

La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français

CHUCRI-JOSEPH SERHAL
Avocat au Barreau de Beyrouth
Cabinet Gide Loyrette Nouel



L'expansion de la finance islamique à travers le monde a atteint, en 2004, la Grande-Bretagne, par l'implantation de l'Islamic Bank of Britain, première banque islamique en Europe. Ces banques, parfaitement adaptées aux besoins des PME-PMI, pourraient être utilement implantées en France où réside la plus forte population musulmane de l'Union européenne. Au-delà de leur connotation religieuse, les banques islamiques pourraient effectuer en France des opérations de crédit qui, sans renier les règles de la sharia, seraient parfaitement conformes au droit bancaire français.

Introduction

L'expansion de la finance islamique ne se limite pas aux frontières des pays musulmans. En août 2004, la première banque islamique en Europe a vu le jour en Grande-Bretagne, ce qui devrait normalement aboutir, à terme, à l'introduction des banques islamiques sur le marché français.

C'est ainsi l'occasion pour nous, d'étudier si la finance islamique fondée sur le respect des exigences de la religion musulmane, peut s'intégrer dans le système bancaire français, où la laïcité est considérée comme un principe républicain ayant valeur constitutionnelle.

Après un bref rappel des règles de fonctionnement de la finance islamique, ainsi que des principales contraintes et défis auxquels les banques islamiques font face aujourd'hui, nous allons nous intéresser de plus près à l'étude de la possibilité d'implantation de ces banques en France.

Ceci va nous conduire à l'étude des conditions de l'agrément bancaire et de la possibilité offerte aux établissements bancaires islamiques d'effectuer en France des opérations de banque, que ce soit sous la forme de la réception de fonds du public ou sous la forme d'opérations de crédit.

I. Aperçu historique

Bien que la première banque à suivre les principes islamiques soit apparue en Égypte en 1963, les banques islamiques ont vu le jour en 1970, à l'occasion de l'Organisation de la Conférence islamique (OCI) regroupant les pays musulmans.

En 1974, lors du sommet de Lahore, l'OCI décida, suite au quadruplement des prix du pétrole, de créer la Banque islamique de développement¹.

Un an plus tard, la Dubaï Islamic Bank fut la première banque privée islamique créée. En 1979, le Pakistan devint le premier pays à décréter l'islamisation de l'ensemble de son secteur bancaire. Il fut suivi, en 1983, par le Soudan et l'Iran.

Les institutions financières islamiques ont aussi fait leur apparition ces dix dernières années dans certains pays occidentaux où vit une minorité musulmane relativement importante : aux États-Unis (particulièrement à Detroit et en Californie), au Danemark, au Canada et récemment en Grande-Bretagne.

À l'instar de la Citibank qui, dès 1996, avait établi sa propre filiale islamique à Bahrein, la plupart des grandes institutions financières occidentales sont désormais enga-

1. V. Nienhaus, "Profitability of Islamic PLS banks competing with interest banks: problems and prospects", *Journal of Research in Islamic*

Economics, 1983, p.37-47.

gées dans ce type d'activités sous forme de filiales, de "guichets islamiques" ou de produits financiers destinés à une clientèle musulmane. Symbole de l'intégration de la finance islamique dans l'économie globale, il existe même aux États-Unis, un indice Dow Jones du marché financier islamique².

Selon les dernières estimations du Fonds monétaire international, il existe aujourd'hui dans le monde deux cents institutions financières islamiques réparties dans plus de soixante-quinze pays³.

L'Institute of Islamic Banking, centre de recherche londonien, estime que le taux de croissance de l'activité bancaire islamique se situe entre 10 et 15 % par an. L'actif total géré par les institutions financières islamiques atteint désormais 210 milliards d'euros, soit quarante fois plus qu'en 1980⁴.

II. Les principales règles de fonctionnement des banques islamiques

"L'argent ne peut créer à lui seul de l'argent sans l'action du capital physique et du travail". Voilà comment certains protagonistes de la finance islamique résument la philosophie de la banque islamique⁵.

L'originalité du système financier islamique réside dans le respect de cinq principales conditions dans la conduite des opérations bancaires :

- le rejet du taux d'intérêt (*riba*⁶), assimilé à de l'usure ;
- le partage des pertes et des profits entre l'épargnant et la banque ;
- l'interdiction de la spéculation et de l'aléa (*gharar*⁷) ;
- l'obligation pour les opérations de financement islamiques de porter sur des actifs acceptables par la religion (actifs *halal*⁸) ;
- la validation des opérations bancaires par un comité religieux, créé à cet effet au sein de chaque banque islamique (le Comité sharia⁹).

A. Interdiction du taux d'intérêt (*riba*)

Le respect de la prohibition de l'intérêt dans toutes les opérations bancaires est la contrainte principale à laquelle sont confrontées les banques islamiques. Les opérations ne doivent en aucun cas, que ce soit de façon directe ou indirecte, comporter une rémunération fixe ou préalable.

2. Pour plus d'informations sur ce sujet, consulter le site Internet des indices Dow Jones : <http://djindexes.com/mdsidx/>.

3. M. El Qorchi, "Islamic Finance Gears Up", Finance&Development, revue trimestrielle du Fonds monétaire internationale, décembre 2005, vol.42, n°4.

