds n'est qu'un prêteur, mais un prêteur participatif, et non un associé. En revanche, le troisième élément tend à rendre plus ténu le rapport prêt – société dans ce montage : « *les fonds prêtés constituent les fonds propres de la société emprunteuse* »²⁴³⁵. Les auteurs concluent en mettant en exergue la nature hybride de cette opération de crédit en retenant qu'il est un prêteur : « *Le prêteur participatif est donc un mélange de créancier et d'associé – il est surtout un prêteur, car il a le droit d'être remboursé* »²⁴³⁶. Même si le dispensateur de crédit participatif est remboursé, son remboursement ne doit pas être garanti : il a donc le droit à être remboursé, mais il n'a pas le droit de forcer son client à le faire. Bien sûr, il existe des garanties pour se couvrir de certains aléas, mais l'aléa du remboursement ne doit jamais devenir une certitude. Étrangement, le droit musulman ne prohibe pas cet aléa au titre du *gharar*, mais il prohibe le versement certain d'intérêt.

Il existe une incertitude quant à savoir si le prêteur participatif peut s'immiscer dans la gestion de l'entreprise comme dans la *moucharaka*. Si c'est le cas, cela ne pose pas de problème majeur, sauf à

²⁴³⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès et P. – Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., 2011, n° 926.

²⁴³⁶ Idem.

bien clarifier l'étendue de l'immixtion du banquier²⁴³⁷. Si ce n'est pas le cas, on se rapproche de la *moudaraba* qui écarte toute forme d'immixtion, mais en interdisant les rémunérations fixes. Mais, la doctrine est en fait très claire sur les finalités du prêt participatif : « *On ne doit pas se méprendre sur la participation qui ne concerne que les résultats et non la gestion* »²⁴³⁸. Néanmoins, ces fonds prêtés confèrent, dans certains cas, un droit de contrôle du prêteur sur l'emprunteur en stipulant une clause d'agrément avant leur emploi²⁴³⁹.

En effet, la Cour de cassation a jugé « *qu'en énonçant que la preuve de la complicité de la banque n'aurait pas été rapportée, bien que les articles VI et VIII du prêt participatif conclu entre le débiteur et le créancier, qui était produit aux débats, précisent, de manière claire et précise, que le débiteur devait recueillir l'accord préalable de la banque pour tout projet de modification du capital social, informer celle-ci de tous faits susceptibles d'affecter sérieusement l'importance ou la valeur du patrimoine, et faciliter le contrôle que la banque avait exercé sur l'opération de transfert du patrimoine, la cour d'appel a méconnu le contenu clair et précis du prêt participatif, violant l'article 1134 du code civil* ». Les juges ont donc reconnu, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, une liberté contractuelle sur la manière de gérer l'emploi des fonds. C'est un élément contribuant à définir le régime juridique français des crédits participatifs.

Le prêteur participatif n'est pas en réalité un vrai associé : « *le créancier d'un prêt participatif n'a en rien la qualité d'associé ou d'actionnaire de l'entreprise, quelque soit sa participation aux résultats* »²⁴⁴⁰. Il est en fait un créancier, qui peut être un créancier d'avant dernier rang qui se trouve entre les créanciers privilégiés et les créanciers chirographaires ou un « *créancier sous ou hypochirographaire et sa créance constitue une dette de l'entreprise bénéficiaire* »²⁴⁴¹. À ce stade, on peut affirmer que le régime du prêt participatif ne coïncide donc pas forcément avec celui attendu pour les crédits participatifs, notamment s'il s'agit des crédits purement *moushraka* et *moudaraba*.

²⁴³⁷ Conseil d'État, Section du Contentieux, 30 novembre 2001, Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ M. ou Mme Kechichian et autres, n° 219562, RFD adm. 2002, p. 742, concl. Seban : « *Considérant que si la Commission bancaire a accepté que la recapitalisation qu'elle demandait fût assurée à hauteur de 25 millions de francs par un prêt participatif souscrit par les sociétés du groupe Kairouz alors que ces sociétés, actionnaires de la banque, étaient elles-mêmes endettées auprès de celle-ci, il ne résulte pas de l'instruction que ce prêt participatif aurait été financé ou re-financé par la Saudi Lebanese Bank ; que, dès lors, M. et Mme Kechichian et autres ne sont pas fondés à soutenir que la Commission bancaire aurait commis une faute lourde en prenant en compte ce prêt participatif au titre de l'augmentation des fonds propres qu'elle avait exigée des dirigeants de la banque* ». Cette forme de prêt peut fausser le filtrage financier islamique au stade de la détermination du ratio d'endettement de l'entreprise.

²⁴³⁸ C. Gavaldà et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 816.

²⁴³⁹ Cass. com, 10 mars 1992, Pourvoi n° 90-15.079, Lamyline.fr, visité le 30 septembre 2010.

²⁴⁴⁰ C.-J. Serhal, *Les prêts participatifs à l'heure de la finance islamique*, art. préc.

²⁴⁴¹ Idem.

Ces opérations instituent une véritable relation d'associé parce que le banquier prend le risque de ne pas être remboursé.

Le régime du prêt participatif peut par contre s'étendre au crédit *moucharaka moutanaquissa/ijara* qui est structuré de façon à ce que le banquier soit remboursé en percevant une rémunération fixe (loyer), sous réserve que les intérêts soient remplacés par une marge bénéficiaire.

881. – Nature des fonds. Bien que les fonds avancés par le prêteur participatif sont considérés comme des fonds propres²⁴⁴², M. Bonneau clarifie le sens de cette assimilation qui « *ne doit pas induire en erreur : les prêts participatifs ne participent pas au capital social* »²⁴⁴³. La Cour de cassation reconnaît que « *les modalités du prêt, notamment l'apport en capital ne constituent que le moyen d'injecter des forces nouvelles à l'entreprise, ce qui est le propre du prêt participatif* »²⁴⁴⁴. Bien que paradoxale, la doctrine en explique le besoin de cette assimilation : « *la finalité première de la loi de 1978 (régissant ce type de prêt, n° 78-741 du 13 juillet 1978) était de faciliter le renforcement de « fonds propres des entreprises », sans modification de leur capital social* »²⁴⁴⁵. En pratique, « *ces prêts ne sont fournis qu'à des entreprises industrielles ou commerciales ; souvent pour leur restructuration, ou redressement* »²⁴⁴⁶.

La Cour de cassation a même tiré les conséquences de la nature spécifique de ces fonds. Ils doivent figurer sur une ligne spécifique du banquier, et ne devrait pas être qualifiée d'augmentation de capital : « *un crédit à moyen ou long terme ne peut être qualifié de prêt participatif qu'à la condition d'être inscrit sur une ligne particulière du bilan de l'organisme qui le consent et de l'entreprise qui le reçoit, et d'être remboursable après désintéressement complet des autres créanciers privilégiés ou chirographaires moyennant une participation du prêteur aux résultats de l'entreprise ou une rémunération à tout le moins supérieure à celle pratiquée pour un crédit banal ; qu'en déduisant le caractère de prêt participatif du crédit du 29 mai 1995 de la circonstance inopérante qu'il était destiné au financement du renforcement des capitaux permanents de l'entreprise et qu'il avait*

²⁴⁴² Article L. 313-14, alinéa 2, du Code monétaire et financier, Cass. com, 9 mai 2001, Pourvoi n° 98-15.722, Lamyline.fr, visité le 30 septembre 2010 : « *il n'est pas fait état d'une participation du prêteur aux bénéfices de l'emprunteur et rien n'établit que les fonds résultant du prêt ont été considérés comme des fonds propres de l'entreprise, (...) qu'il convient donc de constater que le prêt consenti à la société Intercar n'est pas un prêt participatif au sens de la loi n° 78-741 du 13 juillet 1978 et qu'en conséquence toutes contestations résultant du caractère participatif du prêt sont inopérantes* ».

²⁴⁴³ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 529.

²⁴⁴⁴ Cass. com., 7 mars 1995, Pourvoi n° 92-13.527, Lamyline.fr, visité le 24 août 2010.

²⁴⁴⁵ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 816.

²⁴⁴⁶ Ibidem, n° 817.

bénéficié de la garantie de la SOFARIS adossée sur le fonds national de garantie des capitaux permanents, sans rechercher si ce crédit avait fait l'objet d'une inscription particulière aux bilans des deux parties et s'il ne bénéficiait pas d'une rémunération analogue à celle d'un crédit banal à long terme compte tenu de la possibilité pour la Banque Française de Crédit Coopératif, grâce au nantissement fourni par la société emprunteuse, de primer les autres créanciers, ce qui était de nature à lui retirer tout caractère participatif »²⁴⁴⁷. On voit ici que le prêt participatif entretient une ambivalence, voire une ambiguïté juridique. De plus, au niveau comptable, la doctrine semble entretenir cette situation juridique : *« l'opinion dominante en doctrine est que les dirigeants de sociétés devraient considérer les prêts participatifs comme une dette ordinaire pour établir l'actif net, et non comme des fonds propres. La jurisprudence, elle aussi, a eu l'occasion de rappeler que le prêt participatif était une dette et faisait donc partie du passif non exigible. Il convient de verser au débat une réponse ministérielle selon laquelle, sur le plan juridique, les prêts participatifs ont, pour l'entreprise, le caractère de dettes et constituent un élément du passif externe. En revanche, au regard de l'appréciation de sa situation financière, ils sont assimilés à des fonds propres »*²⁴⁴⁸. Il existe ainsi un paradoxe entre le fait de considérer ces prêts comme des dettes pour l'entreprise, et le fait que les fonds apportés soient assimilés à des fonds propres.

Le crédit participatif ne peut pas se contenter de ce paradoxe parce qu'il doit avoir une véritable nature participative sur les deux plans (comptable et juridique).

882. – Clause d'intérêt « majorée » par une clause de participation. La stipulation d'un intérêt est-elle obligatoire dans le contrat de prêt participatif ? Si c'est le cas, ce taux d'intérêt peut-il être égal à zéro ? M. Serhal a affirmé que *« la Charia tout comme l'alinéa I de l'article L. 313-17 du Code monétaire et financier, reconnaît aux parties leur liberté contractuelle d'envisager plusieurs modes de rémunérations de la clause participative. Plusieurs hypothèses sont ainsi envisageables, telles que la participation au bénéfice, l'intéressement au chiffre d'affaire, la plus-value de cession du bien financé ou une clause faisant référence à l'excédent brut d'exploitation. Dans la mesure où le créancier ne participe pas à la gestion de la société, la rémunération de la mousharaka sera plafonnée au pourcentage de participation du prêteur participatif dans les capitaux propres investis »*²⁴⁴⁹. Comme les sommes ainsi prêtées sont assimilées à des fonds propres par le Code, le

²⁴⁴⁷ Cass. com., 8 juillet 2003, Pourvoi n° 02-11.659, Lamyline.fr, visité le 30 septembre 2010.

²⁴⁴⁸ Lamy Droit du financement, 2006, n° 533.

²⁴⁴⁹ C.-J. Serhal, *Les prêts participatifs à l'heure de la finance islamique*, art. préc. 2007.

prêteur scrutera les résultats de son emprunteur. Son profit sera calculé à partir du bénéfice net sous la forme d'un prélèvement prioritaire 1) pour les personnes physiques, en tenant compte du bénéfice comptable ; et 2) pour les sociétés, du bénéfice distribuable avant toute autre affectation²⁴⁵⁰.

L'article L. 313-17 du Code monétaire financier dispose que « *l'intérêt fixe du prêt participatif peut être « majoré » dans les conditions qui sont déterminées dans le contrat, notamment par le jeu d'une clause de participation* ». Le texte offre la possibilité de stipuler une clause de participation, mais suggère la stipulation systématique d'une clause d'intérêt.

Selon M. Serhal, « *cet article est suffisamment large pour permettre que la rémunération du prêt participatif ne soit pas adossée à un taux d'intérêt, mais une autre forme d'indexation qui dépend uniquement de la performance de l'emprunteur. Aucune disposition du Code n'interdit que le taux d'intérêt soit égal à zéro et que, par conséquent, la rémunération du prêt participatif puisse dépendre exclusivement de la clause de participation* »²⁴⁵¹. Ainsi, en vertu de l'article L. 313-17 du Code monétaire et financier, la clause de participation peut être indexée « *au bénéfice net de l'emprunteur, ou au bénéfice réalisé par l'emprunteur lors de l'utilisation des biens dont l'acquisition a été financée totalement ou partiellement par ce prêt ou à la plus-value réalisée lors de leur cession ou sous forme de rétrocession de la marge réalisée* ». Elle peut aussi dépendre du « *bénéfice brut d'exploitation, avant ou après provision, ou encore sur le chiffre d'affaire* » selon M. C.-J. Serhal²⁴⁵².

Mais, cette interprétation de l'article L. 313-17 par l'auteur est assez séduisante du fait que le taux de rémunération peut être librement fixé par les parties. D'ailleurs, les dispositions relatives à l'usure ne sont pas applicables au prêt participatif²⁴⁵³. Toutefois, le texte indique qu'il existe un intérêt fixe qui peut être majoré par une clause participation. Il ne conduit pas à une interprétation qui permettrait d'écarter la stipulation de l'intérêt²⁴⁵⁴. Ne faudrait-il pas alors qu'une réponse

²⁴⁵⁰ Article L. 313-17 Alinéa 2 du Code monétaire et financier.

²⁴⁵¹ J. C. Serhal, *La structuration des produits Charî'a compliant*, in *La Finance Islamique à la française, Un moteur pour l'économie, Une alternative éthique*, op. cit., p. 216.

²⁴⁵² C.-J. Serhal, *Les prêts participatifs à l'heure de la finance islamique*, art. préc. 2007.

²⁴⁵³ Lamy Droit du financement, 2000, n° 3328 : « *Ces prêts donnent lieu à une rémunération à taux fixe, non soumise aux dispositions de l'article L. 313-3 du Code de la consommation relatif à l'usure, sauf pour ce qui concerne les découverts en compte, puisque, les règles relatives au calcul du taux usuraire ne sont pas applicables aux prêts accordés aux personnes physiques agissant pour leurs besoins professionnels et aux personnes morales se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale, sauf pour les découverts en compte* ».

²⁴⁵⁴ D'ailleurs, il est intéressant de noter que la doctrine parle de prêt « dit » participatif : C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit., n° 815. On notera en outre que ce genre de crédit tente de « répliquer » les techniques anglo-saxonnes des « subordinated loans », c'est-à-dire les prêts subordonnés (Ibidem, n° 816).

ministérielle explique si l'absence de taux d'intérêt permet de ne plus considérer le prêt participatif comme une dette, mais comme une mise à disposition participative de fonds ? Ce retour à la véritable participation ne devrait-il pas alors être justifié par la qualification de fonds propres des sommes avancées par le prêteur participatif ?

883. – Validité de la substitution du taux d'intérêt par le taux de profit ? S'il ne peut y avoir d'extension du régime juridique du prêt participatif, les parties ne pourront que structurer, de manière précaire, un crédit adossé à la *moucharaka* dégressive et à l'*ijara*. Il s'agit ainsi de stipuler une marge bénéficiaire à la place du taux d'intérêt dont le taux peut être équivalent à celui des intérêts pour les opérations présentant les mêmes caractéristiques. Ainsi, l'exigence d'« intérêt fixe » de l'article L. 313-17 peut être remplie dans ce cas précis. Toutefois, il ne peut y avoir de taux de profit fixe dans les crédits *moucharaka* constante et *moudaraba*.

Au regard des frottements juridiques énoncés plus haut, est-il néanmoins possible de retenir des règles régissant le prêt participatif et la société en participation pour en définir un nouveau dédié exclusivement au crédit participatif ?

3) Le régime juridique français *ad hoc* des opérations de crédit participatif

884. – Nature du contrat de crédit participatif ? Citant une jurisprudence qui distingue le prêt participatif de la société en participation, MM. Malaurie, Aynès et Gautier indique qu'« *en l'espèce, un immeuble avait été acheté par une personne qui, ensuite, l'a apporté à une société en participation, où l'autre associé apportait « la somme nécessaire à la réussite de l'objet de cette association ».* Jugé qu'il y avait société en participation, et non prêt participatif, en raison de l'*affectio societatis*, de la recherche du partage des bénéfices, de l'acceptation des risques et de la participation des deux parties à la gestion »²⁴⁵⁵. On est ici confronté une problématique de qualification du crédit participatif. Si ce dernier présente les éléments cités dans la décision, et ce devrait être le cas, il est alors une société en participation, qui se fonde sur un contrat de société, et

²⁴⁵⁵ P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., 3^{ème} édition, 2007, n° 926 et voir les références note n° 6 pour la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris du 21 février 1986.

non sur des statuts. Si le régime du prêt participatif lui est étendu, s'appliquera alors l'article L. 313-13 alinéa 2 qui dispose que « *l'attribution d'un prêt participatif à une entreprise n'emporte pas, par elle-même, constitution d'une société entre les parties au contrat* ». Cette disposition démontre que le droit français a pris le soin d'éviter le conflit de règles entre, d'une part, celles qui intéressent le contrat de société, et d'autre part, celles concernant le prêt. Il devrait donc être de même pour le crédit participatif adossé à l'un ou l'autre contrat de droit musulman dès lors la qualification de mise à disposition de fonds est retenue, même si cette mise à disposition est participative. Dans ce cas, la clause d'intérêt²⁴⁵⁶ ne devrait pas figurer dans le contrat notamment pour obtenir le visa du Comité de Conformité Islamique d'un établissement de crédit.

En réalité, il faut nécessairement une convention de crédit comprenant un volet participatif.

885. – « Capital social du crédit participatif » ? Le crédit participatif doit-il disposer d'un capital social constitué grâce aux apports réalisés par le banquier et le client ? Si c'est le cas, les cocontractants auront droit à des parts sociales en contrepartie des apports. Si ce n'est pas le cas, il est nécessaire de connaître la répartition des apports. Celle-là se matérialisera par l'émission de parts sociales. Ici, ce sont des textes relatifs à la société en participation qui s'appliqueront parce qu'aucun autre texte relatif au crédit ne le fait, pas même les textes relatifs au prêt participatif.

Parmi les raisons qui nous poussent à considérer que le crédit ait une nature participative, il faut en retenir deux principales : d'une part, les parts sociales doivent matérialiser les engagements des parties, et d'autre part, il faut laisser suffisamment de liberté pour que le banquier et le client puissent céder leur participation après avoir évalué la valeur des parts sociales.

Ainsi, il faut veiller à ce que deux dispositions puissent s'appliquer : d'une part, l'article 1843-2 du même Code qui précise que « *les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société ou au cours de l'existence de celle-ci* »; et d'autre part, l'article 1845-1 du Code civil qui dispose que « *le capital est divisé en parts égales* ».

886. – Apport en industrie. Quand bien même l'article 1844-1 prévoit que la part de l'apporteur en industrie est égale à celle de l'apporteur qui a le moins apporté, il dispose des droits politiques (droit

²⁴⁵⁶ Article L. 313-17 du Code monétaire et financier : « *Sans préjudice des articles L. 313-1 à L. 313-6 du code de la consommation, l'intérêt fixe du prêt participatif peut être majoré dans les conditions qui sont déterminées par le contrat, notamment par le jeu d'une clause de participation au bénéfice net de l'emprunteur ou au bénéfice réalisé par* »

de vote) et financiers (droits aux bénéfices). Ici, les bénéfices seront traités fiscalement comme le revenu du travail et non du capital, contrairement à un associé passif qui n'aurait effectué qu'un placement financier.

Dans le cas d'un crédit *moudaraba*, pour évaluer l'apport en industrie du *moudarib*, le Code civil propose une règle selon laquelle il « *ne concourt pas à la formation du capital social, ils donnent lieu à l'attribution de parts sociales ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes* »²⁴⁵⁷. Si ce texte exclut du capital social cet apport, le principe de la participation subira une dérogation qui peut ne pas être conforme au droit musulman. En outre, cette règle ne limite pas non plus le recours à la structure de financement de type *moucharaka*.

887. – Apport en nature. L'article 1843-3²⁴⁵⁸ dispose également que les apports en nature sont réalisés par le transfert des droits correspondants et par la disposition effective des biens. En droit musulman, les hanbalites et les hanafites s'opposent aux apports en nature en raison de la possibilité de retrait des biens contrairement aux apports en numéraire. Les chaféites distinguent les biens autres que la monnaie fiduciaire pouvant faire partie ou non du capital social. Ils estiment que les biens qui ne peuvent être remplacés au regard de leur qualité et quantité (*dhawat-al-umthal*) sont les seuls à faire l'objet d'un apport et non les biens qui peuvent être compensés par le versement d'une somme d'argent (*dhawat-al-kimah*). Ces positions ne nous convainquent pas. S'il est possible

l'emprunteur lors de l'utilisation des biens dont l'acquisition a été financée totalement ou partiellement par ce prêt ou à la plus-value réalisée lors de leur cession ou sous forme de rétrocession de la marge réalisée ».

²⁴⁵⁷ Article 1843-2 du Code civil.

²⁴⁵⁸ « *Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie.*

« *Les apports en nature sont réalisés par le transfert des droits correspondants et par la mise à la disposition effective des biens.*

« *Lorsque l'apport est en propriété, l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur.*

« *Lorsqu'il est en jouissance, l'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur. Toutefois, lorsque l'apport en jouissance porte sur des choses de genre ou sur tous autres biens normalement appelés à être renouvelés pendant la durée de la société, le contrat transfère à celle-ci la propriété des biens apportés, à charge d'en rendre une pareille quantité, qualité et valeur ; dans ce cas, l'apporteur est garant dans les conditions prévues à l'alinéa précédent.*

« *L'associé qui devait apporter une somme dans la société et qui ne l'a point fait devient de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée et ce sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu. En outre, lorsqu'il n'a pas été procédé dans un délai légal aux appels de fonds pour réaliser la libération intégrale du capital, tout intéressé peut demander au président du tribunal statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte aux administrateurs, gérants et dirigeants de procéder à ces appels de fonds, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette formalité.*

« *L'associé qui s'est obligé à apporter son industrie à la société lui doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport* ».

d'évaluer des biens dans les financements adossés à des contrats de vente, pourquoi ne serait-il pas possible de déterminer les apports en nature dans une *moucharaka* ?²⁴⁵⁹

888. – Valorisation des parts sociales. Quant à la valorisation des parts sociales, en droit musulman, la valorisation peut se faire soit en se référant au prix du marché, soit en fixant le prix par un commun accord uniquement au moment de la conclusion du contrat de cession. Ces cas ne sont pas étrangers au droit français. Néanmoins, l'article 1843-4 du Code civil dispose que « *dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme de référé et sans recours possible* ». La banque islamique et son client peuvent-ils invoquer ce texte pour fixer la valeur des parts sociales en cas de litige ? Ce devrait être le cas. Mais, matériellement, une banque en France n'a pas encore acquis la qualité d'associé de son client *lambda* lorsqu'elle met des fonds à sa disposition. Il est peut être le temps de l'accepter.

Pour prévenir tout litige, la désignation d'un expert est prévue par l'article 1843-4 du Code civil. L'application de cette disposition permettrait d'évaluer la valeur réelle des biens apportés ainsi que celle des parts sociales. On peut se référer à la jurisprudence de la Cour de cassation qui expose son champ d'application : « *seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts* »²⁴⁶⁰. Cela renforcerait la protection des clients par la désignation d'un expert seul à pouvoir, ou à devoir valoriser les parts sociales en cas de litige.

En matière de financement participatif d'un bien, il convient qu'il tienne compte de la valeur du bien sous-jacent (actif net réévalué) mais surtout de la valeur nette comptable comprenant les plus-values latentes. Par contre, deux conséquences en découleraient : d'une part, la prise en compte matérielle de la nature associative d'une partie des crédits islamiques ; et d'autre part, la prise en compte conceptuelle de la nature de « statuts » du contrat de crédits participatifs.

²⁴⁵⁹ Voir supra, n° 784 – 790.

²⁴⁶⁰ Cass. com, 5 mai décembre 2009, D. 2009, n° 32, p. 2170 – 2171, Reinhard Dammann et Sophie Périnot, *L'interprétation controversée de l'article 1843-4 du Code civil* ; et p. 2195, note Bruno Dondero, *La Cour de cassation et le double mystère de l'article 1843-4 du Code civil*.

889. – Distribution des bénéfices et clause léonine. L'article 1844-1 du Code civil prévoit que « *la part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire* ». Le même principe s'applique pour les contrats de société islamique, bien qu'aucune indication n'existe sur la « valeur » de l'apport en industrie en droit musulman.

Le même article prend soin de sanctionner les clauses léonines²⁴⁶¹ : « *toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites* ». Une telle clause est aussi sanctionnée par le droit musulman au titre de la prohibition du *ribâ*. Le principe de la non perception d'une somme préalablement fixé par les associés au titre des bénéfices est admis en droit musulman et en droit français.

