

# **COMMISSION SUR LA FINANCE ISLAMIQUE**

## **RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LE DROIT APPLICABLE ET LE REGLEMENT DES DIFFERENDS DANS LES FINANCEMENTS ISLAMIQUES<sup>©</sup>**

**21 septembre 2009**

---

<sup>©</sup> Les citations de ce rapport doivent se référer au titre suivant : « Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques », G. Affaki (dir.), I. Fadlallah, D. Hascher, A. Pézard, F-X. Train, 21 septembre 2009, à paraître.

---

## TABLE DES MATIERES

<b>1. INTRODUCTION.....</b>	<b>4</b>
<b>2. COMPOSITION DU GROUPE .....</b>	<b>6</b>
<b>3. CONCLUSIONS RESUMEES .....</b>	<b>8</b>
<b>4. ACTE DE MISSION.....</b>	<b>11</b>
<b>5. RAPPORT : LE DROIT APPLICABLE ET LE REGLEMENT DES DIFFERENDS LIES AUX FINANCEMENTS ISLAMIQUES DEVANT LES TRIBUNAUX FRANÇAIS 15</b>	
5.1 LES REGLES DE LA <i>CHARI'A</i> RELATIVES AUX FINANCEMENTS ISLAMIQUES SONT- ELLES DES REGLES DE DROIT ? .....	16
5.2 UN CONTRAT INTERNATIONAL DE FINANCEMENT ISLAMIQUE QUI SERAIT REGI PAR LA <i>CHARI'A</i> CHOISIE PAR LES PARTIES, A L'EXCLUSION D'UNE LOI NATIONALE, SE VERRAIT-IL DONNER EFFET PAR LES TRIBUNAUX FRANÇAIS ?.....	16
5.3 L'ACCUEIL PAR LES TRIBUNAUX FRANÇAIS DES REGLES DE LA <i>CHARI'A</i> APPLICABLES AUX FINANCEMENTS ISLAMIQUES VARIERAIT-IL SELON QUE LES PARTIES AIENT CHOISI COMME DROIT APPLICABLE LA <i>CHARI'A</i> SANS AUTRE PRECISION OU UNE COMBINAISON DE LA <i>CHARI'A</i> ET DE LA LOI FRANÇAISE (OU UNE LOI ETRANGERE) ?18	
5.4 COMMENT LE JUGE FRANÇAIS IDENTIFIERAIT-IL PARMIS LES SOURCES DE LA <i>CHARI'A</i> LES REGLES PERTINENTES AU CAS QUI LUI EST SOUMIS ? .....	20
5.5 CONFRONTES A L'APPLICATION DE LA <i>CHARI'A</i> A DES FINANCEMENTS ISLAMIQUES, LES TRIBUNAUX BRITANNIQUES ONT PRIVE D'EFFET LE CHOIX PAR LES PARTIES DE LA <i>CHARI'A</i> . UN JUGE FRANÇAIS EST-IL SUSCEPTIBLE D'AVOIR LA MEME APPROCHE? SI LES PARTIES VIENNENT A CHOISIR L'ARBITRAGE, ET QUE LA SENTENCE INTERNATIONALE RENDUE LE SOIT AU TITRE DE LA <i>CHARI'A</i> , A L'EXCLUSION D'UNE LOI ETATIQUE OU D'AUTRES REGLES DE DROIT NON ETATIQUES, LA RECONNAISSANCE OU L'EXEQUATUR DE CETTE SENTENCE SERAIENT-ILS OCTROYES PAR LES TRIBUNAUX FRANÇAIS ? .....	22
5.6 L'ORDRE PUBLIC FRANÇAIS INTERNE OU INTERNATIONAL EMPECHERAIT-IL LE JUGE FRANÇAIS DE DONNER EFFET A UN CONTRAT DE FINANCEMENT ISLAMIQUE SOUMIS A LA <i>CHARI'A</i> ?.....	24
<b>6. RECOMMANDATIONS .....</b>	<b>28</b>

En Terres d'islam, l'arbitrage a toujours été considéré comme un mode privilégié de règlement des différends. D'ailleurs, ce fut le mode choisi pour le règlement de l'une des plus grandes crises de l'histoire de l'islam. Ali, le gendre du Prophète, fût nommé, dans des circonstances controversées, quatrième calife à la suite de l'assassinat du calife Osman. En désaccord avec cette nomination, le gouverneur de Damas, Mouawiya, prit les armes contre le nouveau calife. Les deux armées se rencontrèrent à Siffin, sur les rives de l'Euphrate, le premier jour du mois de Safar de l'an 37 de l'Hégire (657 A.D.). Après plusieurs jours de combat, une trêve fut décidée afin de soumettre le différend à l'arbitrage. Un compromis fut conclu le 13<sup>e</sup> jour de Safar aux termes duquel deux arbitres, Abou Moussa al-Ash'ari, nommé par Ali, et Amr Ibn al-As, désigné par Mouawiya, devaient examiner, chacun de son côté, le Coran dans sa totalité et au bout de huit mois, le premier jour du mois de Ramadhan, se réunir à Dawmat al-Jandal, près d'Amman en Jordanie, pour rendre la sentence. Le compromis stipulait que la sentence serait obligatoire pour les parties. Mouawiya obtint le Califat, et devint le Commandant des croyants. Ce fut le commencement de la dynastie des Omeyyades.