4. Z. Iqbal et H. Tsubata, "Emerging islamic capital markets", World Bank, Jakarta office, 2005.

5. S. Hawari, "Islamic Banking" Journal of Research in Islamic Economics, 1990, vol.1, n°1, p.23.

6. *Riba* signifie le taux d'intérêt sur des prêts.

7. *Gharar* désigne la spéculation.

8. *Halal* signifie tout ce qui est permis par l'islam.

9. Mot arabe désignant la loi canonique islamique régissant la vie reli-

L'interdiction du *riba* prend sa source dans les versets 275, 278 et 279 de la sourate¹⁰ II du Coran¹¹ ainsi que dans une parole attribuée au prophète Mohamed "Dieu a maudit celui qui se nourrit d'usure, celui qui l'offre, celui qui en témoigne et celui qui en établit le contrat".

L'interprétation de ces versets a toujours prêté à controverse : pour certains Ulémas¹², la *riba* se réfère à toutes les formes d'"intérêt fixe". Pour d'autres, le mot désigne seulement l'intérêt excessif ou usuraire. Bien que certaines autorités religieuses, y compris l'actuel cheikh d'Al Azhar¹³ en Égypte, aient proclamé le caractère licite de certains types de taux d'intérêts¹⁴, la majorité des Ulémas continue, à ce jour, à adopter une interprétation restrictive en interdisant toute forme de taux d'intérêt dans la conduite des opérations financières.

B. Partage des pertes et des profits

Deuxième principe de base de la finance islamique, les opérations de banque doivent se conformer à une règle de partage des pertes et des profits (PPP), suivant une clé de répartition prédéterminée entre l'épargnant et la banque.

Selon l'approche islamique, celui qui prête de l'argent à des fins commerciales et industrielles doit réclamer une part du profit, puisqu'il devient copropriétaire du capital et partage le risque de l'entreprise.

Le principe de PPP est censé assurer à la banque islamique à la fois un substitut au taux d'intérêt et une incitation à s'engager dans des activités extra-bancaires (industrielles, immobilières ou autres).

C. Prohibition de la spéculation et de l'aléa (*gharar*)

Le droit musulman interdit la spéculation ou le commerce des produits dont l'existence est incertaine. Le terme *gharar* vise principalement deux catégories d'aléas : d'une part, le caractère aléatoire de l'opération commerciale elle-même et d'autre part l'incertitude relative aux biens échangés. Le *hadith*¹⁵ donne des exemples du *gharar*, telle que la vente d'un poisson en mer, d'un œuf non encore pondu, ou plus généralement, la vente d'une chose qui n'est pas suffisamment identifiée (nature, qualité et quantité). À titre d'exemple, il a été jugé par l'unanimité des Comités sharia que la vente de dérivés de crédits, tels que les futurs ou les options, constitue une opération de *gharar* prohibée par le droit musulman.

Par ailleurs, il convient de faire la différence entre le *gharar* et la vente à livraison différée (*istisna*¹⁶), opération parfaitement légale en droit musulman.

gieuse, politique, sociale et individuelle, toujours en vigueur dans certains États musulmans.

10. *Sourate*, de l'arabe *surat*, désigne chacun des chapitres du Coran.

11. Mot arabe désignant le livre sacré des musulmans, parole de dieu transmise à Mahomet par l'archange Gabriel.

12. Uléma signifie le gardien de la foi.

13. Cheikh d'Al Azhar est la plus haute autorité religieuse musulmane en Égypte.

14. V. Nienhaus, "Profitability of Islamic PLS banks competing with interest banks: problems and prospects", Journal of Research in Islamic Economics, 1983, p. 37-47.

15. *Hadith* signifie le recueil de paroles du prophète.

16. *Istisna* signifie un contrat de vente à livraison différée.

D. Actifs acceptés par l'islam (*halal*)

Le droit musulman exige également que l'objet des investissements porte sur des placements éthiques, appelés actifs *halal*.

L'appréciation des actifs *halal* se fait à un double niveau¹⁷ : tout d'abord, "l'investissement islamique" ne peut porter que sur une société ayant un objet social *halal*, en d'autres termes, une société n'ayant pas sa principale activité dans un des secteurs prohibés par l'islam, tels que les casinos, l'armement, l'élevage de porc ou les discothèques.

Le second critère concerne l'endettement de la société objet de l'investissement, dont le ratio d'endettement ne doit pas être supérieur à 33 %¹⁸.

E. Supervision de la banque islamique par un conseil religieux : le Comité sharia

Un conseil religieux de surveillance indépendant doit obligatoirement exister au sein de chaque banque islamique. Il est appelé le Comité sharia. Le travail de ce conseil consiste à réaliser un "audit religieux" des activités de la banque. Il assure en fait à son niveau, un rôle de double gouvernance : celle relative à la conformité des transactions commerciales aux principes de la *sharia* ; et celle relative au respect par la banque des règles de l'éthique islamique¹⁹.

III. Contraintes et défis des banques islamiques

Les banques islamiques sont aujourd'hui essentiellement confrontées à deux contraintes majeures : d'une part, à un excédent structurel de liquidité dû au manque de produits de placements (A) et d'autre part, au défi d'amélioration de leurs ratios de performance²⁰ (B). Cette situation incite les banques islamiques à étendre leur présence en dehors des pays musulmans et particulièrement, à s'intéresser au marché européen (C).

A. Excédent de liquidité structurel et manque de produits de placements

Depuis leur naissance, la majorité des banques islamiques affronte un problème d'excédent de liquidités dû à une insuffisance, sur le marché des pays islamiques, de produits de placements financiers compatibles et acceptables par la *sharia*²¹.