D'ailleurs, sont prohibés aussi le superdividende et le dividende statutaire qui correspondent à un intérêt calculé sur le montant libéré et non amorti qui sera dû dès que la société réalise des bénéfices²⁴⁶². À cet égard, l'article L. 232-15 du Code de commerce interdit de stipuler un intérêt fixe ou intercalaire au profit d'un associé qui serait dû en toutes circonstances, quelque soit le résultat de l'exercice, car il existe le « *risque de transformer l'associé exposé à l'aléa social en simple prêteur* »²⁴⁶³. Si une convention de crédit participatif garantit à l'une des parties la récupération de son concours indépendamment des résultats de l'opération, la clause ne peut être qualifiée de clause léonine parce qu'il n'y a pas de contrat de société.

Toutefois, la banque peut requérir de son partenaire la constitution de sûreté²⁴⁶⁴. Elle a alors le droit de réclamer le remboursement de son « apport » dans les cas de violation par le client de ses engagements de partenaire (fautes dans la gestion de l'affaire, abus de confiance et d'autres actes similaires), mais également en cas de négligences. Par contre, un *moucharik* a l'obligation de supporter les pertes sans que cela ne soit prévu dans le contrat²⁴⁶⁵.

²⁴⁶¹ Voir M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 133.

²⁴⁶² *Ibidem*, n° 147.

²⁴⁶³ Jean-Marc Moulin, *Droit de l'ingénierie financière*, op. cit., p. 23.

²⁴⁶⁴ C'est envisageable selon l'article 1844-3 du Code civil qui dispose qu'« *il peut être consenti hypothèque ou toute autre sûreté réelle sur les biens de la société en vertu de pouvoirs résultant de délibérations ou délégations établies sous signatures privées alors même que la constitution de l'hypothèque ou de la sûreté doit l'être par acte authentique* ».

²⁴⁶⁵ Article 3/1/5/4, *Sharia Standard de l'AAOIFI*, n° 12, *Sharika (Musharaka) and Modern Corporations*.

890. – Cession des parts sociales. En droit français, « *les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec l'agrément de tous les associés* »²⁴⁶⁶. Il nous semble que le contrat de crédit participatif doit prévoir ce cas. Avant d'effectuer la cession, l'article 1863 du Code civil dispose que « *la cession des parts sociales doit être constatée par écrit* ». Ces règles trouveront à s'appliquer principalement dans le crédit combinant la *moucharaka* dégressive et l'*ijara*.

§3) Le régime juridique des crédits participatifs immobiliers : les crédits *moucharaka* dégressive-*ijara*

891. – Nature juridique hybride de l'opération. La première banque qui a proposé un crédit islamique immobilier en Europe fut Al Baraka en 1988, à Londres, en adossant l'opération au contrat d'*ijara*. Puis United Bank of Koweit essaya de répondre à la demande en 1997 en Europe en structurant le crédit via la *mourabaha* et l'*ijara*²⁴⁶⁷. Puisqu'une nouvelle ère est en train de dessiner en matière de crédit immobilier, nous devons rester attentifs à cette évolution en France²⁴⁶⁸ car le crédit *moucharaka* dégressive-*ijara* est effectivement proposé depuis quelques années au Royaume-Uni²⁴⁶⁹. L'Islamic Bank of Britain – en retenant les suggestions des juristes musulmans et des instances de régulation islamique²⁴⁷⁰ – propose ainsi ce produit²⁴⁷¹, notamment à la suite des banques malaisiennes²⁴⁷².

Ce montage combine simultanément le statut d'associés, mais aussi celui de bailleur (banque) et de locataire (client), ainsi que celui de créancier (banque) et de débiteur (client), sans oublier le fait que la banque cède des parts au client. Il intègre également les règles régissant la *wakala* (mandat), voire de la *kafala* (sûreté).

²⁴⁶⁶ Article 1861 du Code civil.

²⁴⁶⁷ Rodney Wilson, *Islamic finance in Europe*, art. préc., p. 10.

²⁴⁶⁸ A. Fulconis-Tielens, *La finance islamique a-t-elle un avenir prometteur en France ?* in *La finance islamique en Europe*, Dossier préc. p. 28 : Société Générale Corporate & Investment Banking, HSBC, Citigroup et Eurohypo AG qui aident des fonds islamiques originaires du Moyen-Orient à acquérir des biens immobiliers ; voir aussi *Finance islamique et immobilier en France, Comprendre pour agir*, Livre blanc préc.

²⁴⁶⁹ Voir supra, n° 800 à 817.

²⁴⁷⁰ Voir Islamic Financial Services Board & Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank Group, *Islamic Finance and Global Financial Stability*, Rapport préc.

²⁴⁷¹ <http://www.islamic-bank.com/personal-banking/home-purchase-plan/>.

En droit français, il n'existe pas de texte explicite qui encadre ce type de crédit. Ce sont des dispositions éparées qui permettent d'en dessiner le cadre juridique. On peut songer à l'adossement des crédits immobilier participatif à la société d'attribution.

892. – Une société d'attribution ? La société d'attribution régie par l'article L. 212-1 à 212-17 du Code de la construction et de l'habitation. Selon l'article L. 212-1 du Code de la construction et de l'habitation, l'objet de cette société est « *la construction ou l'acquisition d'immeubles en vue de leur division par fraction destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance* ». L'article précise qu'elles « *peuvent être valablement constituées sous les différentes formes prévues par la loi, même si elles n'ont pas pour but de partager un bénéfice* ». Parmi, les possibilités offertes par le même Code, « *la société d'attribution peut acquérir un immeuble entier en vue de son attribution par fractions aux associés sans qu'il soit nécessaires qu'elle réalise des travaux* »²⁴⁷³ alors que « *l'attribution en jouissance peut correspondre à l'objet de la société ou constituer la première étape du processus qui aboutira en propriété* »²⁴⁷⁴. Il en découle que le crédit islamique peut être qualifié de société en attribution. D'ailleurs, ces deux types de techniques n'exigent pas la participation aux bénéfices.

L'article L. 212-4 dispose que « *les droits des associés dans le capital social doivent être proportionnels à la valeur des biens auxquels ils ont vocation par rapport à la valeur de l'ensemble telles que lesdites valeurs résultent de la consistance, de la superficie, de la situation et des possibilités d'utilisation des biens appréciées au jour de l'affectation à des groupes des droits sociaux déterminés* ». Les droits conférés par cette société s'appuie réellement sur l'existence d'un bien dont les caractéristiques fixent la valeur des parts des associés.

En revanche, « *les sociétés d'attribution sont dotées de la transparence fiscale en vertu de laquelle ces sociétés « sont réputées ne pas avoir de personnalité distincte de celle de leurs membres* »²⁴⁷⁵. Cette absence de personnalité n'est pas en soi un obstacle à un montage islamique qui s'appuie sur cette société. Toutefois, si un banquier met des fonds à la disposition de son client sur le modèle de la *moucharaka* dégressive-*ijara*, il conviendra de retenir les textes régissant le crédit-bail.

²⁴⁷² R. Haneef, S. Kunhibava and E. Smolo, *Moucharaka Moutanaquissa and legal issues : case study of Malaysia*, art. préc., p. 95.

²⁴⁷³ Lamy droit immobilier, Tome 1, 2009, n° 2513 et n° 2523 où l'auteur précise que « *le plus fréquemment, la période d'attribution en jouissance n'est que provisoire et chaque associé a vocation à une attribution en propriété* »

²⁴⁷⁴ Ibidem, n° 2519 et n° 2523 : l'auteur précise « *le plus fréquemment, la période d'attribution en jouissance n'est que provisoire et chaque associé a vocation à une attribution en propriété* »

892. – Un crédit-bail immobilier participatif ? Nous avons vu plus que le crédit-bail immobilier peut reposer sur plusieurs sortes de financements locatifs²⁴⁷⁶ parce qu'il s'agit des « opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent au locataire de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire ». Parmi les modalités d'exécuter ce type de crédit, la loi autorise que le crédit-preneur deviennent le propriétaire des constructions édifiées sur le terrain lui appartenant. Dans un crédit participatif, le terrain peut être apporté par le client. S'il ne l'a pas apporté le terrain, il peut l'acquérir directement ou indirectement les droits de propriété du terrain. Hormis ces deux cas, la loi reste en fait silencieuse sur la participation du banquier et du client. Cette participation doit produire un effet principal dans le crédit islamique : l'acquisition des parts sociales au fur et à mesure des paiements de loyer. Ne convient-il pas alors de réaliser un montage de crédit-bail de parts sociales²⁴⁷⁷ au lieu d'un crédit-bail immobilier ? Il vaut mieux opter pour le second type de crédit-bail parce que le client loue un bien immobilier et non de parts sociales. D'ailleurs, ces dernières sont cédées à chaque échéance.

En ce qui concerne la location, elle se matérialise par une jouissance portant sur une partie du bien, l'autre étant déjà acquis. Mais, le terme de loyer peut induire en erreur les clients qui penseraient ne pas devenir les propriétaires du bien puisque ce type de montage ne peut pas offrir plusieurs choix lors de son dénouement, contrairement au contrat de location assortie d'une option d'achat et contrairement au contrat de crédit-bail : le client s'est engagé à acquérir le bien, via des cessions de parts sociales.

²⁴⁷⁵ Ibidem, n° 2524. Il est prévu également des avantages fiscaux selon l'article 1655 ter du Code général des sociétés.

²⁴⁷⁶ Voir supra, n° 725 – 750. Voir aussi une proposition de montage de société civile immobilière à l'accession progressive à la propriété : G. Lembo, *La SCIAPP : nouvel instrument juridique français, 100% charia compatible*, Droit et patrimoine, n° 188, janvier 2010, p. 38 – 40 ; *Finance islamique et Immobilier en France, Comprendre pour agir*, Livre blanc préc., p. 98 – 99.

²⁴⁷⁷ Article L. 313-7, 3°, du Code monétaire et financier.

893. – Cession des parts et transfert de propriété. Après la constitution de la société, la phase d'exécution de l'opération nécessite l'agencement des règles de participation et de louage. La formule participative se concentre sur la mise en commun des fonds pour acquérir le bien, ayant des conséquences surtout en cas de défaillance du client. Mais l'opération a une nature participative dégressive qui résulte des cessions de parts du banquier au client, ce qui implique un transfert progressif, mais définitif, de la propriété du bien en raison de l'achat des parts du banquier par le client. À échéance, le contrat de vente s'adjoint à l'ensemble lorsque la propriété du bien est transférée au client.

Dans le silence du Code monétaire et financier, la cession des parts peut être régie par l'article 1869 du Code civil : « *sans préjudice des droits des tiers, un associé peut se retirer totalement ou partiellement de la société, dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, après autorisation donnée par une décision unanime des autres associés. Ce retrait peut également être autorisé pour justes motifs par une décision de justice* »²⁴⁷⁸. Ce texte permet ainsi aux associés de stipuler des clauses de sortie. Son interprétation *a fortiori* nous pousse à l'appliquer au retrait progressif de la banque. Dès lors, la vocation au remboursement des fonds du crédit participatif peut s'appuyer sur ce texte.

À échéance, les parties au contrat de crédit devraient disposer de la faculté d'attribuer un bien à un des cocontractants. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 12 février 2008, jugé qu'une décision de distribution de dividende sous forme de remise d'un ensemble immobilier est un acte juridique unilatéral et non un contrat. L'arrêt concernait un litige entre une société et l'administration fiscale, où cette dernière estimait que cette remise est un acte translatif de propriété à titre onéreux. Cet acte, n'ayant qu'un effet abdicatif et déclaratif, selon M. Didier R. Martin, vaut comme une renonciation de la société à exercer ses prérogatives sur une partie de ses profits et comme une perception individuelle des fruits de l'entreprise. Il n'aurait donc pas un effet translatif ni à titre onéreux, ni à titre gratuit, ce qui signifie que cet acte est neutre²⁴⁷⁹. De la sorte, un acte d'allotissement est une modalité d'exécution de la décision de distribution des dividendes. En effet, l'auteur indique que « *cette analyse s'ajuste exactement avec l'opinion qui tient les titres de capital social pour des titres de subpropriété, et les associés [sont titulaires] d'un droit réel sur*

²⁴⁷⁸ Le texte se poursuit de la manière suivante : « *à moins qu'il ne soit fait application de l'article 1844-9 (3^{ème} alinéa), l'associé qui se retire a droit au remboursement de la valeur de ses droits sociaux, fixée, à défaut d'accord amiable, conformément à l'article 1843-4* ».

²⁴⁷⁹ D. R. Martin, p. 1113, note sur Cass. Com., 12 février 2008, D. 2008, n° 16.

l'actif de la personne morale ». Et d'ajouter que « *le dividende échoit [aux associés] alors, à titre déclaratif, en lots de partage d'un croît auquel leur qualité leur donne une vocation originelle* »²⁴⁸⁰.

Il en résulte que le régime du crédit-bail immobilier devrait être aménagé pour tenir compte de la principale caractéristique du crédit participatif immobilier. Il existe un autre montage qui peut lui convenir.

894. – Combinaison du crédit-bail et de la société civile immobilière (SCI). En droit français, un montage combinant le crédit-bail et la société civile immobilière est envisagé par la doctrine. Le crédit-bailleur et le crédit-preneur peuvent donc constituer une société civile immobilière qui « *achète le bien immobilier en vue d'acheter le bien immobilier ou le terrain nu : dans cette hypothèse, le bail est consenti par la société civile immobilière qui a l'obligation de faire construire l'immeuble alors même que c'est la société de crédit-bail qui accorde au crédit-bailleur une option d'achat sur les parts qu'elle détient dans cette société. Á l'issue de la location, le crédit-preneur peut lever l'option, demander le prolongement du bail ou restituer l'immeuble à la société civile* »²⁴⁸¹. Il existe en fait dans ce montage deux opérations différentes : une qui consiste à mettre en place une SCI, et une autre de crédit-bail conclut entre la SCI et le client.

Le crédit *moucharaka moutanaquissa* combiné à l'*ijara* peut se reproduire ce montage, à ceci près que les modalités de rémunération seront scrutées au regard de la prohibition de l'intérêt. Il faut également porter une attention à deux points dans la société civile immobilière. D'une part, le client doit effectuer un apport pour constituer la société qui achètera le bien. Cet apport lui confère un droit sur le patrimoine social. D'autre part, le versement des loyers qui doit opérer un transfert des parts du banquier au client. Les loyers ne doivent pas non plus être entachés de *ribâ*.

Un autre point spécifique retient notre attention dans l'exemple présenté par M. Bonneau. Il s'agit de l'option d'achat sur les parts dans la SCI. Puisqu'elle est accordée par la société de crédit-bail au crédit-preneur, la cession ne devrait pas être laissée à la discrétion du client dans un crédit immobilier participatif parce qu'elle doit être progressive et définitive.

Dans le crédit-bail participatif, l'opération consiste à appliquer simultanément la clause de la participation et celle de la marge bénéficiaire. Elle permet à un client de financer un bien immobilier selon un échéancier déterminé en fonction de sa capacité financière. Si la banque met à sa

²⁴⁸⁰ Idem.

²⁴⁸¹ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 553.

disposition 90% des fonds, il se doit d'apporter que 10% des fonds pour constituer une sorte de société de crédit-bail à capital variable.

S'il s'agit d'une construction, une « dose » d'*isitisna* s'avèrera nécessaire²⁴⁸², où le client peut anticiper le paiement des loyers avant l'achèvement de l'immeuble.

895. – Location assortie d'une promesse de vente et d'une clause de participation. Pour les consommateurs, les dispositions applicables peuvent être les articles L. 312-24 et suivants du Code de la consommation. Le champ d'application de ce type de crédit immobilier locatif est large parce qu'il concerne différentes sortes de montage. La loi porte peu d'importance sur la nature de l'opération en vertu de l'article L. 312-24 qui indique bien « *quelque soit leur qualification ou leur technique* ». Dès lors que les immeubles sont à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, un crédit immobilier participatif peut alors se fonder sur ce texte. Sont exclus du champ d'application, selon l'article L. 312-3, les fonds destinés à financer les activités professionnelles même si elles procurent un immeuble ou une fraction, bâtis ou non, achevés ou non, collectif ou non, en propriété ou en jouissance. Il en est de même des crédits différés ou du crédit d'anticipation²⁴⁸³. Pourtant, il existe une liberté de soumettre volontairement les prêts au régime juridique défini par le Code de la consommation. Selon la Cour de cassation, « *si les prêts destinés notamment à financer les besoins d'une activité professionnelle sont exclus du champ d'application des dispositions relatives aux crédits immobiliers, rien n'interdit aux parties de soumettre volontairement les opérations qu'elles concluent à ces dispositions qui leur sont alors impérativement applicables* »²⁴⁸⁴. Dans ce cas, une application partielle du régime juridique ne peut être faite²⁴⁸⁵, et le banquier doit fournir un tableau d'amortissement²⁴⁸⁶.

En vertu de l'article L. 312-25, il est également possible d'obtenir un crédit pour les souscriptions de parts sociales ou d'actions des sociétés qui ont vocation à attribuer le bien immobilier en propriété

²⁴⁸² Voir supra, n° 577 – 585, et n° 603 – 604 (pour le régime juridique français).

²⁴⁸³ Sont concernés la société civile immobilière qui a pour objet la mise en location d'un ou plusieurs appartements (Cass. 1^{ère} civ., 10 février 1993, Bull. civ., I, n° 71), le financement destiné à l'achat d'immeubles de bureaux (Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 1993, CCC 1993, n° 159, obs. Raymond), ou encore les emprunts pour acquérir des parts de sociétés ayant pour objet d'acheter puis revendre des immeubles, ayant pour vocation commerciale, dont le fait de construire des hôtels (Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 1997, Bull. civ., I, n° 122).

²⁴⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 23 mars 1999, Bull. civ., I, n° 108 ; D. 2000, Somm. 50, obs. Pizzio ; CCC 1999, n° 167, note Raymond.

²⁴⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 4 avril 2006, CCC 2006, n° 119, obs. Raymond ; Banque et Droit, mai-juin 2006, 67, obs. Storck.

²⁴⁸⁶ Paris, 15 janvier 2009, JCP N 2010, n° 1, p. 28, obs. Piedelièvre.

ou en jouissance, ainsi que les dépenses destinées à la construction, à la réparation des immeubles, sans oublier l'achat de terrain destiné à la construction²⁴⁸⁷.

En outre, lorsque le modèle de financement islamique entrent dans le champ d'application du crédit immobilier, les contrats doivent obéir aux formalismes prévu par les articles L. 312-7 à L. 312-14.

896. – Respect du formalisme. Est exigé la fourniture par écrit d'une offre préalable de crédit qui comporte la mention des parties, la nature, l'objet et les modalités du prêt ainsi que les échéanciers des amortissements et le coût total en indiquant le taux d'intérêt et les clauses d'indexation²⁴⁸⁸. Il en ira de même si l'opération se fonde sur une opération de crédit-bail où sa publicité est exigée en vue de devenir opposable au tiers²⁴⁸⁹.

Il existe en réalité deux contrats dans une opération de crédit immobilier : un contrat de crédit et un contrat de vente qui sont en droit français interdépendants. Le second doit indiquer si le prix sera payé directement par l'emprunteur ou indirectement par la banque²⁴⁹⁰. De plus, il est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts, stipulée en faveur de l'emprunteur dans un délai d'un mois, cette disposition étant d'ordre public.

Les différentes techniques de financement immobilier en France ne coïncident pas donc avec le crédit participatif immobilier, sous réserve de jongler entre les dispositions de droit commun relatives à la société, et celles encadrant spécifiquement les crédits immobiliers. La difficulté est d'écarter les stipulations qui ont une nature *ribawi* telles que les clauses de garantie et de non recours, ainsi que celles organisant la défaillance du client.

897. – Défaillance du client et rôle du bien sous-jacent. Le bien sous-jacent peut servir de garantie pour réduire les conséquences d'une défaillance du client : si le client n'arrive plus à rembourser, le bien sera revendu en tenant en compte de sa quote-part qui a pu augmenter à chaque échéance. La banque doit participer à ce risque, mais elle est également titulaire des droits réels sur le bien à due concurrence des parts du client. La convention de crédit devrait contenir une clause organisant les

²⁴⁸⁷ Ce régime s'étend aux facilités de paiement offertes par les organismes d'HLM ainsi qu'à l'épargne-logement (CEL, PEL) : voir les articles R. 315-1 et suivants, R. 315-25 et R. 315-34 du Code de la construction et de l'habitation. Toutefois, il n'est pas applicable ai SCPI régi par l'article L. 214-1 du Code monétaire et financier.

²⁴⁸⁸ Article L. 312-8 du Code de la consommation. Si une assurance collective existe, sa mention est obligatoire en vertu de l'article L. 312-9 du même Code.

²⁴⁸⁹ Articles L. 313-10, R. 313-3 et suivants du Code monétaire et financier.

²⁴⁹⁰ Article L. 312-15 du Code de la consommation.

conséquences de la défaillance, en tenant compte du fait que toute clause alourdissant la charge du client soit écartée, à l'instar d'une clause pénale.

S'appliquerait alors l'article 1844-9 du Code civil qui pose le principe du partage de l'actif de la société en cas de liquidation de la société : « *après paiement des dettes et remboursement du capital social, le partage de l'actif est effectué entre les associés dans les mêmes proportions que leur participation aux bénéfices, sauf clause ou convention contraire* ». Cette disposition offre ainsi la possibilité pour le dispensateur de crédit islamique et son client de partager le boni de liquidation conformément aux règles islamiques exposées plus haut²⁴⁹¹.

898. – Nécessité d'un agrément spécial ? Les opérations de crédit islamique combinant la *mousharaka* dégressive et l'*ijara* devront faire partie des activités habituelles de la banque islamique, et non comme des opérations connexes. M. Bonneau indique que, parmi les activités non bancaires, « *un établissement de crédit peut gérer un patrimoine immobilier non affecté à son exploitation et dont il est propriétaire. (...) Il peut donc louer les biens lui appartenant. Ces opérations de location simple sont pourtant qualifiées pour les établissements habilités à effectuer des opérations de crédit-bail d'opérations connexes par l'article L. 311-2, 6°, du Code. En dehors de ce cas, dans quels cas s'agira-t-il d'opérations connexes et dans quels cas s'agira-t-il d'opérations non bancaires ? La question se pose notamment lorsque l'établissement de crédit, qui loue le bien, en est devenu propriétaire à la suite d'un crédit non remboursé. Il semble qu'il s'agisse ici d'une opération connexe* »²⁴⁹². Á cet égard, le banquier islamique a-t-il besoin d'un agrément spécifique pour les crédits participatifs immobiliers, ou se contentera-t-il d'un agrément général ? Nous optons pour la seconde proposition parce que tout établissement de crédit qui obtient son agrément a le droit d'effectuer des opérations de crédit-bail sans besoin de créer une société financière chargée de cette activité. Mais, la banque ne peut pas vraiment agir comme un associé, à moins de la considérer comme un associé-bailleur, dans le montage combiné à la SCI, ce qui doit néanmoins être qualifié d'activité connexe.

L'absence de texte pour les crédits participatifs montre qu'un régime juridique spécifique est difficile à établir au regard de l'agencement des dispositions relatives au contrat de société et au contrat de crédit. Il y a cependant un texte pour définir le régime fiscal des crédits participatifs.

²⁴⁹¹ Supra, n° 810 – 817.

²⁴⁹² Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 83.

§4) L'application du régime fiscal des prêts indexés aux crédits participatifs

899. – Définition des prêts indexés. Le régime fiscal des crédits participatifs peut se fonder sur l'instruction fiscale relative au régime fiscal des *sukuk* du 23 juillet 2010²⁴⁹³. Cette extrapolation du régime fiscal de cet instrument financier hybride à une opération de crédit peut sembler incongrue. Pourtant, il existe des cas où le régime juridique d'une opération diffère des traitements fiscaux normalement attendus²⁴⁹⁴. Les droits et les obligations reconnus aux titulaires de *sukuk* d'investissement²⁴⁹⁵ épousent, selon l'Administration fiscale, soit le régime des titres de créance indexés, soit des prêts indexés. S'il est vrai que les *sukuk* sont analysées en titre de créance dont le profit est assimilé à l'intérêt, ils peuvent également être traités fiscalement comme des prêts indexés. L'Administration fiscale précise la notion de prêt indexé : « *de manière générale, il peut exister d'autres instruments dont la rémunération et, le cas échéant, le principal sont indexés sur la performance d'un actif. Les titres de créance, ci-après dénommés titres de créance indexés, et prêts, ci-après dénommés prêts indexés, sont ainsi des instruments dont la rémunération est indexée sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur ou l'emprunteur, ou sur les résultats de ce dernier. S'agissant des titres de créance et prêts ayant financé un ou plusieurs actifs, le montant du principal remboursé est indexé sur la valeur de ce ou ces actifs* »²⁴⁹⁶. Il existe en fait une différence fondamentale entre les *sukuk* et les prêts indexés, avec toutefois une caractéristique commune : les *sukuk* sont des instruments financiers alors que les prêts indexés sont des mises à disposition de fonds, mais dont la rémunération des deux « *est variable et fonction des bénéfices dégagés sur ces actifs ou sur les résultats de l'émetteur ou de l'emprunteur. A cet égard, elle peut*

²⁴⁹³ Instruction fiscale, n° 4 FE/S2/10, relative au régime fiscal des *sukuk*, préc. ; voir aussi supra, n° 285 – 292.