*D'après la Chronique de Tabari, 310 de l'Hégire  
(traduction française Editions de la Ruche, Paris 2003)*

## **1. INTRODUCTION**

- 1.1** Paris Europlace a créé une commission chargée de réfléchir sur les modalités d'accueil de la finance islamique en France. Ses travaux ont abouti à une série de mesures fiscales et législatives visant à rendre la place de Paris plus attractive à la finance islamique.
- 1.2** Dans le cadre de sa mission et à l'issue de sa réunion du 17 décembre 2008, la Commission de Finance Islamique a confié à Georges Affaki, BNP Paribas, la mission de réfléchir aux perspectives de règlement des différends liés aux financements islamiques qui viendraient à être soumis aux tribunaux français directement ou à titre de reconnaissance d'un jugement étranger ou d'une sentence arbitrale.
- 1.3** L'étude du droit applicable et du règlement des différends liés aux financements islamiques soulève les questions suivantes:
- la normativité des règles de la *Chari'a*,
  - la méthode d'identification des règles de la *Chari'a* applicables à un contrat donné, et
  - la compatibilité des règles de la *Chari'a* avec l'ordre public procédural ou substantiel.
- 1.4** Pour accomplir cette mission, un groupe de travail relatif au droit applicable et au règlement des différends dans les financements islamiques a été constitué. Il a bénéficié dans ses consultations des avis éclairés de Cheikh Nizam Yacoubi (Bahreïn), mufti, jurisconsulte et conseiller en *Chari'a* de nombreux établissements financiers, et de Monsieur Michel Baert (France), juge au tribunal de commerce de Paris, tous deux auditionnés par le Groupe de travail à Paris le 23 mars 2008.
- Ce rapport a pour objet de présenter les conclusions du Groupe de travail.
- 1.5** Rien dans ce rapport ne doit être interprété comme dérogeant à la neutralité de Paris Europlace quant au choix par les parties du droit applicable ou de la juridiction compétente dans les contrats de financement islamique. Paris Europlace n'entend pas se prononcer ni assumer l'une quelconque des conséquences du choix par les parties de l'une des formules dont l'inventaire est dressé à titre factuel et descriptif dans ce rapport.

## **2. COMPOSITION DU GROUPE**

## **COMPOSITION DU GROUPE**

### *Président*

Georges Affaki, Membre du comité exécutif et responsable des financements structurés, CIB Legal, BNP Paribas.

### *Membres*

Ibrahim Fadlallah, Professeur émérite à l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense,

Dominique Hascher, Président de chambre à la Cour d'appel de Reims et Professeur associé à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne),

Alice Pézard, Conseiller à la Cour de Cassation,

François-Xavier Train, Professeur à l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense.

### *Secrétariat*

Nadia Mejri, Doctorante à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne).

### **3. CONCLUSIONS RESUMEES**



**Dans ce rapport, le Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques aboutit aux conclusions suivantes :**

1. Les règles de la *Chari'a* relatives aux financements islamiques sont des règles de droit. Elles doivent à ce titre recevoir effet par les tribunaux français lorsque la *Chari'a* vient à être choisie par les parties pour régir leur contrat international de financement. Cette effectivité repose sur le principe de l'autonomie de la volonté qui prend sa pleine dimension grâce à une jurisprudence caractéristique des tribunaux français libérale à l'égard de l'application des règles de droit non étatiques dans les contrats internationaux.

2. Leur juridicité admise, les règles de la *Chari'a* choisies par les parties à un contrat international de financement islamique seront appliquées par les tribunaux français si le différend afférant à ce contrat international vient à leur être soumis directement. De même, les règles de la *Chari'a* relatives aux financements islamiques seront reconnues par les tribunaux français appelés à statuer sur la reconnaissance ou l'exequatur d'une sentence arbitrale internationale ou un jugement étranger ayant appliqué ces règles.

Il s'agit là d'un atout déterminant pour la place de Paris par rapport à des places concurrentes étrangères qui ne feraient pas preuve d'une ouverture similaire.