17. El-Gamal, M.A., "A Basic guide to contemporary Islamic banking and finance", Rice Information Technology, 2000, p. 20.

18. Le ratio d'endettement est calculé sur la base de : total dettes/total actifs.

19. M. Boudjellal, "le système bancaire islamique, aspects théoriques et pratiques", Institut international de la pensée islamique, 1998, p. 1.

20. A. Ahmed, "Development and Problems of Islamic Banks", Jeddah, Islamic Development Bank, 1987, p.5.

21. M. Abdel-Hameed, "Risk and profitability measures in Islamic Banks: The Case of two Sudanese Banks", Islamic Economics Studies, mai 1999, vol.6, n°2, p.1.

22. On observe aujourd'hui que de plus en plus de membres de Comi-

Les multiples contraintes imposées par la religion musulmane, l'absence de standards et de règles universellement reconnues, mais aussi le conservatisme des Comités sharia, ont limité le développement du marché financier islamique.

En outre, la hausse du prix du pétrole ces cinq dernières années, et le rapatriement, après le 11 septembre 2001, de capitaux des États-Unis vers le Moyen-Orient, en raison de la crainte d'un gel des actifs d'investisseurs musulmans dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, alimentent encore plus le phénomène d'accumulation de liquidité au sein des banques islamiques.

Conscientes du défi que leur imposent l'excédent de liquidité en terme de rentabilité, les banques islamiques ont procédé à partir du milieu des années quatre-vingt-dix, au recrutement des membres des Comités sharia parmi des personnes ayant une double compétence religieuse et financière²², et à l'élaboration de standards ayant vocation à être repris par l'ensemble des acteurs de la finance islamique.

C'est ainsi que se développèrent plusieurs instruments financiers islamiques tels que les *sukuk* (obligations islamiques), structurés sous forme d'un titre garanti par des actifs et mis à la disposition des souscripteurs. Les instruments qui connaissent désormais la croissance la plus importante sont souvent ceux qui, dans les années soixante-dix, étaient considérés comme illicites (*takaful* ou l'assurance et la réassurance)²³.

Toutefois, la demande actuelle du marché financier de produits innovants et conformes à la *sharia* dépasse de loin l'offre.

Le marché de la finance islamique attend toujours le développement de produits innovants qui permettraient de proposer des financements conformes au droit islamique sans faire de compromis concernant leurs performances et les risques comparés à des produits classiques²⁴.

B. Un problème de performance

Grâce à la concurrence des institutions financières islamiques entre elles, les clients exigent désormais que la performance des banques islamiques soit au moins égale à celle des banques conventionnelles. Les clients n'acceptent plus que, sous prétexte d'offrir des produits compatibles avec la *sharia*, les banques islamiques aient une rentabilité moindre²⁵. En outre, la concurrence venant des guichets islamiques établis par les banques conventionnelles, oblige les banques islamiques à prendre des mesures rigoureuses en vue d'améliorer leur performance.

Soumises à un défi de performance bancaire et d'excédent de liquidités²⁶, les banques islamiques s'intéressent désormais au marché européen, en vue d'explorer de

tés sharia de banques islamiques ont fait des études économiques et financières en occident. À titre d'exemple, Sheikh Nizam Muhammad Seleh Yaqubi est membre du Comité sharia de l'Islamic Bank of Britain. Il est diplômé en économie et en finance de l'université Wales (Angleterre) et de l'université McGill de Montréal (Canada).

23. A. Humayon, Dar and J.R. Presley, "Lack of Profit Loss Sharing in Islamic Banking: Management and Control Imbalances", International Journal of Islamic Services, 1999, vol.2, n°2.

24. R. Aggarwal, T. Yousef, "Islamic banks and Investment Financing", Journal of Money, Credit, and Banking, 2000, vol.32, n°1, p. 93.

25. A. Noman, "Imperatives of Financial Innovation for Islamic Banks", International Journal of Islamic Financial Services, 2002, vol. 4, n°3.

nouveaux produits et placements financiers. C'est pour cette raison que l'Islamic Bank of Britain (IBB) a ouvert ses portes à Londres en 2004. Il s'agit d'un projet pilote qui devrait, à terme, se développer en Europe²⁷.

C. La banque islamique à l'assaut de l'Europe

Agréée le 10 août 2004 par la Financial Services Authority²⁸, l'Islamic Bank of Britain (IBB) est la première banque islamique de dépôt à ouvrir ses portes en Europe.

La banque islamique est donc désormais présente en Europe, et indirectement en France, en vertu de la règle de "libre établissement et libre prestation de services sur le territoire des États partie à l'accord sur l'Espace économique européen"²⁹.

En vertu de l'article L.511-23 du Code monétaire et financier, l'IBB et toute banque islamique agréée dans l'avenir dans un État de l'Espace économique européen, peut, en France, "[...] établir des succursales pour fournir des services bancaires et intervenir en libre prestation de services [...], sous réserve que le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ait préalablement été informé [...]".

Face à la possibilité offerte aux banques islamiques d'opérer en France à travers un passeport européen délivré par les autorités anglaises compétentes, et au vue de l'essor de la finance islamique à travers le monde, il semble opportun d'envisager la possibilité d'une implantation directe des banques islamiques en France, ce qui pourrait ouvrir de nouveaux horizons pour le secteur bancaire français.