²⁴⁹⁴ M. Cozian et Viander, et Mme Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1470 : C'est le cas par exemple du régime fiscal de la fusion qui s'applique à l'apport partiel d'actif, bien que ces deux opérations ne sont pas identiques juridiquement, et similaires fiscalement : « *tous ces régimes sont indépendants les uns des autres ; la société peut sur le plan fiscal se placer sous le régime de faveur des fusions sans être tenue d'exercer le même choix sur le plan juridique, et réciproquement* ».

²⁴⁹⁵ L'Administration fiscale définit les « *sukuk d'investissement* » comme étant « *des titres financiers hybrides négociables dont la rémunération et, le cas échéant, le principal sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs sous-jacents détenus, directement ou indirectement par l'émetteur. Leur porteur bénéficie d'un droit assimilé à un droit de copropriété direct ou indirect sur ce ou ces actifs. Le ou les actifs sont des services, biens ou droits ou l'usufruit de ces biens ou droits* » (Instruction fiscale relative au régime fiscal des *sukuk*, préc., §4, p. 3).

être nulle en cas de perte »²⁴⁹⁷. Dans les deux cas, il est prévu d'appliquer le principe du partage des pertes et des bénéfices.

Par ailleurs, l'instruction fiscale ne se focalise pas seulement sur le fait que l'indexation est fonction de la performance d'un actif. Il est aussi fait mention du résultat d'une activité. Toutefois, l'instruction exige une indexation dont le contenu est plus étendu que la simple indexation d'une dette ou d'un loyer. Ainsi, au regard de la définition donnée et du mécanisme qui est décrit, le régime du prêt indexé peut s'appliquer aux crédits participatifs parce qu'ils présentent les mêmes éléments caractéristiques.

900. – Nature de l'indexation. Lorsque le prêt est indexé, le montant du capital prêté varie alors en fonction d'un indice qui doit être en relation avec l'objet du contrat ou l'activité des parties. Ces dernières peuvent-elles réellement indexer la mise à disposition de fonds aux résultats d'une entreprise ? Cette possibilité n'est pas tout à fait offerte par la loi.

Les articles L. 112-1²⁴⁹⁸ et L. 112-2²⁴⁹⁹ listent les indexations permises en droit français. Le dispensateur de crédit islamique aura plutôt besoin d'indexer ses fonds sur le résultat de l'activité, et

²⁴⁹⁶ Ibidem, §5, p. 3.

²⁴⁹⁷ Ibidem, §10, p. 4.

²⁴⁹⁸ « Sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article L. 112-2 et des articles L. 112-3, L. 112-3-1 et L. 112-4, l'indexation automatique des prix de biens ou de services est interdite.

« Est réputée non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive, et notamment des baux et locations de toute nature, prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision.

« Est interdite toute clause d'une convention portant sur un local d'habitation prévoyant une indexation fondée sur l'indice " loyers et charges " servant à la détermination des indices généraux des prix de détail. Il en est de même de toute clause prévoyant une indexation fondée sur le taux des majorations légales fixées en application de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948, à moins que le montant initial n'ait lui-même été fixé conformément aux dispositions de ladite loi et des textes pris pour son application ».

²⁴⁹⁹ « Dans les dispositions statutaires ou conventionnelles, est interdite toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties. Est réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti toute clause prévoyant une indexation sur la variation de l'indice national du coût de la construction publié par l'Institut national des statistiques et des études économiques ou, pour des activités commerciales ou artisanales définies par décret, sur la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux publié dans des conditions fixées par ce même décret par l'Institut national de la statistique et des études économiques.

« Est également réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble toute clause prévoyant, pour les activités autres que celles visées au premier alinéa ainsi que pour les activités exercées par les professions libérales, une indexation sur la variation de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires publié par l'Institut national de la statistique et des études économiques dans des conditions fixées par décret.

« Les dispositions des précédents alinéas ne s'appliquent pas aux dispositions statutaires ou conventionnelles concernant des dettes d'aliments.

« Doivent être regardées comme dettes d'aliments les rentes viagères constituées entre particuliers, notamment en exécution des dispositions de l'article 759 du code civil ».

non sur le niveau général des prix, ce qui est possible au regard de l'article L. 112-2 alinéa premier qui exige une relation directe avec l'objet de la convention. Si « *l'indexation est valable en son principe, un prêt souscrit en vue du financement de programmes de construction peut être indexé, s'agissant d'un immeuble bâti, selon l'indice national du coût de la construction publique par l'INSEE* »²⁵⁰⁰, ce qui peut conduire à adosser la rentabilité sur une éventuelle hausse de l'indice.

L'objet de la clause de participation est de fixer la proportion du revenu devant revenir au banquier en cas de gain, et inversement, la proportion qu'il doit supporter en cas de perte. Or, l'instruction fiscale prend soin de compléter l'approche classique de l'indexation en indiquant que les prêts puissent être « *indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur ou l'emprunteur ; ou sur le résultat de ce dernier* »²⁵⁰¹. La jurisprudence fait à cet égard preuve de libéralisme car il est tenu compte de la chose à laquelle l'argent a été employé²⁵⁰².

Deux cas de figure peuvent se présenter en matière de fiscalité des prêts indexés. Premièrement, lorsque le prêteur a la qualité d'associé, la « *charge d'indexation résultant d'une variation de l'index est assimilée à des intérêts. Elle est donc soumise aux mêmes conditions et limites de déduction pour la société et d'imposition pour le bénéficiaire* »²⁵⁰³.

Deuxièmement, lorsque le prêteur n'est pas un associé, l'entreprise peut déduire « *les charges résultant du jeu de la clause d'indexation des bénéfices imposables soit à titre de provision, soit définitivement lorsque les sommes correspondantes ont été payées ou sont devenues exigibles* »²⁵⁰⁴.

Pour bénéficier de ce régime, les conditions suivantes doivent être simultanément remplies : 1) « *la clause d'indexation doit être licite* »²⁵⁰⁵, ce qui permet de stipuler une clause d'indexation sur le résultat de l'activité de l'entreprise alors que le particulier, dans une opération de *moucharaka* dégressive et *ijara* en vue d'acquérir un bien, ne peut indexer le prêt sur un quelconque résultat, à moins de constituer un panier de référence, mais ce serait le cas d'une avance en compte courant islamique ; 2) « *la clause d'indexation doit être stipulée dans le contrat* » ; 3) « *le produit de l'indexation doit être liquidé et éventuellement versé qu'au terme du contrat ou lors d'échéance de remboursement partiel* » ; 4) « *en cas de cumul avec des intérêts, la rémunération totale du prêt,*

²⁵⁰⁰ Cass. civ 1^{re}, 21 janvier 1992, pourvoi n° 90-18. 135.

²⁵⁰¹ Instructions Fiscales relatives au régime fiscal des *sukuk*, préc., §5, p. 3.

²⁵⁰² Cass. 1^{re} civ., 19 janv. 1974 : JCP G 1974, II, 17806, note Levy. – Cass. com., 31 janv. 1984 : Bull. civ. 1984, IV, n° 49. Ce peut être le prix de l'eau minérale pour un cafetier.

²⁵⁰³ Mémento pratique, Francis Lefebvre, *Fiscal*, 2009, n° 780.

²⁵⁰⁴ Idem : « *quant au bénéficiaire, le produit de l'indexation représente pour lui un gain en capital, non imposable si ce bénéficiaire n'est pas une entreprise* ».

²⁵⁰⁵ Idem.

indexation comprise, ne doit pas être anormalement élevée », cas dans lequel il y a une juxtaposition d'une indexation (qui remplace la formule de participation) et d'une marge bénéficiaire qui risque de conduire à un contrôle des juges.

Il ressort de ces précisions qu'il existe des vides juridiques que nous pouvons combler en prenant en considération les conditions de rémunérations et de remboursement exigées par l'instruction fiscale du 23 juillet 2010 pour les *prêts indexés*.

901. – Nature de la rémunération. Dans un crédit participatif, la rémunération du banquier est fonction du résultat de l'emprunteur et/ou de la performance des actifs, ce qui implique une rémunération fluctuante, voire une absence rémunération selon que l'activité et/ou l'actif génère ou non des revenus lorsqu'ils sont exploités, utilisés, ou selon que l'actif est vendu lors du bouclage de l'opération, ce qui induit des plus-values ou des moins-values, taxables ou pas. Une telle logique est admise par l'instruction qui indique que la rémunération du détenteur de *sukuk*, et par voie de conséquence du prêteur, « *est variable et fonction des bénéfices dégagés sur ces actifs ou sur les résultats de l'émetteur ou de l'emprunteur. À cet égard, elle peut être nulle en cas de perte* »²⁵⁰⁶. Ici, la rémunération a une nature de bénéfice et non d'intérêt.

L'instruction fiscale précise néanmoins la nature de cette rémunération pour les besoins d'une « compréhension » juridique française : « *les rémunérations servies aux porteurs des sukuk d'investissement ou des titres de créance et prêts indexés sont traitées sur le plan fiscal comme des intérêts dans les conditions de droit commun* »²⁵⁰⁷. Ainsi, le profit perçu par le banquier sera assimilé à l'intérêt si le crédit participatif est considéré comme un prêt indexé. Cette nature fiscale, qui n'est rien d'autre qu'une assimilation, ne peut s'étendre en droit civil et bancaire, bien que cette doctrine fiscale démontre que des fonds peuvent être mis à la disposition d'une personne en appliquant un taux de profit.

902. – « Taux de profit espéré ». Bien qu'assimilé à l'intérêt, l'Administration fiscale explique pourtant le mécanisme de genèse de profit. Elle admet l'existence d'un « taux de profit espéré » qui est plafonné à un taux de marché reconnu (EURIBOR ou LIBOR) augmenté d'une marge conforme aux pratiques observées sur le marché des titres de créance. Pour servir ce taux, les émetteurs de

²⁵⁰⁶ Instruction Fiscale relative au régime fiscal des *sukuk*, préc., §10.

²⁵⁰⁷ Ibidem, §14.

sukuk ont recours à la technique du lissage des profits grâce à l'activation d'un « compte de réserve » qui sera abondé par les performances des actifs lorsqu'elle est supérieure audit taux. Ce compte est utilisé si la performance des actifs est inférieure à ce « taux de profit espéré ». Cette logique est tout à fait transposable au crédit participatif dès lors que, dans le cas des *sukuk*, la performance des actifs ou bien celle de l'activité d'une entreprise partagent le même dessein que ce qui est attendu de la performance d'un prêt indexé. D'ailleurs, nous avons également vu que les techniques de financement fondées sur la *mousharaka* et la *moudaraba* peuvent s'accompagner d'un compte de réserve appelé « *Investment Risk Reserve* » ou « *Profit Equilization Reserve* »²⁵⁰⁸.

Le détenteur de *sukuk*, personne physique ou morale, peut enregistrer à chaque échéance de paiement la rémunération correspondant au « taux de profit espéré » diminué le cas échéant, d'une provision déductibles sur le plan fiscal dans des conditions de droit commun, notamment si le porteur démontre la probable incapacité de l'émetteur à verser le montant exigible d'ici à l'échéance du titre. Le dispensateur de crédit participatif ne devrait-il pas en faire de même ?

À échéance, l'éventuel excédant est alloué, dans les *sukuk*, selon les modalités propres du contrat aux porteurs de titres. Il peut donc en aller par ailleurs avec le prêteur islamique au titre de l'indexation retenue dans le contrat. Cet excédant peut également être utilisé pour compenser les prêteurs de tout ou partie d'une éventuelle perte en capital lors de la revente des actifs²⁵⁰⁹.

903. – Remboursement des fonds avancés. En ce qui concerne le remboursement, il peut être non seulement partiel du fait de l'indexation, mais également progressif. Dans le cas des *sukuk*, il est fonction de la valeur de cession des actifs à la date de l'échéance des titres ainsi que des remboursements inclus dans les loyers (hypothèse du financement de l'actif via le crédit-bail). Il en va de même pour le prêt indexé. Une telle approche devrait s'étendre au crédit participatif, notamment le crédit-bail immobilier participatif.

Selon l'Administration fiscale, si la valeur des actifs financés ne permet pas de rembourser les prêts, le droit à remboursement du principal du fait de l'indexation est réduit à due concurrence de l'insuffisance constatée. Si elle excède le montant du prêt, le remboursement peut excéder le montant du principal conformément à la règle d'indexation retenue dans le contrat. Là encore, les effets de la formule de participation sont soulignés par l'instruction fiscale. Par ailleurs, pour limiter

²⁵⁰⁸ Voir supra, n° 831.

²⁵⁰⁹ Ibidem, §13.

le risque de perte en capital à l'échéance du titre, un second « compte de réserve » appelé « compte de réserve sur risque d'investissement » peut être mis en place.

Ce second compte sera « *abondé au cours de vie du produit par prélèvement sur les bénéfices dégagés par les actifs ou les résultats de l'émetteur ou de l'emprunteur* » et « *clôturé à échéance, dont le solde, éventuellement ajoutés à celui du compte de réserve primaire, est alloué aux porteurs de titre au titre de l'indexation retenue dans le contrat ou à un tiers* »²⁵¹⁰. Néanmoins, « *les montants affectés à ce compte sont sans incidence sur le résultat imposable de l'émetteur. L'abondement de ce compte ne remet pas en cause la constitution et la déductibilité dans les conditions de droit commun des provisions enregistrées pour prendre en compte la dépréciation éventuelle de l'actif* »²⁵¹¹. On aurait pu s'attendre à ce que l'Administration fiscale rajoute *in fine* aussi la prise en compte des pertes constatés dans les résultats de l'émetteur.

Le régime fiscal des crédits participatifs doit se caller sur les exigences de l'impôt sur les sociétés, de l'impôt sur le revenu, de la contribution économique territoriale, de la TVA et des droits d'enregistrement. Les charges déductibles correspondront à la rémunération calculée sur la base du « *taux de profit espéré* » dont la réserve de profit peut faire l'objet d'une provision non déductible sur le plan fiscal. Symétriquement, le prélèvement sur la réserve générera une reprise de provision non imposable. « *Si le profit n'est pas servi intégralement après utilisation de la réserve, à l'échéance du titre ou du prêt, l'émetteur – dans notre cas, le banquier participatif – dans la mesure où il sera délié de toute obligation de servir la rémunération correspondant au taux de profit espéré, devra constater un produit imposable dans les conditions du droit commun (abandon de créance) égal à la différence entre le « *taux de profit espéré* » et la rémunération effectivement servie* »²⁵¹². Il en découle que le régime fiscal des *sukuk* permet de concevoir un régime fiscal des crédits participatifs. Il est néanmoins préférable qu'il y ait une instruction fiscale encadrant spécifiquement les opérations bancaires fondées sur la *moushraka* et sur à la *moudaraba*, à côté desquelles des clarifications juridiques sont nécessaires tant pour ces types de crédit, que pour ceux qui sont adossés à un contrat de vente ou de location.

²⁵¹⁰ Idem, § 13, *in fine*.

²⁵¹¹ Ibidem, § 17.

²⁵¹² Ibidem, § 16.

Conclusion

904. – Vers des crédits plus juste en droit français ? L'expérience en finance islamique des banques françaises est, à présent, chose connue²⁵¹³. Il reste cependant à franchir un pas plus franc sur le territoire pour que les banques puissent mettre islamiquement des fonds à la disposition de leur clientèle ou que des banques islamiques puissent s'établir à cet effet. Si l'éthique et le juste milieu sont constamment rappelés en Islam pour réguler les comportements des acteurs économique, on devrait admettre que, d'une part, les principes et les règles de la banque islamique sont sains ; et d'autre part que leur mise en œuvre est complexe dans un système juridique et financier balisé par une rationalité parfois mal encadrée. Cette question doit-elle faire partie du lot des interrogations des pouvoirs publics français, susceptibles d'adopter des textes pour encadrer pleinement la distribution des crédits islamiques ? Il nous semble que ce doit être un réflexe puisqu'il est légitime de connaître la structuration et le fonctionnement des nouveaux mécanismes de financements. Il faut, en réalité, une dose de courage pour ne pas tomber dans la stigmatisation aliénante du communautarisme.

En adoptant une posture manifestement optimiste, nous avons proposé un cadre juridique français dédié aux opérations de crédit islamique. Notre interrogation de départ qui était de savoir si cette notion a sa place en droit français, nécessite une réponse fondée sur la Justice parce que cette dernière commenderait de tenir compte des aspirations du citoyen français, fidèle d'une religion, même s'il s'agit de l'Islam. Ce citoyen a-t-il le droit de demander aux pouvoirs publics des financements conformes à sa croyance ? Le refuser serait indéniablement interprété comme non seulement un manquement à la Justice, mais également une prise de position de l'État français qui sortirait de la neutralité qui devrait le distinguer. Quand bien même des textes législatifs offrent un cadre général, les techniques de financement islamique les plus usités doivent être, à moyen terme, spécifiquement régies par des dispositions législatives pour des raisons liées à la sécurité juridique des transactions bancaires et financières islamiques.

905. – Proposition de réforme. En l'absence de régimes juridiques français clairs et précis, la construction d'un cadre juridique français dédié aux crédits islamiques a soulevé de nombreux

²⁵¹³ Euromoney a décerné à Crédit Agricole CIB le prix de « *most improved international islamic bank* » du fait de son implication dans le projet de Saudi Aramco Total Refining and Petrochemical Company : <http://www.ca->

points de convergence et de divergence entre le droit français et le droit musulman. Certes, l'interprétation des dispositions législatives et réglementaires nous a permis de définir tant les fondements juridiques de ces crédits, que des règles applicables à différentes formes de mise à disposition islamique de fonds. En revanche, le droit français laisse un sentiment d'insécurité juridique. Les instructions fiscales relatives aux opérations islamiques ne confèrent pas réellement une sécurité juridique eu égard à leur portée limitée²⁵¹⁴. C'est pourquoi des réformes sont nécessaires pour les encadrer de manière appropriée. Elles sont dispensables pour assurer le développement durable de la finance islamique en France.

Si le droit français applique le régime de l'intérêt, le droit musulman campe sur une position qui était également partagée par la France avant la promulgation du Code civil. Bien entendu, il serait illusoire que le législateur abroge l'article 1905 du Code civil qui permet la stipulation d'intérêt dans les contrats de prêt. Imaginons que cette abrogation arrive sur le devant de la scène politique, et que les débats se focalisent non point sur l'origine islamique de la prohibition de l'intérêt, mais sur un principe fondamental qui doit être respecté dans tout pays où les citoyens aspirent à l'établissement d'un ordre social, économique et juridique, plus juste. Par contre, si cette abrogation ne se détache pas de la question de la création de banque islamique en France, cette industrie sera perçue comme un système bancaire alternatif, en alimentant des idées selon lesquelles la banque islamique porterait une atteinte au fondement de la République.

Or, la République ne devrait-elle pas se défaire d'une pratique abusive et lésionnaire ? Le citoyen français musulman, et même le citoyen laïc, n'ont-ils pas le droit d'exiger du gouvernement et du législateur de prendre de mesure en vue de rétablir plus de justice dans les transactions bancaires ? La crise économique n'est-elle pas née de l'avidité des banquiers qui ont octroyé des crédits dangereux aux États-Unis, et de l'endettement des États européens ? La crise des ménages américains et la crise des finances publiques en Europe montrent que le fait de s'endetter, en contrepartie du paiement des intérêts, comportent un tel risque que le tissu socio-économique se fissure dans de nombreux pays. Ses effets peuvent conduire à une rupture entre les différentes couches sociales, ainsi qu'entre les pouvoirs publics et les agents économiques.

cib.fr/actualites/a-loccasion-des-islamic-finance-awards-2011-credit-agricole-cib-recoit-le-prix-de-most-improved-international-islamic-bank-par-euromoney.htm (visité le 1er mai 2011).

²⁵¹⁴ Voir néanmoins *Les instructions fiscales soumises à la sagacité du public*, Échange ; Le magazine d'information des ministères économiques et financier, n° 155, février-mars 2011, p. 6 : une instruction fiscale « *vise, selon la Direction de la législation fiscale, à expliquer concrètement comment appliquer les mesures votées dans le cadre de la loi [parce qu'] elle est soumise à la consultation publique dont même le projet est opposable à l'Administration* ».

En outre, le système bancaire islamique ne pourra pas s'arroger de son rôle de système alternatif si des opérations *ribawi* continuent d'être réalisées sur certaines places financières. Pourquoi faut-il alors une réforme qui permet de faire cohabiter les deux systèmes bancaires ? Est-ce peut être pour reconnaître la liberté de créer une banque islamique, ou bien pour attirer des « pétro-dollar » ? Les deux raisons justifieraient que des réformes soient entreprises à plus ou moins brèves échéances selon le climat économique et politique.

Dans cette tâche, le législateur et le gouvernement pourront être épaulés par des praticiens (banquiers, banquiers centraux, avocats, juges) et par des académiciens dans le but de définir un véritable cadre juridique. Si l'association Paris Europlace a mis en place la Commission Finance Islamique qui a fait des propositions à la Direction Générale du Trésor et de la Politique Économique, qui a publié assez rapidement des instructions fiscales, pourquoi la même association ou mieux, un comité de finance islamique diligenté par le gouvernement, ne pourrait-il pas se mettre en place pour soumettre des projets de lois et de décrets ? Ce comité peut recevoir une mission définie par au moins deux ministères : celui de l'économie et de celui de la justice pour que les textes expliquent la nature de l'opération, l'étendue des engagements des contractants, ainsi que les modalités de rémunération du banquier.

Mais, comme l'adjectif « islamique » a une connotation religieuse très controversée, et susceptible de heurter la laïcité, les textes devraient utiliser une terminologie neutre : au lieu de banque islamique, et de crédit islamique, ils peuvent retenir les expressions telles que « banque participative », comme en Turquie, ou de produits alternatifs comme au Royaume-Uni. Le crédit islamique peut s'appeler un « crédit adossé à un bien » et un « crédit participatif ».

Il serait alors opportun que l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier assimile, à l'instar du crédit-bail, les crédits adossés et les crédits participatifs à des opérations de crédit. Pour cela, l'article L. 511-9 du même Code devrait permettre à l'Autorité de contrôle prudentiel d'agréeer aussi une banque participative comme les banques mutualistes et coopératives.

Ces textes devront aussi être complétés par une autre série de textes, de nature législative ou réglementaire, pour apporter des précisions sur les différents points de frottements juridiques comme par exemple, la nature non *ribawi* des revenus tirés par le dispensateur de crédit islamique, ainsi que de certaines clauses contenues dans différents contrats de crédit. Il peut être ajouté un nouvel alinéa à l'article L. 313-1 du Code de la consommation en vue de définir l'assiette du taux effectif global applicable aux crédits islamiques.

Étant donné que la location assortie d'une option d'achat et le crédit affecté sont régis par le Code de la consommation, ce code devrait en faire autant avec les crédits adossés et les crédits participatifs dès lors qu'ils sont destinés aux consommateurs. Les dispositions relatives à l'offre de crédit, au coût du crédit, aux pénalités de retard, et à la défaillance du client, devraient ainsi être complétées dans cet objectif.

Si on songe à réglementer les activités bancaires islamiques en France, il pourrait aussi avoir des attentes portant sur la clarification du cadre juridique des autres opérations bancaires et financières islamiques comme les comptes, les dépôts, les cartes, ainsi que les instruments financiers (OPCVM, *sukuk*) et les contrats financiers comme les « *swap* » de profit islamique.

Glossaire

Aqd (pl. ouqoud) : contrat

Bay : contrat de vente

Charia : Loi islamique

Fiqh : droit musulman

Gharar : aléa, incertitude

Hadith : Tradition implicite ou explicite de Mohamed. Les Hadith constituent la Sounna, la deuxième source du droit musulman.

Ijara : contrat de location ou de prestation de service. Il est assimilé au leasing.

Ijara wa iktina : contrat de location se terminant par l'acquisition du bien loué.

Ijara muntahia biltamlik : contrat de location avec option d'achat.

Ijara al intifaa' : contrat de vente des fruits d'une location.

Kafala : sûreté personnelle

Madhab : école juridico-théologique comme l'école hanafite, malékites, chaféïtes, hanbalites, zaydite et zahirites.

Maysir : jeu (à rapprocher de qimar : jeu de hasard)

Moudaraba : contrat de société de type particulier où les apporteurs de capitaux (rab'oul mal) supportent les pertes alors le gestionnaire des fonds (moudarib) qui percevrons les profits risquent de voir ses efforts ruinés s'il ne parvient à réaliser des profits.

Mourabaha : contrat de vente qui indique le prix d'achat d'un bien et la marge bénéficiaire du vendeur.

Mousharaka : contrat de société classique où deux ou plusieurs personnes effectuent des apports en numéraire, en nature et/ou en industrie en vue de partager les profits et les pertes conformément à une clé de répartition au moment de la conclusion du contrat.

Ribâ : intérêt, usure.

Sharikat : société.

Sharikat al-abdan : société d'apport en industrie.