IV. L'implantation directe des banques islamiques en France

Selon des estimations récentes, la France est le pays de l'Union européenne qui compte le plus de musulmans sur son territoire (4,5 à 5 millions). Même si le marché financier de Londres est plus dynamique que celui de Paris, le nombre de musulmans vivant en France est certainement un outil d'incitation pour les banques islamiques.

En outre, la cible des banques islamiques est plutôt celle des petites et moyennes entreprises (PME), essentiellement pour des raisons liées à la structure juridique des financements qu'elles pratiquent³⁰. Or les PME françaises font face à des difficultés de financement de leur croissance liées au resserrement du crédit bancaire et à une raréfaction des possibilités d'introduction et/ou de refinancement en bourse. Selon une étude portant sur les besoins

de financement des PME françaises³¹, on estime qu'"il y a en France, encore plus que par le passé, un manque de capitaux disponibles pour des entreprises de croissance opérant dans les secteurs traditionnels, qui réalisent entre 5 et 100 millions d'euros de chiffre d'affaires, et qui cherchent de 1 à 10 millions d'euros de financement".

Les banques islamiques peuvent constituer ainsi pour les PME, une alternative essentielle de financement et profiter en contrepartie d'un grand nombre d'opportunités stratégiques de qualité et de valorisation attractives.

Toutefois, l'exercice d'une activité bancaire en France par les banques islamiques est strictement encadré par les règles du Code monétaire et financier, qui impose, à toute banque étrangère, un agrément comme condition préalable pour la conduite d'opérations bancaires.

A. Le système bancaire en France

1. Aperçu général

Tout en connaissant une rationalisation de ses structures, le système bancaire français bénéficie d'un flux régulier de créations de nouveaux établissements qui contribuent à le rajeunir et à le moderniser.

La suppression de l'encadrement du crédit (1985), la mise en place du marché unique européen en matière bancaire (1993), et la mise en place de la monnaie unique (1999), ont eu pour effet, entre autres, de rendre le système bancaire français plus favorable et ouvert à l'accueil de banques étrangères.

2. La présence des banques étrangères en France

L'installation des premières banques étrangères en France est très ancienne et remonte au XIX^e siècle. À la fin de l'année 2004, la France comptait 248 établissements de crédit sous contrôle étranger (164 banques, 83 sociétés financières et une institution financière spécialisée³²).

Toutefois, en termes de volume d'activité, la présence des banques étrangères demeure globalement limitée et régresse même ; fin 2004, les banques sous contrôle étranger ne représentaient que 9,9 % du total de bilan de l'ensemble des établissements de crédit présents en France (contre 12,6 % en 2001, 11,5 % en 2002, 10,3 % en 2003³³).

B. Le cadre juridique d'exercice des activités bancaires et financières

Aux termes de la législation bancaire et financière³⁴, la banque islamique doit obtenir un agrément avant d'exercer son activité en France. L'agrément est délivré par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI), organisme public présidé de droit par le gouverneur de la Banque de France.

26. A. Hassoune, "Islamic Bank's Profitability in an Interest Rate Cycle", International Journal of Islamic Financial Services, 2002, vol. 4, n°2.

27. M. Foot "The future of Islamic Banking in Europe", Second International Islamic Finance Conference, Dubai Sept 22, 2003, FSA Library, 2003.

28. En Grande-Bretagne, la FSA (Financial Services Authority) assure une mission de tutelle sur le marché bancaire et financier. Elle a notamment pour mission d'accorder les agréments aux banques étrangères.

29. Article L.511-21 et suivants du Code monétaire et financier.

30. S. Haron, "A Comparative Study of Islamic banking Practices", Journal of King Abdul Aziz: Islamic Economics, Saudi Arabia, 1998, vol.10, p. 23-52.

31. Nexstage Private Equity, "Rapport sur les besoins de financements des PME françaises", 2003.

32. "Rapport annuel du CECEI", Banque de France, 2004, chap. 5, p. 124.

33. "Rapport annuel du CECEI", Banque de France, 2004, chap. 5, p. 126.

34. Article L.511-10 du Code monétaire et financier.

À noter que les établissements bancaires doivent également se soumettre au contrôle de la commission bancaire, organisme public chargé de surveiller les établissements de crédit et qui intervient à titre disciplinaire.

Agrément bancaire

Le CECEI n'a pas, en principe, de pouvoir discrétionnaire, et statue dans un délai maximal de douze mois à compter de la réception de la demande d'agrément.

Conformément à l'article R.421-5 du Code de justice administrative, ses décisions doivent être motivées et sont susceptibles de recours devant la juridiction administrative. Les articles L.511-10 à L.511-13 du Code monétaire et financier imposent au CECEI statuant sur une demande d'agrément, de vérifier que l'entreprise concernée satisfait à un certain nombre de conditions d'ordre juridique, économique et organisationnelle.

a. Conditions d'ordre juridique

• Forme sociale et capital minimum

La banque étrangère qui choisit d'installer une filiale en France doit constituer une société selon les règles du droit français. Elle peut indifféremment choisir la forme sociale d'une société anonyme, une société par actions simplifiée, une société en commandite ou une société en nom collectif. Conformément au règlement n° 92-14 du 23 décembre 1992, le capital minimum est fixé à un montant de 6 millions d'euros.

• Implantation par le biais d'une filiale

En principe, la banque étrangère a le choix entre l'ouverture d'une succursale ou la création d'une filiale.