Sharikat al-amal : catégorie générique de société de construction.

Sharikat al-amlak : société constituée que par des apports en capital.

Sharikat al-aqd : société constitué conformément à un contrat (aqd).

Sharikat al-inan : forme de société à responsabilité limitée.

Sharikat al-moufawadah : forme de société à responsabilité illimitée

Sharikat al-mulk : une forme de copropriété gérée par les associés.

Sharikat mussahamah : société par action.

Sharikat al-tawsiyah al-basitah : société regroupant deux sortes associée ayant des responsabilités limitées pour les uns, illimitées pour les autres.

Sharikat al-sana'at : société de fabrication.

Sharikat al-voudjoud : société de crédit participatif

Wakala : contrat de mandat

Zakat : un des piliers de l'islam, aumône obligatoire

Bibliographie

I) Ouvrages, Manuels et Traités de Théologie, de Droit, d'Économie et de Finance

ABDUL RAHMAN Abdul Rahim, *An Introduction to Islamic Accounting, Theory and Practice*, CERT, Kuala Lumpur, 2010.

ABOU HANIFA, *El-Ihtiyar*, (en langue arabe et turque, notre traduction : *Fatwa de l'Imam Abou Hanifa*), Traduit en turc par Celâl Yeniceri, Samil Yayinevi, Istanbul, 2012.

ABOU ZAHRA Mohamed, *La vie de l'Imam Abou Hanifa*, traduction des Éditions Le Savoir, revu et corrigé par le Docteur Hassan Amdouni, 2007.

AL-AMEEN AL-DHAREER Siddiq Muhammed, *Al-Gharar in contracts and its effects on contempory transactions*, Institut Islamique de Recherche et de Formation, Banque Islamique de Développement (IRTI/IDB).

AL-AMINE Hassan Abdullah, *Statut légal (hukm) des transactions bancaires avec intérêt*, Institut Islamique de Recherche et de Formation, Banque Islamique de Développement (IRTI/IDB), document d'information n° 7, 2002.

AL-GHAZALÎ, *Ihya Ulumud-Din* (en langue turque, notre traduction « *La revivification de la science religieuse* »), traduit en turc par Ahmed Serdaroglu, Tome 1, 2, 3 et 4, Bedir Yayinevi, Istanbul, 1989.

AL-QARDAWI Yusuf, *Fiqh Al Zakah, A Comparative Study of Zakah, Regulations and Philosophy in the Light of Qur'an and Sunnah*, Volume I and II, Translated by Moncef Kahf, King Abdulaziz University, 2000, Jeddah.

AL-QARDAWI Yusuf, *Le rôle de la zakat dans l'assainissement des problèmes économiques*, AEIF édition, 2002.

AL-SUWAILEM Sami, *Hedging in Islamic Finance*, Institut Islamique de Recherche et de Formation, Banque Islamique de Développement (IRTI/IDB), 2006.

AL-SUWAILEM Sami, *Islamic Economics in a Complex World, Explorations on a Agent-based Simulation*, Institut Islamique de Recherche et de Formation, Banque Islamique de Développement (IRTI/IDB), Jeddah, 2008.

AL-ZUHAYLI Wahhab, *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence (Al-Fiqh Al-Ilami wa Adillatuh)*, Tome 1 et 2, Traduit par Mahmoud A. El-Gamal et révisé par Muhammad S. Eissa, Dar Al-Fikr, Damas, Syrie.

AL-ZUHAYLI Wahhah, *Islam Fikih Ansiklopedisi, (AL Fiqh Al-Islami wa Adilatuh)* (en langue turque, notre traduction : *Encyclopédie de la science juridique islamique*), Tome III, Risale, Istanbul, 1990.

AS-SOUYOUTÎ Jalal Eddine, *L'histoire des quatre Califes bien guidés*, Traduit et augmenté par Messaoud Boudjenoun, Édition Universel, 2007.

AYUB Mohammad, *Understanding Islamic Finance*, John Wiley & Sons, 2007.

BEAUGÉ G., sous la direction, *Les capitaux de l'Islam*, CNRS édition, 2001.

BEIGNIER Bernard, *Cours d'introduction au droit*, Montchrestien, 2007.

BÉNABENT Alain, *Droit civil, Les obligations*, LGDJ, Montchrestien, Domat Droit privé, Paris, 2003 et 2004.

BÉNABENT Alain, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, Montchrestien, 9^{ème} édition, Domat Droit privé, Paris, 2011.

BONNEAU Thierry, *Droit bancaire*, LGDJ - Montchrestien, Domat Droit privé, 6^{ème}, 7^{ème}, et 8^{ème} éditions, 2005, 2007 et 2009.

BONNEAU Thierry et DRUMMOND France, *Droit des marchés financiers*, Economica, Paris, 2005.

BOUBAKEUR Si Hamza, *Traité moderne de théologie islamique*, 3^{ème} édition, Maisonneuve & Larose, Paris, 2003.

BOUSSEROUEL Henri, *Le Coran et ce que pensent les occidentaux*, La Plume Universelle, 2000.

BRAHIMI Abdelhamid, *Développement en économie islamique*, Maisonneuve, Paris, 1993.

CARBONNIER Jean, *Flexible Droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10^{ème} édition, 2003.

CAUSSE-BROQUET Geneviève, *La finance islamique*, Revue Banque, Paris, 2009.

CHÂFIÏ Abdallah Ibn Idris, *La Risâla, Les fondements du Droit musulman*, traduit de l'arabe, présenté et annoté par L. Souami, Sindbad, Acte Sud, 1997.

CHAPRA Umar et KHAN Tariqullah, *Réglementation et contrôle des banques islamiques*, IRTI-BID, Études special, n° 3, 2000.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome 1, Domat droit public, Montchrestien, 15^{ème} édition, 2001.

CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif*, Domat droit public, Montchrestien, 13^{ème} édition, 2008.

- CHEHATA Chafik, *Droit musulman (Applications au Proche-Orient)*, Précis Dalloz, 1970.
- CHEHATA Chafik, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Dalloz, 2005, préface d'I. Fadlallah.
- COLLART-DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Paris, 2004.
- COLLIARD Claude-Albert et LETTERON Roseline, *Libertés publiques*, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2005.
- CORNU Gérard, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Domat, Montchrestien, 12^{ème} édition, 2005.
- COZIAN Maurice, VIANDIER Alain et DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, Litec, 16^{ème} édition, Paris, 2003.
- CRUSON Pierre, *Les taux d'intérêt*, Les Topos, Dunod, Paris, 2005.
- CUNIBETTI Gilles, *Les grands systèmes de droit contemporains*, L.G.D.J., 2007.
- DELEBECQUE Philippe et GERMAIN Michel, *Traité de droit commercial, Effets de commerce, Banque, Contrats commerciaux, Procédures collectives*, G. Ripert et R ; Roblot, Tome 2, L.G.D.J., 17^{ème} édition.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, *Droit bancaire*, Dalloz, Mémentos, 8^{ème} édition, Paris.
- DÖNDÜREN Hamdi, *Iktisat ve Ticaret Ilmihali* (en langue turque, notre traduction : *Traité de droit et d'économie islamiques*), Altinoluk Yayinevleri, Istanbul, 1993.
- DÖNDÜREN Hamdi, *Islami ölçülerle ticaret rehberi*, (en langue turque, notre traduction, *Le guide islamique du commerce*), Erkan yayinlari, Istanbul, 2004.
- DRAZ Mohammed Abdallah, *L'usure en droit musulman*, Arrissala, Paris 2003.
- DUBOUIS Louis et BLUMAN Claude, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, Domat droit public, 3^{ème} édition, Paris, 2004
- DUPUIS Georges, GUÉDON Marie-José et CHRÉTIEN Patrice, *Droit administratif*, 12^{ème} édition, Sirey, 2011.
- EL-GAMAL Mahmoud Amin, *Islamic Finance, Law, Economics and Practice*, Cambridge University Press, 2006.
- FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, CHEVONTIAN Richard, MÉLIN-SOUCRAMANIAN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, précis Dalloz, 3^{ème} édition, 2005.

FILALY-ANSARÎ Abdou, *Réformer l'islam, Une introduction aux débats contemporains*, La découverte/Poche, 2005

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Droit civil, Les obligations, 1. Les actes juridiques*, Dalloz, Sirey Université, 14 édition, 2010.

FRANCOIS Ludovic, CHAIGNEAU Pascal et CHESNAY Marc, *Criminalité financière, Comment le blanchiment de l'argent et le financement du terrorisme sont devenus une menace pour les entreprises et les marchés financiers*, Édition de l'Organisation, 2002.

GAVALDA Christian et PARLEANI Gilbert, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 4ème édition, Litec, Paris, 2002.

GAVALDA Christian et STOUFFLET Jean, *Instrument de paiement et de crédit*, Litec, 2007.

GAVALDA Christian et STOUFFLET Jean, *Droit bancaire*, Litec, Paris, 6^{ème}, 7^{ème} et 8^{ème} éditions, 2005, 2007 et 2010.

GROSCLAUDE Jacques et MARCHESSOU Philippe, *Droit fiscal général*, Dalloz, 2009.

GÜNENC Halil, *Büyük Şafi İlmihali* (en langue turque, notre traduction : *La Grande Encyclopédie juridico-théologique de l'école Chaféites*), İlim Yayınları, Istanbul.

GUÉRANGER François, *Finance islamique, Une illustration de la finance éthique*, Dunod, Paris, 2009.

HAMIDULLAH Muhammad, *Le Prophète de l'islam, Sa vie, son œuvre*, Librairie El Falah, Paris, 7^{ème} édition augmentée, 1430 A.H., 2009 A.D.

IBN ABÎ ZAYD AL-QAYRAWANI (jurisconsulte, m. en 996), *La Risâla ou Epître sur les éléments du dogme et de la loi de l'islam selon le rite malékite*, texte en arabe et traduit en français par Léon Brecher, Bibliothèque Arabe-Française, 4^{ème} édition, 1951.

IBN ARABÎ, *Les révélations de la Mecque*, Anthologie traduite, commentée et annotée par A. Penot, Entrelacs, Paris, 2009

IBN ASHUR Muhammad Al-Tahir, *Treatise on Maqasid al Shari'ah*, The International Institute of Islamic Thought, London, Washington, 1427 AH / 2006 CE,

IBN FAWZAN AL FAWZAN Saleh, *La différence dans la législation islamique entre le commerce et les transactions usuraires*, Traduit de l'arabe par Njikum Yahya, Assia Édition, 2004.

IBN KATHIR (Imam Al Hafiz Imad Ad-Din Abi Al Feda Ibn Kathir Al-Damashqi), *Tafsir (Commentaire du Coran)*, Volume 1, 2, 3 et 4, Dar Al-Manrah, Dar Al-Kutub Library, 2007.

IBN TAYMIYYA, *Épître sur le sens de l'analogie (Rissalatun fi ma'na-l-qiyass)*, Les éditions Albouraq, Beyrouth, Liban, 1996.

IBN WAHF AL-QAHTÂNÎ Saïd, *Ar-ribâ, L'usure, ses préjudices et ses conséquences d'après le Coran et la Sunna*, 1^{ère} édition, Editions Al-Andalous, 2005, Bruxelles.

IQBAL Zamir et MIRAKHOR Abbas, *An introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, John Wiley and Sons (Asia), Pte Ltd, 2007.

IQBAL Munawar, AHMED Ausaf et KHAN Tariqullah, *Défis au système bancaire islamique*, Institut Islamique de Recherche et de Formation, Banque Islamique de Développement (IRTI/IDB), document occasionnel n° 2.

Interest in Islamic Economics, Understanding "Riba", Edited by Abdelkader Thomas, Routledge, Taylor and Francis Group, 2006.

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, Jeddah, Arabie Saoudite, 1996.

Islamic Banking and Finance, What It Is and What It Could Be, Editor Tarek El Diwany, 1st Ethical, 2010 (ouvrage Collectif).

ISLAMOGLU Mustafa, *Hayat Kitabi Kuran, Gereğçeli meal-tefsir* (en langue turque, notre Traduction : *Commentaire du Coran*), Dûsün Yayincilik, Istanbul, 2009.

JEREZ Olivier, *Le blanchiment d'argent*, Préface de Gaëtan Di Marino, Avant-propos d'Olivier Comte, Revue Banque Édition, 2^{ème} édition, 2003.

KARICH Imane, *Finances et Islam*, Éditions Le Savoir, Bruxelles, 2004.

KETTANI Malika, *Une banque originale, La banque islamique*, DES de Droit privé, Faculté de Droit de Rabat, Édition Dar al-Kotob al-Ilmiyah, Beyrouth, Liban, 2005

KETTEL Brian, *Introduction to Islamic Banking and Finance*, Brian Kettel, édité par Diane Evans, Bradford, United Kingdom et imprimé par Printheaus, Northampton, 2008.

KEYNES John Maynard, *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, Petite Bibliothèque Payot.

KHALLAF Abdelwahab, *Les fondements du Droit musulman (« Usul al fiqh »)*, Al-Qalam, Paris, 1997

LARAMÉE Jean Paul, sous la dir., *La Finance Islamique à la française, Un moteur pour l'économie, Une alternative éthique*, Préface d'Ahmad Jachi, de Hervé de Charrette et Avant-propos de Dominique de Courcelles, Secure Finance, Paris, 2008.

LARROUMET Christian, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 3^{ème} édition.

La finance islamique : l'autre finance, Centre français de droit comparé, volume 11, Avant-propos de Jacques Robert, Paris, 2009.

Le livre des ruses, La stratégie politiques des arabes, Traduction intégrale d'après les manuscrits originaux par René R. Ghawam, Libretto, 2010.

LEBRETON Gilles, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Armand Colin, 7^{ème} édition, 2005

LEGEAIS Dominique, *Droit commercial et des affaires*, 15^{ème} édition, Armand Colin, 2003.

Les grandes décisions du conseil constitutionnel, L. Favoreu et L. Philip, 15^{ème} édition, Dalloz, 2009.

MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2^{ème}, 3^{ème} éditions et 5^{ème} éditions, 2005, 2007 et 2011.

MALAURIE Philippe et Morvan Patrick, *Introduction générale*, Defrénois, 2009.

MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *Droit constitutionnel*, PUF, 2004.

MARTIN Lucien M., *Banques et bourses, Traité de droit commercial*, Michel de Juglart et Benjamin Ippolito, Tome 7, Montchrestien, 1991.

MESSNER Francis, PRELOT Jean-Henri, WOEHLING Jean-Maire, avec la collaboration de RIASSETTO Isabelle, *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003.

Mémento pratique, Francis Lefebvre, *Fiscal*, 2009.

MOULIN Jean-Marc, *Droit de l'ingénierie financière*, Gualino éditeur, 2006.

NASÎR AL-DIN AL-ALBÂNÎ Muhammad, *Le salafisme, Du mythe à la réalité*, Al-Hadîth éditions, 2008.

NEUVILLE Sébastien, *Droit de la banque et des marchés financiers*, PUF, Paris, 2005.

OBAIDULLAH Muhammed, *Islamic financial services*, Islamic Economics Research Centre, King Abdelaziz University, Jeddah, Saudi Arabia, 2005.

PACTET Pierre et MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, 28^{ème} édition, Sirey, 2009.

PIEDELIEVRE Stéphane et PUTMAN Emmanuel, *Droit bancaire*, Economica, 2011.

PORCHY-SIMON Stéphanie, *Droit civil, Les obligations*, Hypercours, Dalloz, 4^{ème} édition, 2006.

RICHARD Edouard, sous la direction de, *Droit des affaires, Questions actuelles et perspectives historiques*, Presse Universitaire de Rennes, 2005.

RIVERO Jean et MOUTOUH Hugues, *Libertés publiques*, Tome II, 7^{ème} édition, PUF, 1977.

ROBERT Jacques, *La liberté de religion, de pensée et de croyance*, in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. Cabrillac, M.-A. Frisson-Roche et Th. Rivet, Dalloz, 2007.

ROUTIER Richard, *Obligations et responsabilités du banquier*, Dalloz action, 3^{ème} édition, 2011-2012.

RUIMY Michel, *La finance islamique*, Arnaud Franel éditions, 2008

SEFKALI Zine, *Droit du financement structuré*, Revue Banque Édition, 2004.

SELLAMI Mohamed-Mokhtar, *Le Qiyas et ses applications contemporaines*, Traduit par Mohammed Yalaoui, Revue et corrigé par Abdel-Majid Turki, Institut Islamique de Recherche et de Formation, Banque Islamique de Développement (IRTI/IDB), 1999.

SHAFI'Î, *La Risâla, Les fondements du droit musulman (Risâla fi usul al fiqh)*, Traduit de l'arabe, présenté et annoté par Lakhdar Souami, Sindbad, Acte Sud, 1997.

TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Les obligations*, Précis Dalloz, 10^{ème} édition, 2009.

THOMAS Abdulkader, COX Stella et KRATY Brian, *Structuring Islamic Finance Transaction*, Euromoney Book, 2005.

USMANI Muhammed Taqi, *Introduction à la finance islamique*, Traduit par Moufti Loqman Ingar, Cellule du Fiqh du Centre Islamique de la Réunion, 2008.

VASSEUR Michel, *Droit et économie bancaire, Les cours du droit, Institutions bancaires*, Fasc. I-A, 4^{ème} édition, 1985-1986.

II) Monographies

ALGABID Hamid, *Les banques islamiques*, Préface GAVALDA Christian, Thèse, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Économica, 1990.

ARIN Félix, *Recherches historiques sur les opérations usuraires et aléatoires en droit musulman*, Thèse, Faculté de Droit de l'Université de Paris, A. Pedone Éditeur, 1909

BAZ Jean, *Essai sur la fraude à la loi en Droit musulman (Étude de Droit musulman comparé et de Droit international privé)*, préface du Professeur Roubier, Sirey, 1938.

BENALI Ferad, *L'usure en droit musulman et ses conséquences pratiques*, Thèse, Faculté de Droit de Lyon, A. Rey, Imprimeur-Éditeur de l'Université de Lyon, 1908

COMAIR-OBEID Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Thèse, Paris, Economica, 1995.

GAUVIN Alain, *Droit des dérivés de crédit*, Thèse, Faculté de Droit, Revue Banque Édition, Paris, 2003.

HARDY Nicolas, *Finance islamique et renouveau du droit islamique au Moyen Orient : les contraintes de l'innovation financière pour les juristes-fuqaha*, Thèse, École des Hautes Études en Sciences Sociales, dirigée par Baber Johansen, jury présidé par Alain Couret, soutenue le 28 juin 2006.

KETTANI Malika, *Une banque originale, la banque islamique*, DES de Droit privé, Faculté de Droit de Rabat, Édition Dar al-Kotob al-Ilmiyah, Beyrouth, Liban, 2005.

OBEIDI Zouheir, *La banque islamique, une nouvelle technique d'investissement*, Thèse en économie, 1ère édition, Dar al-Rashad al-Islamiya, Beyrouth 1988

III) Articles et dossiers

(Les notes, les commentaires et les chroniques des Revues juridiques (Daloz, JCP, Banque et Droit, Revue de droit bancaire et financier, Revue Trimestrielle de Droit Commercial) citées n'ont pas été référencés)

ABI RIZK Georges, *La « gouvernance » des banques islamiques au Liban*, Revue de Droit Bancaire et Financier, janvier-février 2008, p. 27.

ABDUL GHANI Badlisyah et A. HUSSAIN, *The key driver of Islamic Finance – demand and supply*, Islamic Finance Review, Euromoney, 2009-2010, p. 9.

AFFAKI Georges, *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*, sous la direction de Jean Paul Laramée, Préface d'Ahmad Jachi, de Hervé de Charrette et Avant-propos de Dominique de Courcelles, Secure Finance.

AFFAKI Georges, *La finance islamique en France : entre accueil et réforme*, Revue Banque, juin 2010, n° 725, p. 56.

AHMED Habib, *Islamic law, adaptability and financial development*, Islamic Economics Studies, vol. 13, n° 2, february 2006.

ALAM Safdar, *The evolution of products in islamic finance*, Islamic Finance Review, 2007/08, p. 7.

AMIN Mohammed, *The taxation of Islamic Finance in major Western countries*, Arab Banking Review – First Quarter, 138.

ARBOUNA Mohammed Burhan, *Islamic bank and rate of return risks*, Islamic Finance Review, 2008/2009, Euromoney, p. 11.

ASUTAY Mehmet, *Philosophical and systemic foundations of Islamic economics: A political economy approach*, in Colloque International, Banque et Finance Islamique, Université Robert Schuman, Strasbourg, 11 janvier 2008. Propos consignés par écrit à la Bibliothèque de la Faculté de Droit de Strasbourg.

AYNES Laurent et CROCQ Pierre, *La fiducie préservée des audaces du législateur*, D. 2009, p. 2559.

BALI Mehdi, *Le réveil de la société en participation par les finances éthiques*, Rev. Dr. Banc. et fin., janv.-fév. 2011, p. 25.

BAYLE Marcel, *La responsabilité des bailleurs de fonds pour préjudice environnemental : Proposition de réforme*, D. 2007, n° 34, p. 2398.

BECK Thorsten, DEMIRGÜC-KUNT Asli and MERROUCHE Ouarda, *Islamic vs. Conventional Bankin : Business Model, Efficiency and Stability*, Policy Research Paper, The World Bank, Development Research Group, October 2010.

De BALANDA Jacques Bertrand et BOURABIAT Foued, *Fiducie et finance islamique*, in *Quel avenir pour la fudicie*, Dossier, Droit et patrimoine, n° 192, mai 2010, p. 84.

BENTAÏBI Moncef, *Al-Bai bi taksit ou la vente à tempérament pratiquée par les banques islamiques*, in *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. 88 et s.

BEY E. M., *De la symbiotique dans le leasing et le crédit-bail mobilier*, Dalloz, 1970.

BONNEAU Thierry, *Crédits gratuit et promotionnel : vraies et fausses rémunérations*, Table ronde introduite et animée par Y. Gérard, T. Bonneau, P. Guillermin et A.Gourio in *La rémunération du crédit en Europe*, RDBF, mars-avril 2007.

BONNEAU Thierry, *De l'adaptation des contrats bancaires et financiers types étrangers au droit français*, RDBF, janvier-février 2001, p. 4.

BONNEAU Th. et TREBULLE F. G., *Banquier et crédit « polluants »*, Mélanges AEDBF-France, 2004, p. 47.

BOUDJELLAL Mohamed, *Al-salam, al –isitisna, la-joala, al mouzaraâ, al moussakat, al-moudharassa, ou modes de financement peu utilisés par les banques islamiques*, in *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. 153 – 169.

BOUDJELLAL Mohamed, *Three decades of experimentation: Rethinking the theory of Islamic banking*, Review of Islamic economics, Journal of the International association for Islamic economic and the Islamic Foundation, vol. 10, n° 1, 2006, p. 24.

BOUJEKA A., *Le crédit responsable en droit communautaire*, in Dossier « *Le crédit responsable* », RDBF septembre/octobre 2007, p. 76.

BRUNSWICK Philippe, *Responsabilité des capital-investisseurs*, R.D. banc. et fin., mars-avril 2005, p.87.

CARAMALLI Dominique, *La loi pour l'initiative économique et le déplaçonnement des taux d'intérêt : une nouvelle étape dans l'histoire de l'usure*, LPA, 25 août 2003, n° 169, p. 4.

CARREAU Dominique, *Banques : Harmonisation des conditions d'exercice de l'activité bancaire et mise en œuvre des libertés communautaires*, J-CI Europe, fasc. 1021.

CARUSO Antonella, *Au nom de l'Islam... Quel dialogue avec les minorités religieuses en Europe ?* Institut Montaigne, note et proposition septembre 2007.

CAUSE Geneviève et HIDEUR Nasser, *La gestion des risques dans les banques islamiques*, La Revue du Financier, mai-juin 2010, n° 182-183, p. 81.

CHEICK SALAH Kaled, *Évolution des activités bancaires islamiques : Problèmes et perspectives*, acte de conférence, Institut Islamique de Recherche et de Formation, Banque Islamique de Développement (IRTI/IDB), Djeddah, 1997.

CEKICI Ibrahim Zeyyad, *Développement de la finance islamique en France : les premiers de l'Administration fiscale*, Revue Lamy Droit des Affaires, février 2009, n° 35, p. 77.

CEKICI Ibrahim Zeyyad, *La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamiques en France*, in Dossier, *Problématiques autour du droit du crédit*, Revue Lamy Droit des Affaires, octobre 2008, p. 120.

CEKICI Ibrahim Zeyyad, *Le cadre fiscal des produits bancaires et financières islamique en France*, Les Nouvelles Fiscales, n° 1057, Lamy, n° 1057, 1^{er} décembre 2010, p. 22.

CEKICI Ibrahim Zeyyad, *La finance islamique en France : problème de fond(s) ou de forme ?* Éditorial, Les Cahiers de la Finance Islamique, n° 2, p. 1.

CEKICI Ibrahim Zeyyad, *Le cadre juridique des opérations de crédit islamique en France*, Revue de droit banc. et fin., mars-avril 2011, p. 31.