Toutefois, en pratique, et malgré l'absence d'un texte de loi explicite, le CECEI conditionne son agrément de banques étrangères originaires de pays n'appartenant pas à l'Espace économique européen ou au groupe des dix pays les plus industrialisés au monde, au respect de deux conditions :

– La banque doit s'implanter à travers une filiale ;

– “[...] associer à son capital un partenaire bancaire local de dimension importante, susceptible de faciliter son introduction auprès de la clientèle française et de répondre à l'exigence d'un parrainage bancaire imposé par la doctrine du CECEI³⁵”.

• Doctrine du CECEI ; l'obligation de parrainage

“Lorsqu'un projet d'implantation ou de reprise émane d'une banque qui ne dispose pas à la fois d'une surface financière de premier plan et d'une expérience internationale reconnue, le CECEI demande que celle-ci s'associe à un établissement de renom déjà implanté en France et disposé à jouer un rôle de parrainage³⁶”.

Les conditions juridiques seront appréciées, à notre avis, par le CECEI, au cas par cas, sur la base du contenu du dossier de chaque banque islamique sollicitant un agrément. Toutefois, le CECEI appréciera certainement, d'une façon générale, si le système bancaire islamique dispose d'une “*expérience internationale confirmée*” ou au contraire, s'il représente, à son avis, un système bancaire isolé dans une certaine région du monde.

b. Conditions d'ordre économique et organisationnelle

• La qualité des apporteurs de capitaux et l'organisation de l'actionariat

L'article L.511-10 du Code monétaire et financier impose au CECEI de vérifier, à l'occasion des demandes d'agrément qui lui sont présentées, la qualité des apporteurs de capitaux et le cas échéant, de leurs garants.

• La sécurité de la clientèle et le bon fonctionnement du système bancaire

Avant d'accorder son agrément, le CECEI apprécie, conformément à l'article L.511-10 du Code monétaire et financier, l'aptitude de l'entreprise requérante à réaliser ses objectifs de développement dans des conditions qui assurent à la clientèle une sécurité suffisante et qui soient compatibles, dès lors que sa dimension ou sa spécificité le justifient, avec le bon fonctionnement du système bancaire français.

c. Le pouvoir d'appréciation du CECEI

Bien que la loi pose des règles transparentes pour l'obtention d'agrément et soumet la décision du CECEI au contrôle de la juridiction administrative, le CECEI dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Le juge administratif ne contrôlant que la légalité et non l'opportunité de ses décisions. Les termes de l'article L.511-10 du Code monétaire et financier permettent au CECEI de refuser l'agrément d'une banque islamique sous le motif que le système bancaire islamique n'assure pas suffisamment de sécurité à la clientèle. Cet argument est suffisant à lui seul pour constituer une base légale de refus d'agrément.

Le CECEI doit également vérifier si le fonctionnement des banques islamiques est compatible avec le système bancaire français. L'agrément étudiera la possibilité pour les banques islamiques, tout en respectant le droit français, d'effectuer des opérations de banque en France, que ce soit sous la forme de réception de fonds du public ou sous la forme d'opérations de crédit.

Toutefois, l'agrément de banques islamiques en France dépendra au final d'une décision de politique monétaire et financière. Le CECEI devra probablement se poser la question de la contradiction du système bancaire islamique avec le principe de laïcité, principe fondateur de la République Française ayant valeur constitutionnelle.

V. Opérations de banques islamiques en France

Aux termes de l'article L.311-1 du Code monétaire et financier, “*Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement*”. Dans le cadre de ce paragraphe, nous allons nous intéresser à l'étude de la possibilité offerte en France aux banques islamiques (sous réserve de l'agrément du CECEI) de recevoir de fonds du public (A) et d'effectuer des opérations de crédit (B), à la fois conformes aux règles de la *sharia* et au droit positif français.

Concernant le sujet de la gestion de moyens de paie-

35. "Rapport annuel du CECEI", Banque de France, 2004, chap. 2, p. 38.

36. "Rapport annuel du CECEI", Banque de France, 2004, chap. 2, p.39.

ment, il convient de souligner que les banques islamiques utilisent les moyens communément adoptés par les banques conventionnelles, à savoir les cartes de crédit, chèques et virements bancaires.

A. Réception de fonds du public

Les banques islamiques proposent à leurs clients différentes formes de comptes bancaires. Nous en retiendrons deux comptes assez similaires, dans leur fonctionnement, à ceux existant en France.

1. Le compte courant islamique

Le compte courant islamique est un compte bancaire sans terme qui sert à déposer et à retirer des fonds et à enregistrer toutes opérations portant sur des instruments financiers. La banque islamique peut utiliser le solde du compte courant mais elle ne peut prétendre en partager les pertes ou bénéfices ou même accorder un revenu quelconque au titulaire de ce compte. L'utilisation du solde par la banque islamique est justifiée par la règle selon laquelle la banque, garantissant les sommes déposées, doit pouvoir les utiliser et en recueillir les fruits. À ce titre, la banque pourra également percevoir des commissions en contrepartie de la gestion desdits comptes. Ce compte est ainsi similaire, dans son fonctionnement, au compte courant tel qu'il existe dans les banques de dépôt en France.

2. Le compte d'épargne islamique

Le fonctionnement du compte se résume ainsi : la convention d'ouverture du compte entre le client et la banque se fait sur la base d'un contrat de *moudaraba*. La *moudaraba* est l'équivalent d'une société en commandite simple ou par actions, le client étant le commanditaire (appelé *rab-ul-mal*) et la banque le commandité (appelée *mudarib*). Le client avance les fonds sans aucune garantie sur le capital et la banque prend en charge la mission de gérer cette liquidité et de l'investir sur le marché financier. Les profits seront répartis entre les deux parties sur une base prédéterminée. Quant aux pertes, elles seront supportées intégralement par le client³⁷.

Le compte d'épargne islamique constitue un instrument de gestion collective et serait au final, dans son fonctionnement, l'équivalent d'un OPCVM³⁸.

Le compte d'épargne islamique serait juridiquement, pour le droit français, une souscription par le client à un OPCVM, structuré d'une manière compatible avec les règles imposées par l'islam. En d'autres termes, l'"OPCVM islamique" ne peut porter que sur des instruments financiers qui respectent les principes de l'islam, tels qu'énumérés au paragraphe 2 ci-dessus. En règle générale, l'"OPCVM islamique" peut souscrire à des actions de sociétés cotées ou non (actions prioritaires ou simples, sous réserve que l'objet de la société porte sur des actifs *halal*), les obligations et les dérivés de crédits étant prohibés, respectivement à cause de l'interdiction du taux d'intérêt (*riba*) et de la spéculation (*gharar*).

37. M. Khan. and A. Mirakhor, "Theoretical Studies in Islamic Banking and Finance", Houston: The Institute for Research in Islamic Studies, 1987.

38. Article L.214-2 et suivants du Code monétaire et financier.

Malgré leurs appellations, le compte courant et le compte d'épargne islamiques sont parfaitement compatibles avec les règles du droit français et permettent ainsi à une banque islamique, implantée en France, de recevoir des fonds du public sans que cela ne soit en contradiction avec le bon fonctionnement du système bancaire français.

B. Les opérations de crédit islamique

Les banques islamiques utilisent plusieurs formes juridiques dans la conduite de leurs opérations de crédit. Nous n'allons nous intéresser qu'à l'étude de deux contrats :

– la *murabaha*, utilisée dans le cadre de financement d'actifs ;

– la *mousharaka*, un montage qui fonctionne sous forme de finance associative.

1. Opérations de crédit selon le droit bancaire français

Aux termes de l'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 [...]".

Deux éléments cumulatifs conditionnent ainsi la qualification par le droit français d'opération de crédit : (a) une mise à disposition de fonds et (b) le caractère onéreux de l'opération.

a. Mise à disposition de fonds

La doctrine considère que les opérations de crédit regroupent une panoplie diversifiée d'opérations bancaires. Les techniques juridiques utilisées pour la réalisation d'opérations de crédit sont nombreuses et ne se limitent pas au prêt bancaire : "si tout prêt est une opération de crédit, toute opération de crédit n'est pas un prêt"³⁹.

"La notion d'opération de crédit est une notion économique qui recouvre diverses opérations juridiques (prêt, avance, découvert, escompte, etc.). Pour la cerner, il faut considérer la finalité économique de chaque opération et non pas la technique utilisée pour la réaliser. Il serait erroné de ramener l'opération de crédit au seul contrat de prêt [...]"⁴⁰.

b. Acte à titre onéreux

Deuxième critère cumulatif, l'opération de banque constitutive d'une opération de crédit devrait être conclue à titre onéreux. "Le caractère onéreux repose sur la perception par le prêteur de commissions, agios ou intérêts, voire sur une indexation du capital ou sur toute autre forme de rémunération directe ou indirecte"⁴¹.

L'opération de crédit est donc, pour le droit français, un terme générique employé pour définir des opérations à titre onéreux, utilisant des techniques contractuelles diverses et multiples, et ayant pour finalité économique la mise à disposition d'une tierce personne de fonds et de liquidité.

39. Juris Classeur Banque, Crédit et Bourse, fascicule 50, F. Peletier et E. Fernandez-Ballo, v.3/2005, p. 8.

40. J.-L. Rives-Lange et Mme Contamine-Raynaud, *Droit bancaire, Précis Dalloz*, 6^e édition, 1995, n° 389, p. 387.

2. Le financement d'actif ou *murabaha*

La *murabaha* est une opération d'achat-revente de biens achetés au prix coûtant par la banque islamique et revendues au client au coût de revient majoré d'une marge négociée à l'avance entre les parties. Le client peut, à son tour, revendre les biens à une tierce partie et encaisser au comptant le prix de vente. Le remboursement du prix des biens à la banque islamique peut se faire sur une base différée, ce qui permet au client une mise à sa disposition d'un flux de liquidités.

Bien que le rôle traditionnel d'une banque ne soit pas celui d'effectuer des opérations d'achat et de revente, la structuration de ce financement est communément utilisée par les banques islamiques comme un outil permettant de contourner la prohibition du taux d'intérêt.

La *murabaha* est économiquement une convention de prêt classique, à la simple différence qu'elle s'effectue par le biais d'un montage visant à contourner la prohibition d'intérêts. Ce financement d'actifs s'opère à titre onéreux, la rémunération de la banque islamique se fait moyennant le paiement d'une commission, basée le plus souvent sur un taux d'intérêt inter-bancaire majoré d'une certaine marge.