CEKICI Ibrahim Zeyyad et LADLAMI Aïcha, *Sukuk : le régime de droit musulman et les régimes fiscaux européens*, in dossier La Finance Islamique, Le Journal des Sociétés, Juin 2010, n° 77, p. 39.

CHOUDRY M. A., *An Islamic Critique of the Capital Adequacy Requirement in Basle II as a Neo-liberal Agency Underlying Capitalist Globalization*, Review of Islamic Economics, I.A.I.E., vol. 10, n° 1, 2006, p. 59.

CORNET Christophe, *Le remboursement anticipé (prepayment) du prêt à taux fixe*, RDBF, janvier-février, p. 22.

CUNO Kenneth M., *Contrat Salam et transformation agricoles en basse Égypte à l'époque ottomane*, Annales HSS, Juillet-août 2006, n° 4, p. 925.

DABADIE Michel, *Des limites à la finance islamique ?*, Revue Banque, octobre 2010, n° 728, p. 69.

DAILLE-DUCLOS Brigitte, *Paris en ligne : le monopole du PMU confronté au principe de la libre prestation de services : vers une libéralisation des jeux ?*, JCP, éd. E., n° 39, p. 11 à 16.

DANIS-FATÔME Anne, *L'absence de consentement et le crédit à la consommation*, in « *Droit commun et crédit aux particuliers* », RDBF, mai juin 2004, Introduction de X. Lagarde.

De BROSSES Arnaud, ABOUALI Gamal et BURNAT Florian, *Débuts de la fiscalité islamique en France*, Francis Lefebvre, p. 263.

De BROSSES Arnaud et BURNAT Florian, *Fiscalité des opérations de finance islamique en France : deuxième round*, Bulletin fiscal, Francis Lebevre, novembre 2010, p. 863

DELORENZO Yusuf Talal, *Shari'ah Supervision of islamic mutual funds*, 4th annual Harward Forum on Islamic Finance, <http://www.djindexes.com/mdsidx/downloads/delorenzo.pdf>.

DELORENZO Yusuf Talal, *The total returns swap and the « Shariah conversion technology » stratagem*, <http://dinarstandard.com/finance/DeLorenzo.pdf> (visité le 16 juin 2007) ou http://www.failaka.com/downloads/DeLorenzo_TotalReturnsSwap.pdf (visité le 25 septembre 2010).

De RAUCOURT Nicole, *Des consommateurs sous conditions*, Banque magazine, supplément au n° 639, septembre 2002, p. 36.

DERIEUX Emmanuel, *Neutralité et responsabilité des intermédiaires : Du mythe à la réalité du principe de « neutralité »*, JCP G, n° 13, 226 mars 2012, p. 617

DERRUPÉ J., actualisé par NIZARD de SAINT-DIDIER S., *Société en participation, Notions Générales*, Jurisclasseur Société, 2007, fasc. 47-10.

DJOUTI J., sous la direction, *Opérations complexes et risques du banquier*, Revue de Droit bancaire et financier, mars-avril 2006, p. 54 à 75.

DÖNDÜREN Hamdi, *Ribâ*, in *Islam Ansikopedisi* (en langue turque, notre traduction : *L'intérêt*, in *Encyclopédie de la science islamique*), sous la direction d'A. Agirakça, Tome 5, Samil Yayinevleri, Istanbul, 1992.

DOUMIA Beshara, *Le contrat salam et les relations ville-campagne dans la Palestine ottomane*, Annales HSS, juillet-août 2006, n° 4, p. 905.

DOUMANI Beshara, *Rediscovering palestine. Merchants and peasants in Jabal Nablus, 1700-1900*, Berkeley, University of California Press, 1995.

DUBOS Jacques, actualisé par COUDERT Patrice, *Intérêt et commissions : Fixations des taux d'intérêt*, J-cl, Banque-Crédit-Bourses, Fasc. 510.

DUBOS Jacques, *Intérêts et commissions : Cours, capitalisation et paiement des intérêts*, J-Cl, Banque-Crédit-Bourses, Fasc. 511.

DUSUKI Asyraf Wajdi, *Can Bursa Malaysia's suq al-sila' (commodity mourabaha house) resolve the controversy over tawarruq?*, International Research Academy for Islamic Finance (ISRA), Research Paper, n° 10/2010.

EL-GAMAL Mahmoud Amin, *A basic guide of contemporary Islamic banking and finance*, Rice University, Houston, Juin 2000, in <http://www.ruf.rice.edu/~elgamal>, (visité le 8 octobre 2008).

EL-GAMAL Mahmoud Amin, *An economic explanation of the prohibition of ribâ in the classical Islamic jurisprudence*, Rice University, May 2001, in <http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html>, (visité le 8 octobre 2008).

EL-GAMAL Mahmoud Amin, *Incoherence of contract-based islamic financial jurisprudence in the age of financial engineering*, Rice University, May 2007, <http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html> (visité le 7 octobre 2008)

EL KHOURI Michèle, *Techniques de financement islamique, une discipline peu connue en France*, Banque et droit, n° 92, novembre-décembre 2003, p. 17.

FINEL Laure, *Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêt bancaire*, JCP, n° 37, 1996, p. 333

GASSNER Michael Saleh, *How a sukuk was developed in the state of Saxony-Anfalt*, Islamic Banking and Finance Magazine, December 2004.

GAVALDA Christian, *Le crédit gratuit*, D. 1979, Chron. p. 277.

GOURIO Alain, *Crédits gratuit et promotionnel : vraies et fausses rémunérations*, Table ronde introduite et animée par Y. Gérard, T. Bonneau, P. Guillermin et A.Gourio in *La rémunération du crédit en Europe*, RDBF, mars-avril 2007

GRANGEREAU Pascal et HAROUN Mehdi, *Financements de projet et financements islamiques*, Banque et droit, n° 97, septembre-octobre 2004, p. 60.

GRANGEREAU Pascal et HAROUN Mehdi, *Banques islamiques : la problématique de la mise en place de cofinancements*, Banque Magazine, n° 657, avril 2004. p. 52

HAFSI Taïeb, SIAGH Lachemi et DIALLO Alpha-Oumar, *Environnement intense et choix stratégique : le cas des banques islamiques*, Revue française de gestion, n° 171, 2007, pp. 119-140.

HAMRA-KROUHA Mohamed, *Le projet Al-Waha : un exemple d'innovation financière*, Revue Banque, n° 692, juin 2007, p. 54.

HANEEF Rafe, KUNHIBAVA Sherin and SMOLO Edib, *Mousharaka Moutanaquissa and legal issues: case study of Malaysia*, ISRA International Journal of IF, Vol. 3, Issue 1, 2011,

HAQ Ahsanul, *Indexation of Debt in Islamic Finance Revisited*, Review of Islamic Economics, 2008, vol. 12, n° 1, p. 83

HAUSER Jean et LEMOULAND Jean-Jacques, *Ordre public et bonnes mœurs*, Encyclopédie Dalloz, Civil VIII

HEINRICH Jacques B., *Les principaux contrats de financement utilisés par les banques islamiques*, La Revue Banque, n° 478, décembre 1987, p. 1134.

HOUIN-BRESSAND C., *Bilan de la jurisprudence sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit*, in Dossier « *Le crédit responsable* », Revue de droit bancaire et financier, septembre/octobre 2007, p. 78.

HUSSET Yves, *Calcul de taux et usure dans les prêts remboursables par mensualités*, D. 1977, chron. p. 131.

ISMAIL Imran Muhammed, *Theories of profit and a juristic understanding of legitimate entitlement to profit*, Review of Islamic Economics, 2007, vol. 11, n° 2, p. 53.

JAHEL Sélim, *L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie*, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1985, p. 483.

JOHANSEN Baber, *Le contrat de Selem, Droit et formation du capital dans l'Empire abbaside (XI^e – XII^e siècle)*, annales HSS, juillet-août 2006, n° 4, p. 863 à 899.

JEREZ Olivier, *Le blanchiment d'argent*, Préface de Gaëtan Di Marino, Avant-propos d'Olivier Comte, Revue Banque Édition, 2^{ème} édition, 2003.

KABBAJ Hicham et LEGENDRE Xenia, *Le cadre fiscal de la finance islamique*, Revue de Droit Fiscal, n° 3, 15 janvier 2009, p. 10.

KAMEEL Ahamed et MEERA Mydin, *Intregating al-Rahn (sûreté) with the Gold Dinar: The initial building-blocks towards a Gold-Based Economy*, Review of Islamic Economics, 2008, vol. 12, n° 1, p. 125 - 135.

KHALIL Emad et THOMAS Abdelkader, *The modern debate over riba in Egypte*, in *Interest in Islamic Economics, Understanding riba*, Edited by Abdelkader Thomas, Routledge, Taylor and Francis Group, 2006.

KHAN Muneer and ASLAM Sahir, *Islamic private equity: An overwiev of key Shari'ah compliance criteria*, Islamic Finance Review, 2007/08, p. 70.

KUNTZ Christophe, *Le système informels de transfert de fonds : L'hydre des financements hawala*, infolab, http://www.infoguerre.fr/fichiers/transferts_fonds_hawala.pdf (visité le 15 février 2009).

La finance islamique en Europe, Dossier, Revue Banque, novembre 2007, p. 27 à 44

La rémunération du crédit en Europe, Dossier, Revue de Dr. Banc et Fin., mars-avril 2007, p. 67 à 93.

LASSERRE-CAPDEVEILLE Jérôme, *Le banquier dispensateur de crédit face au principe de proportionnalité*, Banque et Droit, 2007, n° 113, p. 25.

LASSERRE-CAPDEVEILLE Jérôme, *Le prêt usuraire*, in Dossier, *Problématiques autour du droit du crédit*, Revue Lamy Droit des Affaires, octobre 2008, p. 98.

LASSERRE-CAPDEVEILLE Jérôme, *Devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit*, note sous Cass. 1^{ère} Civ., 18 février 2009, pourvoi n° 08-11.221, note de D. 2009, n° 17, 1179.

LATRACHE Hakim et ODDOS Stéphane, *Le tawarouq, un mal nécessaire ?*, Les Cahiers de la Finance Islamique, EM Strasbourg, Université de Strasbourg, n° 2, p. 50 à 62.

Le crédit responsable, Contributions réunies et présentées par Xavier Lagarde, Revue de Dr. Banc et Fin., septembre-octobre 2007, p. 72 et s.

Les baux commerciaux, Option finance, supplément du n° 950 du 18 octobre 2007.

Le DOLLEY Erik, *L'équivalence en droit financier*, Bulletin Joly Sociétés, Février 2009, p. 204.

LEMBO Guillaume, *La SCIAPP : nouvel instrument juridique français, 100% charia compatible*, Droit et patrimoine, n° 188, janvier 2010, p. 38 – 40.

LOKIEC Pascal, *Clauses abusives et crédit à la consommation*, in Dossier « *Droit commun et crédit aux particulier* », Revue de droit bancaire et financier, n° 3, mai-juin 2004, p. 221.

LOMONACO Ruggiero Omar, *Islamic investment product: towards the next stage of evolution*, Islamic Finance Review, 2007/08, p. 30.

LUCAS François-Xavier, *Du contrat de société au contrat d'investissement*, RD. banc. et fin., mars-avril 2005, p. 50.

LUCAS François-Xavier, *Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Bref propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur*, R. D. banc. et fin. Juillet/août 2002, p. 216.

LUCAS François Xavier, *La fiducie au pays de l'or noir*, Bull. Joly Société, Éditorial, p. 825.

MAIGNÉ-GABORIT Françoise, *Baux commerciaux : Comment fixer la valeur locative ?*, Dossier les baux commerciaux, Option finance, supplément du n° 950 du 18 octobre 2007.

MALAURIE Philippe, *Baisse des taux d'intérêt, prêt à long terme et renégociation*, D. 1998, Chronique, p. 319.

MARTIN Didier R., *De l'ouverture de crédit*, RDBF, n° 2, mars-avril 2004, p. 134.

MARTIN G., *Les techniques financières de transfert des risques : L'exemple des cat bonds*, in Dossier les risques environnementaux de l'entreprise, Cah. Dr. Entr. 2006/5. 32.

MARINI Philippe et GAUVIN Alain, *Crise des subprimes, Le résultat de l'obsolescence réglementaire*, Revue Banque, novembre 2007, n° 696, p. 46.

MARIANI Marc, *L'usure, les limites de la réglementation*, JCP E, n° 42, 17 octobre 2002, p. 1660 – 1663.

MATHEY Nicolas, *La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire*, Rev. dr. banc. et fin., mars-avril 2012, in Dossier « *Les nouveaux déterminants de la finance (1^{ère} partie)* », n° 2, p. 81.

- MATTOUT , *Opérations d'échange de taux d'intérêt et de devise, Qualification et régime juridiques en droit français, Défaillance de l'une des parties*, Banque n° 468, janvier 1987, 24 et n° 469, février 1987, p. 128.
- MOHD-YASSINE Norhashimah, *Legal aspects of Islamic banking: Malaysian experiences*, in *Islamic banking and finance: Fundamentals and contemporary issues*, sous la direction de Salman Syed Ali et Ausaf Ahmed, IRTI, 2005.
- MOULIN Jean-Marc, *Principes et moyens de la finance islamique*, Dossier *La Finance Islamique*, Journal des Sociétés, juin 2010, n° 77.
- NAIM Asmadi Mohamed, *Purchase Undertaking in Musharaka mutanaquissa Home Financing*, ISRA International Journal of IF, Vol. 3, Issue 1, 2011, p. 40.
- NAMMOUR Fady, *Activité bancaire islamique : L'expérience libanaise*, Rev. Dr. banc. et fin., nov-déc. 2005, p. 37.
- NIZARD Frédéric, *Le capital hybride innovant : aspects juridiques et internationaux*, Rev. Dr. banc. et fin., janvier-février 2006, p. 47.
- ORAN Ahmad H., *Iktinaz and Islamic Monetary Policy*, Review of Islamic Economics, vol. 11, n° 2, 2007, p. 71 à 85.
- OMAR FAROOQ Mohamed, *Ribâ, Interest and six Hadiths: do we have a definition or a conundrum?*, Review of Islamic Economics, vol. 13, n° 1, 2009, p. 105.
- PARLÉANI Gilbert, *Regards pragmatiques sur la finance islamique*, Rev. dr. banc. et fin., mars-avril 2012, in Dossier « *Les nouveaux déterminants de la finance (1^{ère} partie)* », p. 76-81.
- PARLÉANI Isabelle et Gilbert, 2001, *La tentation du Moyen âge, l'exemple du parasitisme*, in Mélanges C. Gavalda, Litec, 2001, p. 243 à 261.
- PASTRÉ OLIVIER, *Problématique de la rémunération du crédit bancaire*, in dossier « *Rémunération du crédit en Europe* », RDBF, p. 70 et s.
- PEREIRA Brigitte, *Éthique, gouvernance et corruption*, Banque et Droit, n° 111, janvier-février. 2007 p. 11.
- PETEL-TEYSSIÉ Isabelle, *Prêt à intérêt*, J.-CL., Code civil, Articles 1905 à 1908, fasc. 1.
- PIEDELIEVRE Stéphane, *Intérêts des capitaux*, Répertoire commercial Dalloz.
- PIEDELIEVRE Stéphane, *Le déplaçonnement de certains taux d'intérêts*, JCP E, n° 42, 16 octobre 2003, p. 1658 – 1661.
- PORTIER Philippe, *Aménagement du régime de l'usure pour les personnes morales*, RD banc. et fin., mars-avril 2004.

QATTAM M., *Hedge funds, Salam provides the solution*, Islamic banking and finance, Vol. 5, Issue One, spring 2007, p. 22.

RAYMOND G., *Actualité législative en droit de la consommation*, C.C.C, 2005, p. 12.

REIGNÉ Philippe et DELORME Thierry, *Réflexions sur la distinction de l'associé et l'actionnaire*, D. 2002, n° 16, chron. p. 1330.

Religions et croissance, in La documentation française, 14 septembre 2005, p. 21 et s.

RIASSETTO Isabelle, *Fonds éthiques et sociétés commerciales*, in Mélanges D. Schmidt, Joly éditions, p. 399 à 423.

RIASSETTO Isabelle, *Le « faith-based », un concept en droit bancaire et financier*, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, sous la dir. de G. Fargat et E. Dolley, Post faces de J. L. Bergel et Th. Bonneau, LGDJ, 2010, p. 165.

RIASSETTO Isabelle, *Société en participation*, Jurisclasseur, Code civil, Article 1871 à 1873.

ROBERT Jacques, *La liberté de religion, de pensée et de croyance*, in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. Cabrillac, M.-A. Frisson-Roche et Th. Rivet, Dalloz, 2007.

RUOL Vincent, *Création de l'ACP : L'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010, révolution ou évolution ?* Banque et Droit, n° 131, mai-juin 2010, p. 3.

RYCX J.F., *Systèmes juridiques et économie islamique*, in *Les capitaux de l'Islam*, sous la dir. de G. Beaugé, CNRS édition, 2001, p. 45

SAADALLAH Ridha, *Le financement islamique : Concepts et principes généraux*, in *Introduction aux techniques de financement islamique*, actes de séminaires, n° 37, Banque Islamique de Développement-IRTI, 1^{ère} édition, Djeddah, Arabie Saoudite, 1996, p. 19.

SAINT MARC Gilles, *La finance islamique : une alternative pour financer l'économie française*, Bull. Joly Bourse, Mars-Avril 2009, p. 153.

SAINT MARC Gilles, *Le droit français est-il compatible avec la finance islamique ?*, Revue Banque, n° 703, juin 2008, p. 60.

SCHMIDT Dominique et LUTZ Paul, *Réflexion sur les articles 1907 alinéa 2 du Code civil et 4 de la loi du 28 décembre 1966*, R. D. banc. et bourse, sept/oct. 1988, p. 143 à 147.

SCHULZ Thomas M., *Fonds de placement, Des attentes déraisonnables*, Banque magazine, supplément au n° 639, septembre 2002, p. 47 à 49.

SERHAL Chucri-Joseph, *La finance islamique : Une intégration possible dans le système bancaire français*, banque et droit, n° 106, mars-avril 2006, p. 36.

SERHAL Chucri-Joseph, *Les prêts participatifs à l'heure de la finance islamique*, Banque Stratégie, novembre 2007.

SERHAL Chucri-Joseph et CEKICI Ibrahim Zeyyad, *L'application du taux effectif global aux contrats de financements islamiques*, Banque et Droit, n° 126, juillet-août 2009, p.3.

SERHAL Chucri-Joseph et SAINT MARC Gilles, *Titrisation islamique : comment accéder à une nouvelle base d'investisseur*, Banque et Droit, n° 109, septembre-octobre 2006, p. 29

SIDDIQI Mohammad Nejatullah, *Islamic banks: Concept, precept and prospects*, Journal of King Abdulaziz University, Islamic Economics, vol. 10, 1998, Jeddah, Arabie Saoudite, p. 43 à 68.

SIDDIQI Mohammad Nejatullah, *Islamic banking and finance in theory and practice: A survey of state of the art*, Islamic Economic Studies, vol. 13, n° 2, february 2006

SIDI MOHAMED Mohameden, *La mourabaha, comme mode d'intervention dans les banques islamiques*, in *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. 123 – 130

SMITH Russel, DUTT Devika, DAJANI Jacob, MARCZEWSKI Piotr, SCHUPPE Karen and BENNIS Ahmed, *Islamic banking: Specialist issues facing this dynamic growth market*, Islamic Finance Review, 2007/08, p. 56 à 60.

STORCK Jean-Patrice, *Le contrat de société en participation*, Mélanges A. Rieg, Brylant, 2000, p. 767.

STORCK Michel, *L'obligation d'information, de conseil et de mise en garde du banquier dispensateur de crédit*, Colloque *Problématique autour du droit du crédit*, in Dossier, *Problématiques autour du droit du crédit*, Revue Lamy Droit des Affaires, octobre 2008, p. 82 – 87.

STORCK Michel, *Conditions d'agrément d'un OPCVM islamique et conditions d'admission à la négociation des obligations islamique (sukuk) sur un marché réglementé français*, R.T.D.com., Chronique Droit des marchés financiers, Octobre/décembre 2008, p. 808 - 810.

STORCK Michel et CEKICI Ibrahim Zeyyad, *Les sukuk : régime de droit musulman et de droit français*, Acte Pratique, Revue de droit banc. et fin., mars-avril 2011, p. 38.

STORCK Michel et CEKICI Ibrahim Zeyyad, *Questions-réponses de l'AMF sur l'élaboration des prospectus sukuk et les modalités pratiques d'obtention d'un visa en vue de l'admission sur un marché réglementé*, Bulletin Joly Bourse, janvier 2011, n° 1, p. 43 à 46.

STOUFFLET Jean, *La fixation du taux des crédits bancaires après les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1995*, Rev Dr. banc. et de la bourse, janvier/février 1996, n° 53, p. 2.

STOUFFLET Jean, *La fin de la rémunération des comptes à vue ? L'arrêt de la CJCE du 5 octobre 2004*, R. D. banc. et fin., nov.-déc. 2004, p. 437.

STOUFFLET Jean, *Les capitaux propres*, Revue des Sociétés, 1986, p. 545.

STOUFFLET Jean, *Le monopole de la banque quant à la réception des fonds en dépôt*, in Mélanges R. Cabrillac, p. 437.

SYED ALI Salman et AHMED Ausaf, sous la direction de, *Islamic banking and finance: fundamentals and contemporary issues*, Institut Islamique de Recherche et de Formation, Banque Islamique de Développement (IRTI/IDB), 2005.

TELLER Marina, *Les normes IFRS : vers un schisme juridique*, Bull. Joly Bourse, nov. Déc. 2007, p. 707.

TIXIER Jean Luc, *Les contraintes du bail en l'état futur d'achèvement*, Dossier Les baux commerciaux, Option finance, supplément du n° 950 du 18 octobre 2007.

USMANI Muhammed Taqi, *Looking for new steps in Islamic finance*, Islamic Finance Review, Euromoney Yearbooks, 2007-2008, p. 1.

USMANI Muhammed Taqi, *Principles of Shariah governing Islamic investment funds*, <http://www.failaka.com/Library/Articles/Usmani%20-%20Investment%20Funds.pdf>. (visité le 8 mai 2006).

USMANI Muhammed Taqi, *Post-Crisis Reforms, Some points to ponder*, Intervention au Forum économique de Davos, Propos consignés dans notre bibliothèque, Janvier 2010.

USMANI Mohamed Imran Ashraf, *Fixed income securities: a Shari'ah perspective*, Islamic Finance Review, 2008-2009, Euromoney, p. 1.

USMANI Mohamed Imran Ashraf, *Examining the prudence of Islamic banks: A risk management perspective*, Islamic Finance Review, 2009/2010, Euromoney, p. 5.

VALETTE Didier, *Conventions de crédit, Règles communes*, JurisClasseur, Banque - Crédit – Bourse, Fasc. 500.

VALORY Stéphane, *Réversion d'usufruit et tontine après la loi TEPA*, Dossier Transmission de patrimoine après la loi TEPA (Loi du 21 avril 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat), Droit et patrimoine, n° 168, mars 2008, p. 66 et s.

VASSEUX Mathieu, *The next chapter in islamic finance, Higher rewards but higher risks*, Oliver Wyman, 2009.

WILSON Rodney, *Islamic Finance in Europe*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Policy papers n° 2007/02, European University Institute, Florence, p. 10.

YAKOUBY Nizam, *Participation and trading in equities of companies which main business is primarily lawful but fraught with some prohibited transactions*, Fourth Harvard Islamic Finance Forum, Harvard University, September 30th – October 1st 2000.

ZIED C. et PLUCHARD J.J., *La gouvernance des banques islamiques*, février 2006, www.iae.univ-poitiers.fr/affi2006/Coms/052.pdf

IV) Décisions, Etudes et Rapports

(Les décisions des juridictions suprationales et nationales citées n'ont pas été référencées)

Académie du *Fiqh*, Organisation de la Conférence Islamique, *Résolution 179 (19/5)*, Session tenue à Sharjah, Émirats Arabes Unis, du 1 au 5 Jamadil Ula 1430 (26 au 30 avril 2009), www.isra.com, visitée le 11 mai 2009.

Association d'Économie Financière, *Rapport Moral sur l'Argent dans le Monde*, 2005.

Auditing and Accounting Organisation for Islamic Financial Institution, *Resolutions on sukuk*, February 2008, http://www.aaofifi.com/aaofifi_sb_sukuk_Feb2008_Eng.pdf (dernière visite, 12 mars 2009).

Autorité des marchés financiers, *Critères extra financiers de sélections de titres : cas des OPCVM se déclarant conforme à la loi islamique*, note du 17 juillet 2007.

Autorité des marchés financiers, *Admission aux négociations d'obligations islamiques (sukuk) sur un marché réglementé français*, note du 2 juillet 2008.

Bank Negara Malaysia et Malaysia International Islamic Finance Centre, *Islamic banking and financial products in Malaysia*, www.mifc.com.

Bruckhaus Deringer Freshfields, *Islamic finance: basic principles and structures, A focus on a project finance*, <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2006/13205.pdf>.

Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, Rapport annuel, 2007.
Deutsche Bank, *Pioneering Innovative Shari'a Compliant Solutions*, Academic Paper,

Dow Jones Indexes, *Guide to the Dow Jones Islamic Market Indexes*, February 2007.

EL-AHAWARY Dahlia, GRAIS Wafik et IQBAL Zamir, *Regulating Islamic Financial Institutions: The Nature of The Regulated*, World Bank Policy Working Paper 3227, March 2004.

Finance éthique et finance islamique, Dossier, Les Cahiers de la Finance Islamique, n° 1, Juin 2009, École de Management de Strasbourg, Université de Strasbourg.

Finance islamique et immobilier en France, Comprendre pour agir, Livre blanc publié par DTZ Asset Management et Norton Rose, 2010.

Financial Services Authority, *Islamic finance in the UK: Regulation and Challenges*, Rapport, Novembre 2007.

Financial Services Authority, *Home Reversion & Homes Purchase Plans*, Consultations proposals, April 2006.

Financial Services Authority, 27 avril 2006, *Home Reversions and Islamic Mortgages get new consumer protections*, www.fsa.gov.uk/Pages/Library/Communication.

Funds@Works AG, *Shariah Scholars in GCC, A Network Analytic Perspective*, Report September 2009.

General Council for Islamic Banks and Financial Institutions, *Islamic Finance in the GCC, 2010, Analytical report on Islamic Banks and Financial companies*.

International Islamic Financial Market (IIFM), *Sukuk Report, A Comprehensive Study of International Sukuk Market*, 1st Edition,

International Organization of Securities Commissions, *Analysis of the application of IOSCO's objectives and principles of securities regulation for Islamic Securities Products*, Rapport, September 2008.

International Organization of Securities Commissions, *Islamic Capital Market Task Force (ICMTF)*, Rapport, Juillet 2004.

Islamic Financial Services Board & Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank Group, *Ten-Years Framework and Strategies*, www.isdb.org.

Islamic Financial Services Board & Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank Group, *Islamic Finance and Global Financial Stability*, April 2010, www.isdb.org.

JOUINI Elyès et PASTRÉ Olivier, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Rapport remis à Paris Europlace par Elyès Jouini et Olivier Pastré, novembre 2008.

Le guide professionnel de la finance islamique, Groupe Agefi, Development Institute International, Paris.

Moody's Global Banking, *Islamic Banks – Their Strategies and Ratings*, Special comment, May 2009.

Moody's Global Banking, *Frequently asked questions: Islamic Finance, Oil Prices and the Global Crisis*, Special comment, February 2009.

Moody's Global Banking, *International Structured Finance, Global sukuk issuance: 2008 slowdown mainly due to credit crisis, but some impact from Shari'ah compliance issues*, Special report, January 2009.

Moody's Global Banking, *Gulf Islamic banks resilient amid global credit woes*, Special comment, November 2008.

Moody's Global Banking, *Shari'ah Risk: Understanding recent compliance issues in islamic finance*, Special comment, May 2010.

Novethic, *Finance islamique et ISR : convergence possible ?* Note de Travail, mai 2009.

Sénat de la République Française, Rapport d'information fait au nom de la commission des finances, du contrôles budgétaires et des comptes économiques de la Nation sur la finance islamiques par Jean Arthuis, 2 octobre 2008, n° 329, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 mai 2008.

Social Responsibility Trends at Islamic Financial Institution, Based on 2009 Social Responsibility Survey, January 2010, DinarStandard et Dar Al Istithmar, Supporting by AAOIFI.

Standars & Poor's, *Islamic Finance Outlook 2008*.

Standars & Poor's, *Creating Sharia-Compliant Equity Indexes*, Alka Banerjee, Research, November 2006.

STIGLITZ Joseph. E. et les membres d'une Commission d'experts financiers réunis par les Nations Unies, *Le rapport Stiglitz, Pour une vraie réforme du système monétaire et financier international*, LLL Les Liens qui Libèrent, 2010.

V) Encyclopédies, dictionnaires et lexiques

Dictionnaire du droit des religions, sous la dir. de Francis Messner, CNRS Édition, 2010.

Glossaire de la Banque Islamique de Développement, Institut Islamique de Recherche et de Formation, Banque Islamique de Développement (IRTI/IDB), www.isbd.com.

Hadis Ansiklopedisi, Kitoubou Sitte, par CANAN Ibrahim (Compilation des Traditions authentiques, en langue turque), Zaman, Istanbul, 2003.

Islam Ansiklopedisi (en langue turque, notre traduction : *Encyclopédie de la science islamique*), Tome 5, sous la direction d'AGIRAKCA A., Samil Yayinevleri, Istanbul, 1992.

Islam Ilmihali, (en langue turque, notre traduction : *Encyclopédie de la science islamique*), sous la direction de SENTÜRK L. et YAZICI S., publiée par la Direction des Affaires Culturelles de Turquie (Diyanet), 8^{ème} édition, Ankara, 2001.

Lamy Droit du financement, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011.

Le Noble Coran, Nouvelle traduction du sens de ses versets par Mohamed Chiadmi, Préface Shaykh Zakaria Seddiki, Tariq Ramadan et Shaykh Yusuf Ibram, Tawhid, 2005.

Le Referis, dictionnaire pluridisciplinaire de la langue des affaires, par P.-J. LEHMANN et P. MACQUERON, Maxima, Paris, 1995.

Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Dalloz, 5^{ème} Édition, par MERLIN M., T. 13, H. TARLER librairie-éditeur, Bruxelles, 1826.

Vocabulaire de l'économie et des finances, Commission générale de terminologie et de néologie, www.dgflf.gouv.fr.

VI) Standards de la banque et de la finance islamiques

Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institution, Sharia Standard, n° 1, *Trading in currencies*.

Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institution, Sharia Standard, n° 3, *Default on payment by a debtor*.

Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institution, Sharia Standard, n° 8, *Murabaha to the Purchase Orderer*.

Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institution, Sharia Standard, n° 9, *jarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*.

Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institution, Sharia Standard, n° 10, *Salam and Parallel Salam*.

Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institution, Shari'a Standard, n° 12, *Partnership (Musharaka) and Modern Companies*

Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institution, Sharia Standard, n° 13, *Mudaraba*.

Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institution, Sharia Standard, n° 24, *Syndicated Financing*.

Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institution, Sharia Standard n° 30, *Monetization (Tawarruq)*.

Islamic Financial Services Board, *Capital Adequacy Requierements for Sukuk Securitisations and Real Estate Investment*, Exposure Draft, December 2007.

Islamic Financial Services Board, *Capital Adequacy Standard for Institutions (other than insurance institutions) Offering only Islamic Financial Services*, decembre 2005.

Islamic Financial Services Board, *Disclosures of Promote Transparency and Market Discipline for Institutions Offering Islamic Financial Services*, December 2007.

Islamic Financial Services Board, *Guidance on Key Elements in the Supervisory Review Process of Institutions offering Islamic Financial Services* (excluding Islamic Insurance (Takaful) Institutions and Islamic Mutual Funds), December 2007.

Islamic Financial Services Board, *Principles on Shari'ah Governance Systems for Islamic Financial Institutions*, decembre 2009.

Islamic Financial Services Board, *Technical Note on Issues in Strengthening Liquidity Management of Institutions offering Islamic Financial Services: TheDdevelopment of Islamic Money Markets*, march 2008.

VII) Webographie

www.aaofifi.com.

www.afg.asso.fr.

www.banque-france.fr.

www.failaka.com.

www.iccr.org.

www.ifsb.com.

www.isdb.org.

www.irti.org.

www.islamic-banking.com.

www.légifrance.gouv.fr.

Index

A

AAOIFI, n° 2.

- normes islamiques, n° 10, v. *régimes juridiques des crédits islamiques*.

Académie de fiqh, n° 96.

Adossement à un actif, n° 16, n° 364 – 366.

Allemagne, n° 13.

Amanah (contrat de dépôt), n° 45.

Arbun (acompte), n° 161, 219.

Arrhes, n° 131.

Assurance islamique, v. *takaful*.

Autorité de contrôle prudentiel

- agrément des banques islamiques, n° 325.
- gestion des risques, n° 214.

Autorité des marchés financiers

- agrément des OPCVM islamiques et les sukuk, n° 3.

B

Banque islamique, v. aussi *finance islamique*

- Agrément en France (condition), n° 3, 325.
- évolution, n° 5 – 10.
- gouvernance, v. *Sharia Board*.

Bay (vente), v. *vente*

- bay al arbun, n° 131.
- bay al bara'ah, n° 171, n° 634.
- bay al dayn bil dayn, n° 140.
- bay al inah, n° 138, 151, 371 – 373.
- bay al istiglal, n° 138.
- bay al istijrar, n° 151.
- bay al istisna, n° 153, v. *crédit istisna*.
- *bal al mouajjal*, n° 155.

- bay al. mourabaha, n° 150 à 157, v. *crédit mourabaha*.
- bay al moussawamah, n° 126, 150.
- bay al salam, n° 153, v. *crédit salam*.
- bay al sarf, n° 135, 358.
- bay al taqsit, n° 135.
- bay al tawarruq, n° 157, 540.
- bay al wafa, n° 137, 152.
- bay an nassia, n° 135.
- bay bithaman ajil, n° 135, 156.

Bouyou (pl. de bay), v. *bay* et *vente*.

C

Caractère onéreux du crédit, n° 247 et suivants, et 336 et suivants.

Change de devise, v. *bay al sarf*

- opération de crédit, n° 248.

Charia, v. *loi islamique*.

Clauses adjoints et essentielles, n° 141.

Clause de réserve de propriété, n° 142, 527.

Clause de voir parée, n° 646.

Combinaison des contrats, n° 167 à 176.

Comité de conformité islamique (Sharia Board), n° 223 – 241.

Compensation (mouqassah), n° 315.

Compte épargne logement, n° 268 – 270.

Compte d'investissement participatif, n° 768, 827 – 832, 871 – 873.

Comptes de réserve, n° 858.

- « investment risk reserve » et « profit equalisation reserve », n° 831.

Conseil constitutionnel

- décision sur les sukuk, n° 3, 284.

Crédit immobilier, n° 594 et suivants.

- construction, v. *crédit istisna*.

Coran, n° 54 et suivants, v. aussi *prohibition du ribâ* et *sources du droit musulman*.

Coût du crédit, n° 451.

Crédit adossé, V. *opération de crédit adossé à une vente ou opération de crédit adossé à un louage*, v. aussi *crédit ijara*, *crédit istisna*, *crédit mourabaha*, *crédit salam* et *crédit tawarruq*.

Crédit affecté, n° 592 – 593.

Crédit-bail, n° 262 – 263, 725 – 750.

- définition, n° 726.
- crédit-bail mobilier islamique, n° 727.
- crédit-bail immobilier islamique, n° 728.
- v. *opération de crédit adossé à un contrat de louage*, *crédit mousharaka dégressive*.

Crédit-bail participatif, n° 310, n° 891 – 897.

Crédit de droit français, v. *opération de crédit* v. aussi *opération de crédit adossé à un contrat de louage*, *opération de crédit adossé à un contrat de vente*, *opération de crédit adossé à un contrat de société*.

Crédit gratuit, n° 377 – 382.

Crédit hawala, n° 274 – 277, n° 312 – 323.

Crédit ijara (régime de droit musulman)

- assurance, n° 695.
- cause d'extinction du contrat, n° 677 – 680.
- clause de garantie et de non recours, n° 693.
- définition, n° 41, 656.
- hamish jiddiya, n° 690.
- ijara à terme, n° 668.
- ijara successif, n° 668.
- ijara parallèle, n° 668.
- jouissance de la chose, n° 671 – 674.

- mécanisme, n° 682 – 685.
- nature de la chose louée, n° 673 – 674.
- nature juridique du contrat, n° 661.
- objet, n° 662.
- paiement du loyer, n° 675 – 767.
- pénalité de retard, n° 692.
- régime juridique islamique, n° 657 – 695.
- responsabilité du locataire, n° 694.
- sources, n° 659.
- V. aussi *opération de crédit adossé à un contrat de louage*.

Crédit ijara muntahia biltamlik (régime de droit musulman)

- définition, n° 41, 666, 683.
- V. aussi *crédit ijara*, *opération de crédit adossé à un contrat de louage*.

Crédit ijara wa iktina (régime de droit musulman)

- définition, n° 41, 665.
- V. aussi *crédit ijara*, *opération de crédit adossé à un contrat de louage*.

Crédit islamique, n° 46, v. *opération de crédit islamique*.

Crédit istisna (régime de droit musulman)

- définition, n° 41, 577.
- distinction d'avec le salam, n° 581.
- formation du contrat, v. *opération de crédit islamique*.
- régime juridique islamique, n° 577 – 585.
- qualification en droit français, n° 603 – 604.
- v. aussi *opération de crédit adossé à un contrat de vente*.

Crédit moudaraba (régime de droit musulman), n° 818 – 860.

- apports, n° 837 – 842.
- capital social, n° 836 – 844.
- clé de répartition des pertes et des profits, n° 852 – 859.
- définition, n° 42, 762, 768, 818.
 - o moudaraba restrictive et non restrictive, n° 836.
- garantie du capital social, n° 843 – 844.
- mécanisme,
 - o comptes d'investissement participatif, n° 827 – 832.
 - o crédit moudaraba, n° 832 – 834.
 - o refinancement des banques islamiques, n° 835.

- structure de base d'une banque islamique, n° 823 – 826.
- moudaraba non restrictive, n° 845 – 849.
- moudaraba restrictive, n° 850 – 851.
- nature juridique, n° 821.
- sources, n° 820.
- v. aussi *opération de crédit participatif*.

Crédit mourabaha (régime de droit musulman)

- clause de non remise du prix, n° 536.
- coût du crédit mourabaha, n° 530.
- défaillance du client, n° 531 – 539.
- définition, n° 41, 508.
 - assorti d'un ordre d'achat, n° 171 ; 509.
- distinctions d'avec les autres crédits adossés à une vente, 150 – 157,
- formation du contrat, v. *opération de crédit islamique*
- garantie, n° 532.
- liquidation amiable des actifs, n° 537 – 538.
- mécanisme, n° 510 – 512.
- objet du contrat de mourabaha, n° 522 – 525.
- pénalité de retard, n° 534.
- profit, n° 528 – 530.
 - taux fixe, n° 528.
 - taux variable, n° 530
 - ibra, n° 530
 - v. *marge bénéficiaire, TEG*.
- promesse d'achat, n° 515 – 518.
- qualification en droit français, n° 595 – 599.
- régime juridique islamique, n° 507 – 539.
- restructuration du crédit, n° 535.
- v. aussi *opération de crédit adossé à un contrat de vente*.

Crédit mousharaka (régime de droit musulman)

- définition, n° 42, 163, 762, 765.
- cessions de parts sociales, n° 782.
- cautionnement, n° 790
- extinction, n° 799.
- mécanisme, n° 771.
- participation aux bénéfices et aux pertes, n° 791 – 798.
- régime des apports, n° 784 – 790.
- régime juridique islamique, n° 777 – 799.
- variété de crédit mousharaka, n° 772 – 776.
- v. *sharikat, opération de crédit participatif*.

Crédit mousharaka dégressive (régime de droit musulman) combiné à l'ijara, n° 172, 685, 800 – 817.

- défaillance du client, n° 810 – 817.
- documents contractuel, n° 803.
- valeur des parts, n° 808 – 809.
- paiement des loyers, n° 806 – 807.
- participation, n° 804 – 805.

Crédit par mobilisation des créances, n° 272 – 277,

Crédit par signature, n° 278 – 283.

Crédit participatif, n° 42, 166, 306 – 307, 757 – 903, V. opérations de crédit mousharaka et moudaraba.

Crédit responsable, n° 445.

Crédit ruineux, n° 445.

Crédit salam (régime de droit musulman)

- définition, n° 41, 550.
- obligation de livraison, n° 567 – 571.
- date de livraison, n°
- formation du contrat, v. *opération de crédit islamique*
- montage salam – parallèle salam, n° 572 – 576.
- nature du paiement, n° 560 – 562.
- qualification en droit français, n° 607 – 612.
- régime juridique islamique, n° 550 – 576.
- sources, n° 551.
- v. aussi *opération de crédit adossé à un contrat de vente*.

Crédit tawarruq (régime de droit musulman)

- définition, n° 41, 540.
- formation du contrat, v. *opération de crédit islamique*
- mécanisme, n° 543.
- qualification en droit français, n° 600 –
- régime juridique islamique, 540 – 549.
- v. aussi *opération de crédit adossé à un contrat de vente*.

Crédit voudjouh (régime de droit musulman), n° 42, 763.

D

Droit musulman, v. *Fiqh*.

F

Fatwa (décision - jugement), n° 12 et 84.

Fenêtre islamique, n° 11.

Fiqh (droit musulman), n° 21.

- fouqaha (jurisconsultes), n° 26
- Sources du droit musulman, n° 53 à 124.

Filtrage financier islamique, n° 113.

Finance islamique

- évolution, n° 5.
- législation, n° 2.
- piliers de, n° 14 à 19.
- origine, n° 4.
- régulation, n° 8.
- réglementation, n° 34.

Fonds islamiques, n° 3, 7.

G

Gabriel (Archange), n° 25.

Gestion des risques, v. *IFSB* et *risques*

Gharar (aléa), n° 18, 21, **72 à 75**, 99, 102.

Golfe (pays du Golfe)

- lois sur les banques islamiques, n° 2.

H

Hadith, v. *sounna* » et *tradition de Mohamed*

- hadith qoudsi, n° 760.

Halal (permis), (investissement), n° 17

Hamish jiddiya (gage de sérieux), n° 131, 519 – 520, 690.

- définition, n° 131.
- réduction du risque de crédit, n° 218.
- indépendance des contrats, n° 639.

Hawala (contrat de transport de dette), n° 44, v. *crédit hawala*.

Hila' (pl. Hiyal) (subterfuge), n° 26, 366 – 373.

Hisba, n° 185.

Homo oeconomicus islamique, n° 124.

I

IFSB (Islamic Finance Services Board), n° 2, 3, 10.

- standards, n° 198 et suivants.
- v. *risques de crédit islamique*.

Ijmâ (consensus doctorum), n° 77 et 86.

Iktinaz (surveillance des marchés), n° 184 – 188.

Illâ (fait générateur), v. *ribâ*.

Indépendance des contrats, n° 137, 173.

Indemnités en cas de défaillance du client, n° 420 – 426.

Indemnités en cas de remboursement anticipé, n° 416 – 419.

Indexation, n° 414 – 415.

Indices financiers islamiques, n° 10.

Intérêt

- anatocisme, n° 24, 389.
- interdiction dans le Christianisme, n° 29.
- interdiction dans le Judaïsme, n° 28.
- interdiction en Islam, n° 15, 21.
- intérêt simple, n° 24, 389.

- intérêt capitalisé, n° 24, 389.
- intérêt composé, n° 389.
- régime juridique, n° 374 à 390.
- usure, v. ce mot.

Instruction fiscale, v. *opération de crédit adossé à un contrat de vente, de location et de société*

IOSCO (ou OICV), n° 5, 9

J

Joala (contrat de commission), n° 45.

K

Kafala (cautionnement), n° 43.

Khiyar (option), n° 143 à 148.

- Khiyar al ghubn, n° 147.
- Khiyar al ruyah, n° 144
- Khiyar al shart, n° 148.
- Khiyar al taffaruq al safqa, n° 148.
- Khiyar al ta'yin, n° 146.
- Khiyar al wasf, n° 145.

L

Laïcité, n° 33 – 34.

Lease-back, n° 667.

Location assortie d'une option d'achat, n° 262 – 263, 666.

Location financière, n° 252.

Loi islamique, n° 21, 51 et suivants.

Lois des peuples monothéistes, n° 109.

Louage, n° 656, 698.

M

Madhab (école juridico-théologique), n° 26, 77 à 87.

- Hanafite, n° 80.
- Malékite, n° 81.
- Chafé'ite, n° 82.
- Hanbalite, n° 83.
- Zaydite, n° 87.

Maslaha (intérêt général), n° 106.

Maqasid sharia (finalité de la loi islamique), n° 114 à 124.

Maysir (jeu de hasard), n° 18, 75.

Marge bénéficiaire, n° 528.

- nature juridique, n° 362.
- *mark-up*, n° 35.

Mohamed, v. *Tradition de Mohamed*.

N

Nullité des clauses ribawi, v. *ribâ*.

O

Opération de crédit

- catégories, n° 254 à 283.
- champ d'application, n° 242.
- définition, n° 32.
- variété, n° 251.

Opération de crédit adossé à un contrat de louage (régime juridique français)

- défaillance du client, n° 723.
- définition, n° 41, 656.
- dénouement de l'opération
 - o cession du contrat de crédit-bail, n° 746.
 - o exécution de la promesse, n° 743 – 745.
 - o résiliation, n° 747 – 751.
- distinction d'avec le prêt à intérêt, n° 710.
- effets, n° 738 – 741.
- hamish jiddiya, n° 719.
- offre de crédit, n° 717.

- obligation d'information, n° 720.
- obligations du crédit-bailleur islamique, n° 730.
- obligations du crédit-preneur islamique, n° 731.
- option d'achat, n° 721.
- paiement des loyers, n° 734 – 736.
- pénalités de retard, n° 737.
- publicité, n° 732.
- qualification juridique, n° 698 – 702, 714 – 715.
 - o en crédit-bail, n° 706 – 710.
 - o en crédit-bail adossé, n° 712.
 - o en lease-back, n° 711.
 - o en location-accession, n° 704.
 - o en location assortie d'une promesse de vente, n° 703 – 704.
 - o en location-vente, n° 703.
- résiliation, n° 722.
- régime fiscal, n° 752 – 756.
- TEG, n° 710, 720.
- vices cachés, n° 741.
- faculté de rétraction, n° 616.
- fondements juridiques français, n° 243.
- formation du contrat, n° 613
 - o offre de crédit, n° 614 – 618.
- indépendance et interdépendance des contrats, n° 635 - 641
- liberté contractuelle, n° 590.
- livraison du bien, n° 630.
- mention du prix de vente, n° 629.
- notion, n° 35.
- objet, n° 46.
- qualification en crédit affecté, n° 593.
- qualification en crédit à la consommation, n° 592.
- qualification en crédit immobilier, n° 594.
- qualification juridique française, n° 591.
- régime fiscal, n° 284.
 - o istisna, n° 654 – 655.
 - o mourabaha, n° 293 – 304, 648 – 651.
 - o tawarruq, n° 652 – 653.
- transfert de propriété, n° 628.
- variété de crédit, n° 249.
- vices cachés, n° 634.

Opération de crédit adossé à un contrat de société (régime juridique français), n° 860 à 903.

- cessions des parts, n° 890.
- clause léonine, n° 889.
- clause de participation, n° 866.
- définition, n° 861.
- distinction société et prêt, n° 864.
- immixtion (critère d'), n° 865.
- prise de participation des banques, n° 869 – 870.
- qualification en société en participation, n° 863.
- qualification en prêt participatif, n° 867.
- régime fiscal, n° 899 – 903.
- régime juridique des crédits participatifs, n° 874 – 890.
 - o application du régime du prêt participatif, n° 870 – 883.
 - o application du régime de la société en participation, n° 875 – 879.
 - o régime ad hoc, n° 884 – 890.
- régime juridique de la mousharaka dégressive et l'ijara, n° 891 – 899.

Opération de crédit adossé à un contrat de vente (régime juridique français), n° 308 – 311, 586 – 655.

- définition, n° 41
- défaillance du client, n° 642 – 646.
- destination des fonds, n° 620.
- effets, n° 627

Opération de crédit islamique (régime de droit français)

- caractère onéreux, n° 247, 336 – 487.
 - o détermination du prix de vente, n° 622.
- classification, n° 39 à 46, n° 305 à 325.
- construction d'un bien, n° 631 – 633.
- contenu de la convention de crédit, n° 619.
 - o mention obligatoire, n° 623
- crédit à la consommation, n° 250, 592.
- crédit aux entreprises, n° 250.
- définition, n° 32.
- V. aussi *opération de crédit adossée à un contrat de location, de société et de vente.*

Option, v. khiyar

Ordre public, n° 36.

Ordre public islamique, n° 60, 66.

P

Portage, n° 253.

Prêt

- droit français, n° 246, 255 – 256.
- droit musulman, n° 246.

Prêt à intérêt, n° 247.

Prêt d'argent, n° 26, 67.

Prêt participatif, n° 261, 863.

Q

Qimar (jeu de hasard), n° 18

Qiyas (analogie), n° 110 à 113,

- illâ, n° 26, 112.
- illâ du ribâ, v. *ribâ*

R

Rahn (sûreté réelle), n° 43.

Ray (opinion préférentielle), n° 104 – 105.

Responsabilité contractuelle des dispensateurs de crédit islamique, n° 430 – 446.