Dès lors, la *murabaha* mérite d'être qualifiée par le droit bancaire français d'opération de crédit au sens de l'article L.313-1 du Code monétaire et financier ; elle pourrait ainsi être dénommée de "prêt des banques islamiques".

Cependant, le financement d'actif par le biais d'un acte de *murabaha* doit respecter certaines conditions propres à la finance islamique⁴² :

- la loi islamique interdit au client de refinancer les biens qui sont déjà sa propriété, le bien acheté et revendu par la banque doit appartenir à une tierce personne ;

- il est possible de prévoir une clause pénale en cas de retard de paiement, mais les sommes perçues par la banque comme indemnités de retard doivent être obligatoirement reversées à un fonds de charité. Afin de contourner cet inconvénient, les praticiens de la finance islamique ont recours à un montage qui consiste à majorer le prix de vente du bien et de stipuler contractuellement que, dans le cas d'un paiement sans incidents de l'acheteur, ce dernier aura droit à une remise sur le prix de la vente ;

- l'acheteur peut payer le prix de la vente par un billet à ordre ou une lettre de change, mais ces dernières ne peuvent être escomptées et ne peuvent être cédées qu'à leur valeur faciale.

3. Le financement participatif ou *moucharaka*

Les banques islamiques ont également recours, dans le cadre de leurs opérations de financement, à une forme de finance associative qui relève d'une logique similaire à celle du capital-risque. Ce mode de financement, appelé *moucharaka*, est l'un des outils de financement le plus couramment utilisé par les banques islamiques au monde. Il trouve ses racines historiques aux premiers temps de l'Islam ; un marchand aisé finançait une opération menée par un entrepreneur et partageait à égalité profits et pertes⁴³.

Le terme "*moucharaka*" est dérivé de "*shirka*" qui veut dire "société" en arabe. Un *affectio societatis* domine l'esprit de ce financement islamique. Il s'agit d'une association, suite à des apports de la banque et du client en nature ou en numéraire, en vue de l'élaboration d'un projet commun, limité à une certaine durée. La répartition des profits se fait entre les parties librement selon une clé de répartition fixée à l'avance. Toutefois, les pertes seront supportées obligatoirement au prorata de la participation de chacun. Les parties sont libres de choisir celui parmi eux qui va prendre en charge la gestion du projet (à la différence de la *moudaraba*)⁴⁴. En droit français, ce régime est semblable à une société en participation.

Les opérations de *moucharaka* de banques islamiques en France sont possibles essentiellement par le biais de trois outils juridiques différents : une prise de participation directe de banques islamiques dans le capital de sociétés (a), les sociétés de capital-risque (b) et, enfin, les fonds commun de placement à risques (c).

a. *Moucharaka et prise de participation directe*

Le Code monétaire et financier ne pose aucune limitation de principe aux prises de participation directe par des établissements de crédit dans le capital de sociétés.

Seul le règlement n° 90-06 du 20 juin 1990, modifié par le règlement n° 2000-03 en date du 6 septembre 2000, prévoit des limitations d'ordre prudentiel.

L'article 2 dudit règlement indique que les participations d'une banque dans le capital d'une entreprise ne doivent à aucun moment excéder, pour chaque participation, 15 % du montant des fonds propres de l'établissement de crédit, l'ensemble des participations est plafonné à 60 % des fonds propres de ce dernier.

Ainsi, les opérations de *moucharaka* des banques islamiques en France doivent respecter ces limites, ce qui revient à réduire considérablement leur champ d'action.

Toutefois, l'article 3 dudit règlement dispose que "*les participations à caractère financier telles que définies à l'article 1^{er} (f) du règlement n° 2000-03 du 6 septembre 2000*" ne sont pas soumises à ces limites.

Ainsi, la banque islamique en France peut effectuer des opérations de *moucharaka* à travers une société anonyme, dite société de capital-risque.

b. *Moucharaka et société de capital-risque*

Sous l'angle juridique, "*la doctrine française définit le capital-risque comme une prise de participations minoritaires et temporaires en fonds propres dans des sociétés non cotées en vue de réaliser à terme une plus-value, accompagnée d'une collaboration plus ou moins active entre l'investisseur et l'équipe dirigeante*"⁴⁵.

La *moucharaka*, comme exposée précédemment, trouve également son équivalent en droit français à travers le régime des sociétés de capital-risque (SCR). La banque islamique peut ainsi créer ou prendre des participations dans des SCR, ce qui lui permet d'une part de se conformer aux règles prudentielles imposées par le règlement n° 90-06 du 20 juin 1990 (la participation de la banque

41. De Guillen, *Lexique des termes juridiques*, édition Dalloz, 1995.

42. M.Taqi Usmani, "Studies on Moucharaka", Darululoomkhi, 2004.

43. S. Al-Suwailem, "Venture Capital: A Proposal Model of Moushara", *Journal of Islamic Economics*, 2004, vol.10.

44. H. Hourani, "The three principles of Islamic Finance", *International Financial Law Review*, May 2004.

45. O. Basso et P. Bielski, *Guide pratique du créateur de start-up*, éditions Organisation, 2001, 2^e édition, p. 187.

islamique dans la société de capital-risque ayant un caractère financier), et d'autre part, d'effectuer librement des opérations de *moucharaka*.

Selon l'article 1 de la loi n° 85-695, une société française par actions est qualifiée de société de capital-risque (SCR) si sa situation nette comptable est représentée de façon constante à concurrence de 50% au moins en titres de sociétés non cotées ayant leur siège dans un État de la Communauté européenne.

En outre, une SCR ne doit pas procéder à l'acquisition de titres lui conférant plus que 40 % des droits de vote de ladite société. Depuis la loi de finances pour 2005, les titres cotés d'une société ayant une capitalisation boursière inférieure à 150 millions d'euros sont éligibles au quota d'investissement des SCR, dans la limite de 20 % de la situation nette comptable. Les investissements des SCR doivent aussi répondre à des critères de division des risques et de niveau de détention des participations. En contrepartie les SCR bénéficient d'un régime fiscal attractif puisque les résultats (dividendes et plus-values) de leurs investissements dans le secteur non coté ne sont pas soumis à l'impôt, et lorsqu'ils sont distribués bénéficient en outre, sous certaines conditions, d'un régime de faveur chez les actionnaires eux-mêmes.

Toutefois, il ne faut pas oublier que la SCR appartenant à une banque islamique doit respecter dans ses placements les principes de la finance islamique, tels qu'énumérées au paragraphe 2.

Le droit bancaire français offre également aux banques islamiques la possibilité d'effectuer des opérations de *moucharaka* à travers un autre outil juridique : le Fonds commun de placement à risques.

c. *Moucharaka et fonds commun de placement à risques*

Le fonds commun de placement à risques (FCPR) a été créé en France par la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983, aujourd'hui partiellement codifiée par le Code monétaire et financier. C'est un fonds commun de placement, constitué d'une copropriété de valeurs mobilières. Comme l'ensemble des fonds communs, il n'a pas de personnalité morale et est représenté par une société de gestion agréée par l'Autorité des marchés financiers (AMF). C'est le véhicule le plus communément utilisé actuellement en France, car il permet de gérer avec une grande souplesse les apports successifs par les investisseurs et les remboursements au fur et à mesure des désinvestissements. À l'instar des SCR, les FCPR sont fiscalement transparents.

L'objectif du législateur français en créant les FCPR est celui d'investir les sommes recueillies par ces fonds dans des petites et moyennes entreprises qui ne bénéficient pas encore de notoriété suffisante. Ainsi, le FCPR constitue un outil juridique similaire à l'opération de *moucharaka* telle que pratiquée aujourd'hui par les banques islamiques.

De plus, comme nous l'avons indiqué auparavant au paragraphe 4, le FCPR correspond à la cible des banques islamiques qui est celle des petites et moyennes entreprises⁴⁶.

Conclusion

Deux éléments de taille, à notre avis, sont susceptibles d'attirer la finance islamique en France : d'abord, la taille importante du marché dû au fait que la France est le premier pays européen en nombre de musulmans ; ensuite, le fait que le marché français présente un très grand nombre d'opportunités d'investissement dans des petites et moyennes entreprises.

Comme nous l'avons vu, en théorie, rien n'empêche qu'une banque islamique puisse en France recevoir des fonds du public et effectuer des opérations de crédits, à la fois conformes aux règles de la *sharia* et au droit français. Cependant, l'introduction de la finance islamique dépendra avant tout d'une décision politique du CECEI. Pour cela, les suites et les conséquences de l'expérience anglaise seront attendues avec impatience. La réussite de l'Islamic Bank of Britain sera, à notre avis, déterminante pour l'appréciation de l'agrément des banques islamiques par le CECEI.

Au-delà de son appellation religieuse, ce mode de financement peut être parfaitement compatible avec le système juridique français. Les opérations de banques islamiques seront soumises sans difficulté au droit français, à la simple spécificité qu'ils devront avoir recours à des montages juridiques afin de contourner la prohibition de l'intérêt.

Même si l'expansion des banques islamiques se heurte toujours à l'absence de règles universellement reconnues, la finance islamique connaît aujourd'hui une mutation vers l'harmonisation de normes uniques pour la gestion, le contrôle et la réglementation bancaire⁴⁷. Toutefois, il serait dommage, au vu de l'essor du secteur bancaire islamique, que la "prudence" du secteur bancaire français, ou l'argument selon lequel ce modèle est contraire au principe de laïcité, fasse obstacle à l'avènement des banques islamiques en France.

Enfin, la finance moderne ne semble pas trop différente dans son esprit et ses pratiques de la finance islamique. Une banque conventionnelle génère aujourd'hui l'essentiel de ses profits à partir des commissions et de la tarification des services, et non plus comme autrefois à partir du différentiel du taux d'intérêts entre les crédits et les dépôts. L'essor des banques d'investissement et des sociétés de capital-risque et l'engagement de plus en plus fort de la banque dans la vie de l'entreprise, sont autant d'éléments qui permettent également le rapprochement de la finance islamique avec la finance moderne. ■

46. V. Nienhaus, "Profitability of Islamic PLS banks competing with interest banks: problems and prospects", *Journal of Research in Islamic Economics*, 1983, p.37-47.

47. La Banque islamique de développement joue un rôle clé dans l'élaboration de normes et de procédures internationalement acceptables. Plusieurs autres institutions internationales travaillent également à la

définition de normes conformes à la *sharia* et à leur harmonisation entre les pays. Ces institutions sont ; l'Organisation des comptables et vérificateurs des institutions financières islamiques (AAOIFI), le Conseil des services financiers islamiques (IFSB), le Marché financier islamique international (MFII), le Centre de gestion des liquidités (CGL) et l'Agence de notation islamique internationale (AGII).