- client averti ou non, 437.
- devoir de conseil, n° 435.
- devoir de mise en garde, n° 436.
- obligation d'information, n° 432 – 434.
- responsabilité et crédit ijara, n° 443.
- responsabilité et crédit istisna, n° 442.
- responsabilité et crédit mourabaha, n° 441.
- responsabilité et crédit participatif, n° 440.
- responsabilité des sharia board, n° 439.
- responsabilité sociale, n° 446.

Ribâ (intérêt)

- définition, n° 22.
- distinction d'avec la marge bénéficiaire, n° 361.
- illâ – fait générateur, n° 337 à 355.
- pilier de la finance islamique, n° 15.
- principe général du droit musulman, n° 86 à 90.
- prohibition, n° 22
 - o dans le Coran, n° 24, **55**
 - o dans la Sounna, n° 25, **60 à 71**.
 - o exception, n° 91 – 92.
- purification, n° 19
- régime, n° 337 à 366.

- sanction, n° 101.
 - o nullité, 400 – 411.
 - o nullité en droit français, n° 427.
- sources, n° 22.
- théorie de l'équivalence des prestations, n° 93 à 98.
- ribâ al dayn, n° 68.
- ribâ al fadl, n° 23, 26, 60, **64**.
- ribâ an-nassia, n° 23, 26, 60, **65 à 67**.
- riba al wadiah, n° 69.
- ribâ al yad, n° 70.
- surveillance, n° 178 – 179.

Risque

- coefficient de solvabilité islamique, n° 199.
- gestion islamique des risques, n° 208 à 214.
- réduction des risques, n° 215 à 223.
- risque de change islamique, n° 202.
- risque de crédit, n° 200.
- risque liés aux actifs sous-jacents, n° 207.
- risques liés aux comptes d'investissement participatifs, n° 205.
- risques de crédit adossé, n° 206.
- risque de crédit participatif, n° 206.
- risque de marché, n° 201.
- risque de non-conformité islamique, n° 239 – 242.
- risque opérationnel islamique, n° 203.

Royaume-Uni

- Financial Services Authority, n° 3.
- réformes législatives et fiscales, n° 13.
- résolutions des litiges, n° 409 – 410.

S

Sénat

- Rapport sur la finance islamique, n° 2, 3.

Sharia Board, n° 12, voir *comité de conformité islamique*.

Sharikat (société) (régime de droit musulman), n° 159 à 166, 758 – 860.

- catégories, n° 762.
- crédit moudaraba, n° 818 – 859
- crédit mousharaka, n° 162, 762, 764.
- définition, n° 159.
- force obligatoire (*ladzim*), n° 161.
- règles générales, 758 – 769.
- sharikat al-abdan, n° 164
- sharikat al-amlak, n° 164

- sharikat al aqd, n° 159
- sharikat al-inan , n° 165
- sharikat al moufavadah, n° 165, 762
- sharikat al mulk, n° 159,
- sharikat mussahamah, n° 164
- sharikat al voudjouh, n° 763.
- sources, n° 760.

Société de crédit participatif, v. *sharikat al voudjouh*.

Sounna, v. *Tradition de Mohamed*.

Subterfuges, v. *hila'*.

Sukuk (titre financier islamique).

- marché, n° 6.
- régime fiscal, n° 285 – 292.
- sukuk ijara, n° 686.
- sukuk salam, n° 554.

Sûreté, n° 216 – 220.

Surveillance islamique des banques, n° 176 à 241.

T

Takaful, n° 487.

Taux effectif global, n° 32, 251.

- applicable aux crédits islamiques, n° 447 – 487.
- assiette du TEG, n° 450.
- assiette du TEG islamique, n° 464.
- clause de participation, n° 466 – 471.
- commissions, n° 478 – 485.
- définition, n° 448.
- frais, n° 473 – 477.
- marge bénéficiaire, 472.
- primes d'assurance, n° 486 – 487.
- parts sociales, v. *clause de participation*.
- taux de profit, n° 466 – 467.

Taux de profits

- marché interbancaire, n° 9,
- v. *TEG*.

Tawaruq organisé, n° 547.

Tradition du Prophète Mohamed, n° 21.

- sur les six produits ribawi, n° 25, 26.
- illâ – fait générateur du ribâ, n° 351 – 355.

Turquie

- loi relative aux banques participatives, n° 2.

U

Urf (us e coutume), n° 107.

Usure, n° 15, 251, 391 – 399.

V

Vente

- de droit français, n° 46, v. *crédit adossé*.
- de droit musulman, n° 41, 126 à 158.
 - o conformité de la vente à crédit, n° 68, 135.
 - o clauses essentielles et adjointes, n° 140.
 - o clause de réserve de propriété, n° 142.
 - o transfert de propriété, 141 – 142 .
 - o principes généraux, n° 493 – 506.
 - o vente à crédit, n° 126, 136.
 - o vente avec participation aux résultats, n° 139.
 - o vices cachés, n° 634.

W

Wadiah (contrat de dépôt), n° 45.

Wakala (contrat de mandat), n° 45.

Islamic window, v. « *fenêtre islamique* »

Z

Zakat (aumône obligatoire)

- définition, n° 19.
- surveillance, n° 180 – 183.

Annexes

Annexe I : Les versets 275 et suivants de la Sourate II

Verset 275 : *« Ceux qui mangent de l'intérêt ne font que se lever comme se lève celui que le toucher du Diable accable. Cela, parce qu'ils disent : « Rien d'autre : le commerce, c'est comme l'intérêt ! ». Alors que Dieu a rendu licite le commerce et illicite l'intérêt ! Celui qui cesse dès que lui vient une exhortation de son Seigneur, à lui ce qui est passé ; et son affaire dépend de Dieu. Mais quiconque récidive... alors les voilà, les compagnons du Feu ! Ils y demeureront éternellement ».*

Verset 276 : *« Dieu a anéanti l'intérêt et fait fructifier les aumônes. Et Dieu n'aime aucun ingrat pécheur ».*

Verset 278 : *« Ho, les croyants ! Craignez Dieu ; et renoncez au reliquat de l'intérêt, si vous êtes croyants ».*

Verset 279 : *« Et si vous ne le faites pas, alors recevez l'annonce d'une guerre de la part de Dieu et de Son messager. Et si vous vous repentez, alors à vous vos capitaux : et point ne lèserez ni serez lésés ».*

Verset 280 : *« À celui qui est dans la gêne, accordez lui un sursis jusqu'à l'aisance. Mais il est mieux pour vous de faire remise, si vous savez ! ».*

Verset 281 : *« Et craignez le jour vous serez ramenés vers Dieu. Alors chaque âme sera pleinement payée de ce qu'elle aura gagné. Et on ne leur manquera point ! ».*

Annexe II : Les differents contrats sous-jacents des services et produits bancaires et financiers islamiques,

in Muhammed OBAIDULLAH, *Islamic financial services*, Islamic Economics Research Centre, King Abdelaziz University, Jeddah, Saudi Arabia, 2005, p. 16)

• Deposit Services

| | |
|----------------------------|--|
| Current Deposit | <i>Wadiah Wad Dhamana / Qard Hasan</i> |
| Savings Deposit | <i>Wadiah Wad Dhamana / Mudaraba</i> |
| General Investment deposit | <i>Mudaraba</i> |
| Special Investment deposit | <i>Mudaraba</i> |

• Retail / Consumer Banking

| | |
|----------------------------|---|
| Housing & Property Finance | <i>BBA / Ijara wa Iktina /Diminishing Musharaka</i> |
| Hire Purchase | <i>Ijara Thumma Al-Bai</i> |
| Share Financing | <i>BBA / Mudaraba / Musharaka</i> |
| Working Capital Financing | <i>Murabahah/ Bai Al-Einah/ Tawarruq</i> |
| Credit Card | <i>Bai Al-Einah/ Tawarruq</i> |
| Charge Card | <i>Qard Hasan</i> |

• Corporate Banking/ Trade Finance

| | |
|-------------------------|---|
| Project Financing | <i>Mudaraba / Musharaka / BBA / Istisna / Ijara</i> |
| Letter of Credit | <i>Musharaka/ Wakala/ Murabaha</i> |
| Venture Capital | <i>Diminishing Mudaraba/ Musharaka</i> |
| Financing Syndication | <i>Musharaka + Murabaha/ Istisna / Ijara</i> |
| Revolving Financing | <i>Bai Al-Einah</i> |
| Short-term Cash Advance | <i>Bai Al-Einah/ Tawarruq</i> |
| Working Capital Finance | <i>Murabaha/ Salam/ Istijrar</i> |
| Letter of Credit | <i>Murabaha</i> |
| Letter of Guarantee | <i>Kafala + Ujr</i> |
| Leasing | <i>Ijara</i> |
| Export/ Import Finance | <i>Musharaka/ Salam/ Murabaha</i> |

Work-in-Progress, Construction Finance *Istisna*

Bill Discounting *Bai al-Dayn*

Underwriting, Advisory Services *Ujr*

• **Treasury / Money Market Investment Products**

Sell & buy-back agreements *Bai al-Einah*

Islamic Bonds *Mudaraba / Mushraka + BBA / Istisna / Ijara*

Government Investment Issues *Qard Hasan/ Salam/ Mudaraba*

• **Other Products & Services**

Stock-Broking Services *Murabaha/ Wakala/ Joala*

Funds Transfer (Domestic & Foreign) *Wakala/ Joala*

Safe-Keeping & Collection (Negotiable Instruments) *Wakala/ Joala*

Factoring *Wakala/ Joala/ Bai al-Dayn*

Administration of Property, Estates and Wills *Wakala*

Hiring of Strong Boxes *Amana/ Wakala*

Demand Draft, Traveller's Cheques *Ujr/ Joala*

ATM Service, Standing Instruction, Telebanking *Ujr*

Annexe III : Le filtrage financier islamique

Le filtrage financier tient compte de la structure capitaliste des sociétés. Deux ratios importants ont été établis.

1) Le ratio d'endettement

Le ratio d'endettement est mis en place en raison d'une forte présomption de genèse d'intérêt dans l'acquisition des titres des sociétés endettées. Il présente des variantes et peut correspondre aux quotients suivants :

- Montant total de la dette sur la valeur moyenne de la capitalisation boursière annuelle ;
- Montant total de la dette sur l'actif total.

Ce ratio doit être inférieur à **33%**. Aucun texte scripturaire (ni dans le Coran, ni dans la *Sunna*) ne mentionne ce taux. Ce sont les juristes qui l'ont établi grâce à un effort intellectuel collectif (*ijtihad*). Selon les uns, il s'agit d'une extension – certes contestable – du seuil à partir duquel les actionnaires disposent d'un droit de veto aux seins des assemblées générales des sociétés²⁵¹⁵. Les autres se fondent sur le principe, inspiré de la Tradition, qu'une chose perd de sa légalité lorsqu'un tiers de sa substance est affecté de doute. Un endettement de plus de 33% conduit à entacher les titres de la société *ribâ*.

Étant donné qu'il revient aux investisseurs de ne pas détenir des titres de créances (obligations, bonds, etc.) générateurs de revenu usuraire alors même que l'activité de la société émettrice serait conforme à la loi islamique, ces titres doivent, selon nous, servir à déterminer le ratio d'endettement de la société dans la mesure où le volume de ce genre de titres émis permettra d'évaluer son niveau d'endettement.

²⁵¹⁵ Abdulkader Thomas, Stella Cox et Bryan Kraty, *Structuring Islamic Finance Transaction*, Euromoney Book, 2005, p. 144.

2) Le ratio de liquidité

Dans la mesure où un des piliers de la finance islamique est l'adossement à un actif réel et tangible, cette exigence a été chiffrée par les juristes contemporains. Ainsi, l'acquisition légale d'un titre dépend de la nature liquide des actifs de l'entreprise. Une partie significative de l'actif de la société ne doit pas être liquide parce que les titres auraient un sous-jacent quasi-monétaire pouvant entrer dans le champ de la prohibition de l'intérêt. En effet, l'échange de monnaie par le biais d'un titre est fortement suspect en droit musulman. Les auteurs divergent sur la proportion des actifs liquides. Selon les uns, elle doit être au maximum de 50% puisqu'au dessus cela revient à les considérer comme liquides. D'autres suggèrent un pourcentage de 33%. En outre, le ratio de liquidité de type islamique présente des variantes et, par voie de conséquence, le taux pourra différer selon la méthode de calcul appliquée. Il s'agit :

- Soit du rapport du montant de la trésorerie disponible sur la valeur moyenne de la capitalisation boursière ;
- Soit du rapport du montant de la trésorerie et des actifs générant des intérêts sur la capitalisation boursière ;
- Soit le rapport du montant des créances sur l'actif total.

Aux deux premières, est assigné le taux de 33% ; et à la dernière, celui de 50%²⁵¹⁶.

En vue de synthétiser cette méthodologie, nous proposons un schéma du filtrage islamique.

²⁵¹⁶ Nizam Yakouby, *Participation and trading in equities of companies which main business is primarily lawful but fraught with some prohibited transactions*, Fourth Harvard Islamic Finance Forum, Harvard University, September 30th – October 1st 2000, p. 22 ; M. Khan et S. Aslan, *Islamic private equity: An overview of key Sharia'h compliance criteria*, Islamic Finance Review, Euromoney YearBook, p. 71; Antoine Salim Chebli, *L'investissement Sharia Compliant et les entreprises françaises*, in *La Finance Islamique à la française, Un moteur pour l'économie, Une alternative éthique*, sous la direction de Jean Paul Laramée, Préface d'Ahmad Jachi, de Hervé de Charrette et Avant-propos de Dominique de Courcelles, Secure Finance, pp. 173 à 180.

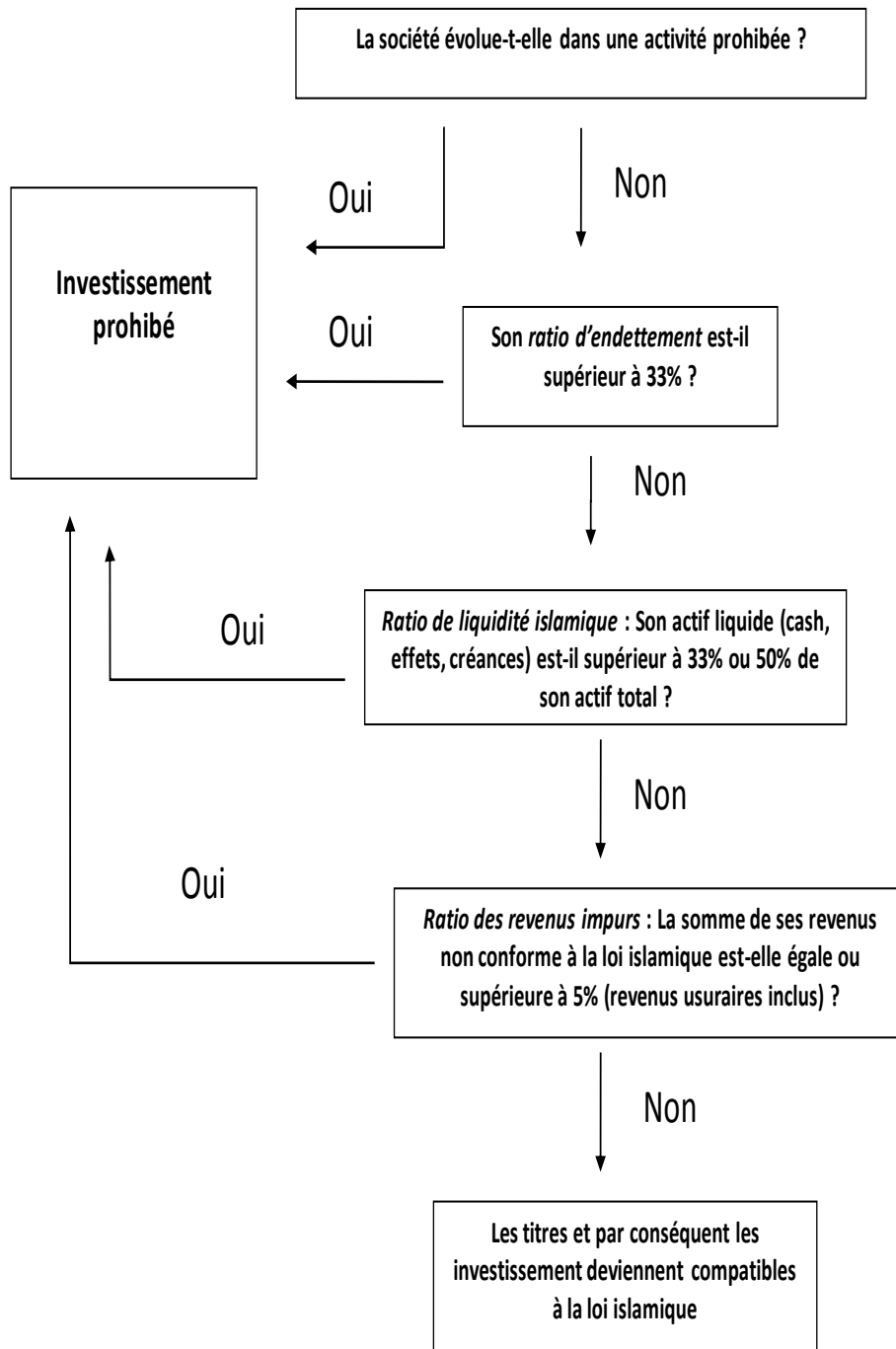


Schéma du filtrage islamique de titres financiers
(Source : Auteur)

Annexe IV : Loi du Royaume de Belgique du 4 octobre 1540

in Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Dalloz, 5ème Édition, par M. Merlin, T. 13, H. TARLER librairie-éditeur, Bruxelles, 1826, p. 427)

Article 8 : « pour ce qu'aucuns marchands, hantant et fréquentant nosdits pays, postposant leur bonheur et salut, s'avancent pour nourrir leur avarice, faire seulement marchandises d'argent en le donnant en gain excessif, et faire distinction entre Intérêt qui est permis aux bons marchands, selon le gain qu'ils pourraient raisonnablement faire, et usure défendue à tous chrétiens, au très grand préjudice de la chose publique ; de sorte que, sans y pourvoir avec succession de temps, tout le faire de marchandise se convertirait en usure qui tout causerait la perdition des âmes et énormes préjudice à la chose publique, signamment ès pays de pardeça : nous, en ce veillant pourvoir, tant pour le salut desdits âmes, conservation de notre foi chrétienne, que pour éviter lesdits inconvénients, avons ordonné et statué, et par cette, ordonnons et statuons que nuls marchands hantant et fréquentant nosdits pays, ne pourront donner argent à frais ou gain plus haut qu'à raison du denier de douze pour cent, par un an, et en dessous, selon le gain que vraisemblablement ils pourront faire, employant ledit argent en marchandise ; en déclarant tous contrats et obligations par lesquels on prendrait plus grand gain que dit est, usuraires et comme tels nuls et de nulle valeur ».

Article 9 : « Et si défendons à tous nos sujets, de quelle condition ou état qu'ils soient, non se mêlant du fait de marchandise, et non ayant société à gain et perte avec des marchands, pour avoir gain certain chaque an, à peine de confiscation dudit argent ; et par dessus d'être tenus et réputés usuriers publics, et comme tel punis et corrigés ».

Annexe V : Exemple d'information sur le taux de profit islamique appliqué par l'Islamic Bank of Britain



HALAL PERSONAL FINANCE FACILITY (UNSECURED) PROFIT RATE TABLE FOR HOME-OWNERS

If you are interested in applying for an amount or term which is not shown in the indicative table below, then please call our Customer Services Team on 0800 4080 786, and one of our advisors will be happy to discuss your needs.

| Amount of Finance (£) | 1 YEAR (12 months) | | | 3 YEARS (36 months) | | | 5 YEARS (60 months) | | | APR (%) |
|-----------------------|--------------------|----------------|-------------------|---------------------|----------------|-------------------|---------------------|----------------|-------------------|---------|
| | The Bank's profit | Total to repay | Monthly repayment | The Bank's profit | Total to repay | Monthly repayment | The Bank's profit | Total to repay | Monthly repayment | |
| £5,000 | £209.10 | £5,209.10 | £434.09 | £609.53 | £5,609.53 | £155.82 | £1,030.68 | £6,030.68 | £100.51 | 7.9 |
| £10,000 | £418.19 | £10,418.19 | £868.18 | £1,219.07 | £11,219.07 | £311.64 | £2,061.37 | £12,061.37 | £201.02 | 7.9 |
| £15,000 | £627.29 | £15,627.29 | £1,302.27 | £1,828.60 | £16,828.60 | £467.46 | £3,092.05 | £18,092.05 | £301.53 | 7.9 |
| £20,000 | £836.38 | £20,836.38 | £1,736.37 | £2,438.14 | £22,438.14 | £623.28 | £4,122.74 | £24,122.74 | £402.05 | 7.9 |
| £25,000 | £1,045.48 | £26,045.48 | £2,170.46 | £3,047.67 | £28,047.67 | £779.10 | £5,153.42 | £30,153.42 | £502.56 | 7.9 |

The Halal Personal Finance Credit Agreement is designed to comply with the rules and principles of Sharia'a.

No interest-based transaction ("Riba") is involved within this agreement, and it is approved by our Sharia'a Supervisory Committee.

The APR (Annual Percentage Rate) shown here is based on the profit we make on the sale of commodities. APR is provided for your convenience, as it allows you to compare the costs of this Halal Personal Finance Facility against alternatives available through other providers of Personal Finance.

This UNSECURED Personal Finance Facility is based on the Islamic Financial Principle of Murabaha.

The bank's profit, quoted above (with effect from 1st of March 2008 FOR A LIMITED PERIOD ONLY to 30th April), is correct at the time of going to print and may vary subject to market conditions.

You may apply for a Halal Unsecured Personal Finance Facility, to the nearest £100, for a minimum of £5,000 up to a maximum of £25,000 (subject to status).

The figures quoted above are an indication of the actual amounts you will pay.

For comparison purposes Typical 7.9% APR

Incorporated and Registered in England and Wales with Registration no. 4483430. Registered Office: Edgbaston House, 3 Duchess Place, Hagley Road, Birmingham, B16 8NH.

v5: 03/08



HALAL PERSONAL FINANCE FACILITY (UNSECURED) PROFIT RATE TABLE FOR NON HOME-OWNERS

If you are interested in applying for an amount or term which is not shown in the indicative table below, then please call our Customer Services Team on 0800 4080 786, and one of our advisors will be happy to discuss your needs.

| Amount of Finance (£) | 1 YEAR (12 months) | | | 3 YEARS (36 months) | | | 5 YEARS (60 months) | | | APR (%) |
|-----------------------|--------------------|----------------|-------------------|---------------------|----------------|-------------------|---------------------|----------------|-------------------|---------|
| | The Bank's profit | Total to repay | Monthly repayment | The Bank's profit | Total to repay | Monthly repayment | The Bank's profit | Total to repay | Monthly repayment | |
| £5,000 | £260.38 | £5,260.38 | £438.37 | £763.40 | £5,763.40 | £160.09 | £1,296.99 | £6,296.99 | £104.95 | 9.9 |
| £10,000 | £520.77 | £10,520.77 | £876.73 | £1,526.79 | £11,526.79 | £320.19 | £2,593.97 | £12,593.97 | £209.90 | 9.9 |
| £15,000 | £781.15 | £15,781.15 | £1,315.10 | £2,290.19 | £17,290.19 | £480.28 | £3,890.96 | £18,890.96 | £314.85 | 9.9 |
| £20,000 | £1,041.53 | £21,041.53 | £1,753.46 | £3,053.59 | £23,053.59 | £640.38 | £5,187.95 | £25,187.95 | £419.80 | 9.9 |
| £25,000 | £1,301.92 | £26,301.92 | £2,191.83 | £3,816.99 | £28,816.99 | £800.47 | £6,484.93 | £31,484.93 | £524.75 | 9.9 |

The Halal Personal Finance Credit Agreement is designed to comply with the rules and principles of Sharia'a.

No interest-based transaction ("Riba") is involved within this agreement, and it is approved by our Sharia'a Supervisory Committee.

The APR (Annual Percentage Rate) shown here is based on the profit we make on the sale of commodities. APR is provided for your convenience, as it allows you to compare the costs of this Halal Personal Finance Facility against alternatives available through other providers of Personal Finance.

This UNSECURED Personal Finance Facility is based on the Islamic Financial Principle of Murabaha.

The bank's profit, quoted above (with effect from 1st of March 2008 FOR A LIMITED PERIOD ONLY to 30th April), is correct at the time of going to print and may vary subject to market conditions.

You may apply for a Halal Unsecured Personal Finance Facility, to the nearest £100, for a minimum of £5,000 up to a maximum of £25,000 (subject to status).

The figures quoted above are an indication of the actual amounts you will pay.

For comparison purposes Typical 9.9% APR

Incorporated and Registered in England and Wales with Registration no. 4483430. Registered Office: Edgbaston House, 3 Duchess Place, Hagley Road, Birmingham, B16 8NH.

v5: 03/08

Table des matières

| | |
|---|---------|
| SOMMAIRE | - 5 - |
| REMERCIEMENTS | - 7 - |
| LISTE DES ABREVIATIONS | - 9 - |
| INTRODUCTION..... | - 13 - |
| PARTIE I) LE CADRE JURIDIQUE GENERAL DES OPERATIONS DE CREDIT ISLAMIQUE..... | - 70 - |
| CHAPITRE I) LA NOTION D'OPERATION DE CREDIT ISLAMIQUE EN DROIT FRANÇAIS..... | - 71 - |
| Section I) L'encadrement de la notion d'opération de crédit par le droit musulman | - 71 - |
| §1) Les sources de la conformité islamique des opérations de crédit | - 73 - |
| A) L'encadrement des opérations de crédit par la prohibition du « <i>ribâ</i> » et du « <i>gharar</i> » | - 73 - |
| 1) La prohibition du « <i>ribâ</i> » dans le Coran | - 75 - |
| 2) La prohibition du « <i>ribâ</i> » dans la Tradition de Mohamed | - 78 - |
| a) Le recensement des Traditions de Mohamed relatives au « <i>ribâ</i> » | - 80 - |
| b) Les catégories de « <i>ribâ</i> » | - 81 - |
| 3) La prohibition islamique du « <i>gharar</i> » dans le Coran et la <i>Sounna</i> | - 87 - |
| 4) La fixation du régime juridique du « <i>ribâ</i> » et du « <i>gharar</i> » par la doctrine islamique | - 89 - |
| a) Les interprétations des sources par les juristes des quatre écoles juridico-théologiques (« <i>madhab</i> ») | - 90 - |
| b) La fixation du régime prohibitif du « <i>ribâ</i> » par la doctrine islamique..... | - 96 - |
| α) La prohibition islamique du « <i>ribâ</i> » : un principe général du droit musulman | - 97 - |
| β) Le « <i>ribâ</i> » et l'équivalence des prestations | - 103 - |
| c) La fixation du régime prohibitif du « <i>gharar</i> » par la doctrine islamique | - 108 - |
| d) Les « sanctions » encourues en cas de genèse du « <i>ribâ</i> » et du « <i>gharar</i> » | - 109 - |
| B) L'encadrement du crédit islamique par les sources complémentaires du droit musulman | - 112 - |
| 1) La typologie des sources complémentaires du droit musulman | - 112 - |
| 2) Le « <i>qiyas</i> » ou le raisonnement analogique à l'épreuve de la prohibition du « <i>ribâ</i> » | - 115 - |
| 3) Le « <i>maqacid al-sharia</i> » et l'intégration de la dimension éthique | - 118 - |
| a) Le sens du « <i>maqacid al shari'a</i> » | - 118 - |
| b) Les principes directeurs d'une économie islamique à la lumière du « <i>maqacid al sharia</i> » | - 119 - |
| §2) Les contrats sous-jacents des opérations de crédit islamique | - 125 - |
| A) La place centrale des contrats de vente dans la structuration des opérations de crédit islamique | - 126 - |
| 1) Le contrat de vente : le régime juridique de référence des crédits islamiques adossés à un bien | - 127 - |
| a) Les caractéristiques de l'objet du contrat de vente en droit musulman | - 128 - |
| b) Les différentes formes de vente en droit musulman : des opportunités d'innovation en matière de crédit- 130 - | |
| c) Le transfert effectif de propriété | - 134 - |

| | | |
|-----|---|---------|
| d) | L'intangibilité de la propriété en cas de stipulation d'une option (« <i>khiyar</i> »)..... | - 135 - |
| e) | Les distinctions et les similitudes entre le contrat de « <i>mourabaha</i> » et les autres contrats de vente... | - 138 - |
| | a) La « <i>mourabaha</i> » et les distinctions d'avec les autres formes de contrats de vente..... | - 138 - |
| | β) Les similitudes entre la « <i>mourabaha</i> » et les contrats de vente à crédit..... | - 140 - |
| 2) | La place résiduelle des contrats de société dans les opérations de crédit islamique..... | - 142 - |
| B) | La combinaison des contrats dans la structuration des opérations de crédit islamique..... | - 146 - |
| 1) | Les règles générales de la combinaison des contrats..... | - 147 - |
| 2) | Le crédit « <i>mourahaba</i> assorti d'un ordre d'achat » et le crédit combinant la « <i>mousharaka</i> dégressive et de l' <i>ijara</i> »..... | - 149 - |
| §3) | La surveillance islamique des dispensateurs de crédit..... | - 153 - |
| A) | Les trois niveaux de la surveillance islamique des distributeurs de crédit..... | - 153 - |
| 1) | Les piliers religieux de la surveillance islamique des distributeurs de crédit..... | - 153 - |
| a) | Le <i>ribâ</i> : un instrument « négatif » de la surveillance islamique..... | - 155 - |
| b) | La <i>zakat</i> : un instrument « négatif » et « positif » de la surveillance islamique..... | - 156 - |
| c) | L'« <i>iktinaz</i> » : instrument « négatif » et « positif » de la surveillance islamique..... | - 159 - |
| 2) | Le rôle d'intermédiaire des distributeurs de crédit islamique..... | - 163 - |
| 3) | Les standards de la surveillance islamique de l'Islamic Financial Services Board..... | - 165 - |
| B) | La gestion des risques d'un établissement de crédit islamique..... | - 167 - |
| 1) | La typologie des risques d'un établissement de crédit islamique..... | - 169 - |
| 2) | La gestion des risques de crédit islamique..... | - 177 - |
| 3) | La réduction des risques de crédit islamique..... | - 183 - |
| C) | Le rôle du comité de conformité Charia (« <i>Sharia Board</i> »)..... | - 186 - |
| 1) | L'impact organisationnel du comité de conformité Charia au sein des établissements de crédit..... | - 187 - |
| 2) | Les qualités requises des membres du comité de conformité Charia..... | - 193 - |
| 3) | Les risques de non-conformité islamique des opérations de crédit..... | - 196 - |

Section II) L'encadrement de la notion des opérations de crédit islamique par le droit français..... - 199 -

| | | |
|-----|---|---------|
| §1) | Les fondements juridiques français des opérations de crédit islamique..... | - 200 - |
| A) | Le champ d'application de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier..... | - 200 - |
| 1) | Le critère d'inclusion : la mise à disposition à titre onéreux de fonds..... | - 201 - |
| 2) | Les opérations exclues du champ d'application de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier..... | - 210 - |
| B) | La prise en compte de la classification des opérations de crédit en droit français..... | - 212 - |
| 1) | Les mises à dispositions immédiates de fonds de droit français et les crédits islamiques..... | - 214 - |
| a) | Le prêt régi par le Code civil : le socle des crédits en droit français..... | - 214 - |
| b) | Le prêt participatif et le crédit participatif islamique..... | - 215 - |
| c) | La location assortie d'une option d'achat et le crédit-bail..... | - 215 - |
| 2) | Les mises à dispositions futures de fonds : la promesse de crédit..... | - 217 - |
| a) | L'ouverture de crédit..... | - 217 - |
| b) | Les comptes et plans épargne-logement : des promesses irrévocables de prêt..... | - 220 - |
| c) | Le crédit différé..... | - 221 - |
| 3) | Les crédits par mobilisation des créances..... | - 222 - |
| 4) | Les crédits par signature..... | - 226 - |
| C) | Les instructions fiscales du 23 juillet 2010 : les fondements les plus explicites mais les moins sécurisants ! .. | - 230 - |
| 1) | Les « <i>sukuk</i> », instruments financiers hybrides de droit musulman et de droit français..... | - 231 - |
| 2) | Les conditions d'application des instructions fiscales aux crédits adossés à un bien..... | - 236 - |
| §2) | La consécration d'une nouvelle catégorie d'opération de crédit : les crédits islamiques..... | - 242 - |
| A) | L'encadrement des opérations de crédit participatif par le droit français..... | - 244 - |
| B) | L'encadrement des opérations de crédit adossées à un bien par le droit français..... | - 246 - |

| | | |
|-----|--|---------|
| C) | L'encadrement juridique français des opérations de crédit combinant le crédit participatif et le crédit adossé | - 247 - |
| D) | L'encadrement juridique français des opérations de crédit « <i>hawala</i> » | - 248 - |
| §3) | La surveillance des établissements de crédit islamique en France | - 257 - |
| A) | L'agrément de l'Autorité de contrôle prudentiel | - 257 - |
| B) | Le passeport européen et l'établissement d'une banque islamique en France | - 264 - |

CHAPITRE II) LE CARACTERE ONEREUX DES OPERATIONS DE CREDIT ISLAMIQUE EN DROIT FRANÇAIS- 272 -

| | |
|---|----------------|
| Section I) L'application des régimes juridiques du « <i>ribâ</i> » et de l'intérêt | - 274 - |
| §1) L'application du régime juridique islamique du « <i>ribâ</i> » | - 274 - |
| A) Le fait générateur du « <i>ribâ</i> » | - 274 - |
| 1) La notion de fait générateur (« <i>illâ</i> ») | - 275 - |
| 2) Les faits générateurs du « <i>ribâ</i> » dans la Tradition relative aux six produits « <i>ribawi</i> » | - 281 - |
| a) Le fait générateur du « <i>ribâ</i> » et les produits alimentaires | - 281 - |
| b) Le fait générateur du « <i>ribâ</i> » dans les transactions portant sur l'or et l'argent | - 282 - |
| B) Les trois règles encadrant la genèse du « <i>ribâ</i> » | - 284 - |
| 1) La genèse du <i>ribâ</i> dans les opérations au comptant et à terme | - 286 - |
| 2) La monétarisation du différentiel de valeur entre les biens échangés à l'épreuve de la genèse du <i>ribâ</i> | - 287 - |
| 3) La perception d'une marge bénéficiaire dans les opérations de crédit adossé à un bien | - 288 - |
| a) La conformité islamique de la stipulation de la marge bénéficiaire | - 289 - |
| b) ... Conditionnée par l'adossement à un bien | - 292 - |
| C) Les opérations de crédit islamique : des subterfuges (« <i>hiyal</i> ») ? | - 294 - |
| 1) La non-conformité islamique des subterfuges juridiques (« <i>hiyal</i> ») | - 294 - |
| 2) La vente « <i>inah</i> » : une technique prohibée, mais appliquée par certaines banques islamiques | - 300 - |
| §2) L'inapplication du régime juridique français de la stipulation de l'intérêt | - 302 - |
| A) Le remplacement de l'intérêt par le profit | - 304 - |
| 1) La gratuité du crédit : une caractéristique naturelle du crédit islamique ? | - 304 - |
| a) Le crédit gratuit islamique, une pratique marginale ? | - 304 - |
| b) L'encadrement du crédit gratuit par le droit français | - 305 - |
| 2) La stipulation de l'intérêt : une liberté écartée pour les opérations de crédit islamique | - 309 - |
| a) La liberté de stipuler l'intérêt | - 309 - |
| b) La liberté de stipuler un profit | - 313 - |
| 3) L'usure : une limite réelle aux abus ? | - 317 - |
| a) La définition et le champ d'application de l'usure | - 318 - |
| b) L'application des règles relatives à l'usure aux crédits islamiques | - 321 - |
| B) La sanction des clauses « <i>ribawi</i> » en droit français | - 323 - |
| 1) La nullité des clauses « <i>ribawi</i> » en droit musulman | - 324 - |
| 2) Les sanctions encourues en dehors de la France | - 326 - |
| 3) La nullité de la stipulation des clauses « <i>ribawi</i> » en droit français ? | - 331 - |
| a) La genèse du « <i>ribâ</i> » et la clause d'indexation | - 331 - |
| b) La genèse du « <i>ribâ</i> » et le remboursement anticipé | - 335 - |
| c) La genèse du « <i>ribâ</i> » et le versement des indemnités en cas de défaillance de l'emprunteur | - 339 - |
| α) Le régime juridique musulman des indemnités en cas de défaillance de l'emprunteur | - 340 - |
| β) L'application du régime juridique français des indemnités en cas de défaillance de l'emprunteur | - 342 - |
| d) La nullité des clauses « <i>ribawi</i> » dans les crédits islamiques | - 345 - |
| C) La responsabilité contractuelle des dispensateurs de crédit islamique en droit français | - 348 - |
| 1) Les causes de responsabilité du dispensateur de crédit islamique envers son client | - 348 - |
| 2) La responsabilité du dispensateur de crédit islamique en fonction du type de crédit | - 357 - |

| | |
|--|----------------|
| Section II) L'application du régime juridique du TEG aux opérations de crédit islamique | - 366 - |
| §1) Le champ d'application extensif du TEG | - 367 - |
| A) La détermination de l'assiette du TEG..... | - 367 - |
| 1) Une définition du TEG par énumération..... | - 367 - |
| 2) Les critères d'inclusion des éléments rémunérateurs dans le TEG..... | - 372 - |
| B) La mention obligatoire du TEG dans les contrats de crédit islamique..... | - 374 - |
| §2) Les composantes du TEG applicable aux opérations de crédit islamique | - 379 - |
| A) La substitution de l'intérêt par le profit | - 379 - |
| 1) Le calcul du profit : une méthode similaire à celle du calcul du montant de l'intérêt | - 380 - |
| 2) La substitution de l'intérêt par la clause de participation | - 382 - |
| 3) La substitution par la marge bénéficiaire | - 386 - |
| B) L'inclusion des frais inhérents aux opérations de crédit islamique | - 387 - |
| C) L'inclusion des commissions inhérentes aux opérations de crédit islamique | - 389 - |
| 1) Une différence de nature peu évidente entre les intérêts et les commissions | - 389 - |
| 2) L'inclusion des commissions conformes à la loi islamique dans le TEG..... | - 392 - |
| D) L'inclusion des primes d'assurance | - 394 - |

PARTIE II) LE CADRE JURIDIQUE SPECIAL DES OPERATIONS DE CREDIT ISLAMIQUE..... - 397 -

CHAPITRE I) LE CADRE JURIDIQUE FRANÇAIS DES OPERATIONS DE CREDIT ADOSSE A UN BIEN..... - 399 -

Section I) Les régimes juridiques des opérations de crédit adossées aux contrats de vente..... - 399 -

Sous-section I) Les régimes juridiques islamiques des opérations de crédit adossées aux contrats de vente..... - 400 -

§ préliminaire) Les principes généraux du droit musulman de la vente..... - 401 -

§1) Le régime juridique islamique de l'opération de crédit « *mourabaha* »

A) Le mécanisme de l'opération de crédit de « *mourabaha* »..... - 407 -

B) Les règles islamiques applicables à l'opération de crédit « *mourabaha* »

1) Les règles applicables avant la conclusion du contrat de « *mourabaha* »..... - 410 -

a) L'ordre d'achat et la promesse d'achat..... - 411 -

b) L'achat du bien par le banquier

c) Le versement d'un « *hamish jiddiya* »..... - 414 -

2) La conclusion du contrat de « *mourabaha* »

a) L'objet du contrat de « *mourabaha* »

b) Le transfert de propriété du bien..... - 417 -

c) La détermination du profit du vendeur

3) Les mesures préventives et curatives de la défaillance du client

a) Les garanties exigibles pour sécuriser l'opération de crédit « *mourabaha* »

b) Les incidents de paiement

c) La défaillance définitive du client..... - 423 -

§2) Le régime juridique de l'opération de crédit « *tawarruq* »

§3) Le régime juridique islamique des opérations de crédit « *salam* »

A) Les conditions tenant au bien..... - 435 -

1) L'existence du bien au moment de la conclusion du contrat

2) La nature du bien

B) Les conditions tenant au prix (« *ras al mal* »)..... - 437 -

C) Les droits et les obligations des parties

D) L'opération combinant le contrat de « *salam* » et le contrat de « *parallèle salam* »..... - 442 -

| | |
|--|--------------|
| §4) Le régime juridique islamique du crédit « <i>istisna</i> » | 446 - |
| Sous-section II) Le régime juridique français des opérations de crédit adossées à des contrats de vente | 451 - |
| §1) La qualification juridique des crédits adossés à une vente en droit français | 455 - |
| A) Les crédits islamiques adossés à un contrat de vente : des mises à disposition indirectes de fonds | 458 - |
| B) Le crédit « <i>mourabaha</i> », un crédit adossé à un bien | 464 - |
| C) Le crédit « <i>tawarruq</i> », un crédit sans adossement à un bien..... | 469 - |
| D) Le crédit « <i>istisna</i> », un crédit adossé à un bien à fabriquer ou à construire | 472 - |
| E) Le crédit « <i>salam</i> », un crédit adossé à un bien à livrer | 476 - |
| §2) La formation des contrats de crédit adossé à une vente..... | 479 - |
| A) L’offre de crédit adossé à une vente | 480 - |
| B) Le contenu de la convention de crédit adossé à une vente | 486 - |
| §3) Les effets des conventions de crédits adossés à une vente..... | 492 - |
| A) Les effets de la vente dans une opération de crédit adossé à une vente | 492 - |
| B) La remise en question de l’interdépendance des contrats ?..... | 501 - |
| C) Les effets de la défaillance du client..... | 511 - |
| Sous-section III) Les régimes fiscaux des opérations de crédit adossé à des contrats de vente | 516 - |
| §1) Le régime fiscal du crédit « <i>mourabaha</i> » | 516 - |
| §2) Le régime fiscal du crédit « <i>tawarruq</i> » | 519 - |
| §3) Le régime fiscal du crédit « <i>istisna</i> » | 521 - |
| | |
| Section II) Les régimes juridiques des opérations de crédit adossées aux contrats de louage | 523 - |
| §1) Le régime juridique islamique des opérations de crédit « <i>ijara</i> »..... | 526 - |
| A) Le régime juridique islamique du contrat d’« <i>ijara</i> »..... | 526 - |
| 1) La nature juridique du contrat d’« <i>ijara</i> »..... | 527 - |
| 2) L’objet du contrat d’« <i>ijara</i> »..... | 528 - |
| a) Les obligations des cocontractants | 528 - |
| b) La jouissance d’une chose..... | 532 - |
| c) Le paiement du loyer | 534 - |
| 3) Les causes d’extinction du contrat d’« <i>ijara</i> » | 535 - |
| B) Le régime juridique islamique des opérations de crédit « <i>ijara</i> » | 537 - |
| 1) Les mécanismes des crédits « <i>ijara</i> »..... | 538 - |
| 2) Les règles spécifiques encadrant les opérations de crédit « <i>ijara</i> » | 543 - |
| §2) Les régimes juridiques français des opérations de crédit « <i>ijara</i> »..... | 549 - |
| A) La qualification juridique des opérations de financement « <i>ijara</i> » en droit français..... | 549 - |
| 1) La qualification du contrat d’« <i>ijara</i> » en droit français | 549 - |
| 2) La qualification juridique du crédit « <i>ijara</i> » en droit français..... | 554 - |
| a) La qualification du crédit « <i>ijara</i> » en location assortie d’une promesse de vente | 554 - |
| b) La qualification du crédit « <i>ijara</i> » en crédit-bail | 557 - |
| α) La qualification en crédit-bail | 557 - |
| β) La qualification du crédit « <i>ijara</i> » en opérations adossées au crédit-bail | 562 - |
| c) Le crédit « <i>ijara</i> » : une mise à disposition de fonds adossé à la location d’un bien | 564 - |
| B) L’application du régime juridique de la location assortie d’une promesse de vente | 565 - |
| C) L’application du régime juridique du crédit-bail au crédit « <i>ijara</i> » | 571 - |
| 1) Le champ d’application extensif du crédit-bail..... | 571 - |
| 2) Les obligations des parties dans une opération de crédit « <i>ijara</i> » en droit français | 578 - |
| a) Les différences entre les obligations du crédit-bail et du crédit « <i>ijara</i> »..... | 578 - |
| b) La publicité..... | 580 - |
| c) Le paiement des loyers et l’absence de genèse du <i>ribâ</i> | 582 - |
| 3) Les effets du contrat d’« <i>ijara</i> » en droit français..... | 585 - |

| | | |
|-----|--|---------|
| 4) | Le dénouement de l'opération de crédit « <i>ijara</i> » | - 589 - |
| a) | L'exécution de la promesse de vente..... | - 589 - |
| b) | La cession du contrat de crédit-bail islamique en droit français..... | - 592 - |
| c) | La résiliation du contrat de crédit-bail islamique en droit français | - 594 - |
| §3) | Le régime fiscal du crédit « <i>ijara</i> » en France | - 597 - |

CHAPITRE II) LE CADRE JURIDIQUE FRANÇAIS DES OPERATIONS DE CREDIT PARTICIPATIF - 601 -

Section I) Le régime juridique islamique des financements participatifs - 602 -

| | | |
|-----------------|---|---------|
| § préliminaire) | Les principes généraux du droit musulman des sociétés | - 602 - |
| §1) | Le régime juridique islamique du crédit adossé au contrat de « <i>moucharaka</i> » | - 611 - |
| A) | Le mécanisme du crédit « <i>moucharaka</i> » | - 611 - |
| B) | Le régime juridique du crédit adossé au contrat de <i>moucharaka</i> | - 615 - |
| 1) | Les droits et les obligations des associés | - 616 - |
| 2) | Le régime des apports..... | - 620 - |
| 3) | Le régime de la participation aux pertes et aux bénéfices | - 622 - |
| 4) | L'extinction du contrat de « <i>moucharaka</i> » | - 626 - |
| C) | Le régime juridique islamique du crédit combinant la « <i>moucharaka moutanaquissa</i> » et l'« <i>ijara</i> » | - 626 - |
| 1) | Le mécanisme du crédit combinant la « <i>moucharaka moutanaquissa</i> » et l'« <i>ijara</i> » | - 629 - |
| 2) | L'application du principe de la participation | - 632 - |
| 3) | Le remboursement des fonds par des loyers..... | - 634 - |
| 4) | La fixation de la valeur des parts sociales | - 635 - |
| 5) | La défaillance du client | - 636 - |
| §2) | Le régime juridique du crédit adossé au contrat de « <i>moucharaba</i> »..... | - 642 - |
| A) | La notion de crédit « <i>moucharaba</i> » | - 642 - |
| 1) | La nature juridique du contrat de « <i>moucharaba</i> » | - 643 - |
| 2) | Le mécanisme des financements adossés à la « <i>moucharaba</i> » | - 644 - |
| a) | La « <i>moucharaba</i> » et la structure de base « idéalisée » d'une banque islamique | - 645 - |
| b) | Les comptes d'investissement participatif dans les banques islamiques | - 647 - |
| c) | Le crédit « <i>moucharaba</i> », une opération très risquée pour un banquier ? | - 651 - |
| B) | La constitution du capital social | - 654 - |
| 1) | La composition du capital social | - 654 - |
| 2) | La garantie du capital par le « <i>moucharib</i> » et le risque de genèse du « <i>ribâ</i> » | - 656 - |
| C) | Les droits et les obligations des associés | - 658 - |
| 1) | Les prérogatives étendues du « <i>moucharib</i> » dans une « <i>moucharaba non restrictive</i> » | - 659 - |
| 2) | Les prérogatives limitées du « <i>moucharib</i> » dans une « <i>moucharaba restrictive</i> » | - 661 - |
| D) | L'application particulière du principe du partage des pertes et des profits..... | - 662 - |

Section II) Le régime juridique français des opérations de crédit participatif - 667 -

| | | |
|-----|--|---------|
| §1) | La qualification des contrats de crédit participatif en droit français | - 669 - |
| §2) | Le régime juridique composite des opérations de crédit participatif..... | - 678 - |
| A) | L'application du régime des prises de participation des banques..... | - 678 - |
| 1) | La flexibilité de la réglementation des prises de participation bancaires..... | - 678 - |
| 2) | L'encadrement des comptes d'investissement participatif par le droit français..... | - 680 - |
| B) | La définition d'un nouveau régime juridique des opérations de crédit participatif | - 684 - |
| 1) | L'application partielle du régime de la société en participation aux crédits participatifs | - 684 - |
| 2) | L'application partielle du régime juridique du prêt participatif..... | - 688 - |
| 3) | Le régime juridique français <i>ad hoc</i> des opérations de crédit participatif | - 693 - |
| §3) | Le régime juridique des crédits participatifs immobiliers : les crédits <i>moucharaka</i> dégressive- <i>ijara</i> | - 698 - |
| §4) | L'application du régime fiscal des prêts indexés aux crédits participatifs | - 706 - |

| | |
|--|----------------|
| CONCLUSION | - 712 - |
| GLOSSAIRE..... | - 717 - |
| BIBLIOGRAPHIE | - 719 - |
| INDEX | - 742 - |
| ANNEXES | - 750 - |
| Annexe I : Les versets 275 et suivants de la Sourate II | - 750 - |
| Annexe II : Les différents contrats sous-jacents des services et produits bancaires et financiers islamiques,..... | - 751 - |
| <i>in</i> Muhammed OBAIDULLAH, <i>Islamic financial services</i> , Islamic Economics Research Centre, King Abdelaziz University, Jeddah, Saudi Arabia, 2005, p. 16)..... | - 751 - |
| Annexe III : Le filtrage financier islamique | - 753 - |
| Annexe IV : Loi du Royaume de Belgique du 4 octobre 1540 | - 756 - |
| Annexe V : Exemple d'information sur le taux de profit islamique appliqué par l'Islamic Bank of Britain..... | - 757 - |
| TABLE DES MATIERES | - 760 - |