3. L'identification des règles de la *Chari'a* applicables à une situation donnée suivra la même méthodologie actuellement appliquée par les tribunaux français pour l'identification du contenu pertinent d'une loi étrangère choisie par les parties au contrat, identification à laquelle ces parties, assistées d'experts, sont appelées à contribuer. La codification par l'AAOIFI des règles de la *Chari'a* applicables aux financements islamiques facilitera grandement ce processus d'identification.

4. L'effectivité dans l'ordre juridique français du choix de la *Chari'a* dans un financement islamique ne peut aboutir à écarter les lois de police du for.

Toutefois, en cas de conflit, seules les règles de la *Chari'a* qui contreviendraient aux lois de police doivent être évincées, sans remettre en cause l'effectivité du choix de la *Chari'a* par les parties au contrat et l'application par les tribunaux de ses autres règles.

5. A l'examen, la partie des règles de la *Chari'a* liée aux transactions (*mou'amalat*) susceptible de s'appliquer aux financements islamiques ne révèle pas de contrariétés avec l'ordre public substantiel français. En particulier, l'interdiction de l'intérêt, de la spéculation et de l'incertitude de l'objet du contrat, canons de la finance islamique, ne sont pas contraires à l'ordre public. A l'opposé, la méconnaissance dans un jugement rendu par une juridiction française de l'un de ces canons risquerait de déqualifier le contrat à propos duquel le différend est né de son caractère conforme à la *Chari'a*. Une telle éventualité aurait un effet négatif sur l'attractivité de la place de Paris aux financements et investissements islamiques.

## **4. ACTE DE MISSION**

**4.1** Le Groupe de travail s'est fixé pour acte de mission de répondre aux six questions suivantes :

- (1) Les règles de la *Chari'a* relatives aux financements islamiques sont-elles des règles de droit ?
- (2) Si oui, un contrat international de financement islamique qui serait régi par la *Chari'a* choisie par les parties, à l'exclusion d'une loi nationale, se verrait-il donner effet par les tribunaux français ?
- (3) L'accueil par les tribunaux français des règles de la *Chari'a* relatives aux financements islamiques varierait-il selon que les parties aient choisi comme droit applicable la *Chari'a* sans autre précision ou une combinaison de la *Chari'a* et de la loi française (ou une loi étrangère) ?
- (4) Comment le juge français identifierait-il parmi les sources de la *Chari'a* les règles pertinentes au cas qui lui est soumis ?
- (5) Confrontés à l'application de la *Chari'a* à des financements islamiques, les tribunaux britanniques ont privé d'effet le choix par les parties de la *Chari'a*. Un juge français est-il susceptible d'avoir la même approche? Si les parties viennent à choisir l'arbitrage dans leur contrat, et que la sentence internationale rendue le soit au titre de la *Chari'a*, à l'exclusion d'une loi étatique ou d'autres règles de droit non étatiques, la reconnaissance ou l'exequatur de cette sentence seraient-ils octroyés par un tribunal français ?
- (6) La *Chari'a*, dans sa partie applicable aux transactions (*mou'amalat*) relatives aux financements islamiques (par opposition à celle applicable à la croyance (*ibadat*), contiendrait-elle des règles de fond ou de procédure qui seraient incompatibles avec l'ordre public français ?

## 4.2 A titre liminaire, il convient de faire deux remarques :

- (1) Ce rapport traite exclusivement des financements internationaux et non des opérations propres à la banque de détail, reflétant ainsi le champ de compétence choisi par la Commission sur la Finance Islamique de Paris Europlace.
- (2) Le Groupe de travail a limité sa mission aux seuls modes contentieux de règlement des différends en raison de leur vocation à être soumis au juge français. Toutefois, il est utile de mentionner à ce stade l'importance en Islam des modes non contentieux de règlement des différends. En effet, le *solh* (transaction facilitée par un médiateur), recommandé dans plusieurs sourates du Coran<sup>1</sup>, occupe une place importante parmi les modes de règlement des différends compte tenu notamment de l'organisation tribale de la société qui a vécu la naissance de l'Islam. L'intervention d'un médiateur à l'autorité reconnue permettait de mettre rapidement un terme aux différends entre les tribus et de s'assurer d'une cohabitation pacifique quel que soit le différend sous-jacent. Tout au long de la domination ottomane, le recours au *solh* est resté largement répandu tant dans les corporations d'artisans et de marchands urbains (procédure généralement organisée sous l'égide du *shahbandar*, prévôt d'une guilde) que parmi les tribus nomades de la Péninsule arabique. Il est toujours aussi largement utilisé de nos jours. Comme les modes non contentieux de règlement des différends que nous connaissons en France, le *solh* repose fondamentalement sur un socle contractuel : les parties doivent avoir accepté l'intervention d'un médiateur pour mettre fin à leur différend. Souvent elles acceptent aussi par avance d'être liées par son avis. A l'origine, la pression tribale et l'importance pour les litigants de maintenir leur réputation intacte à l'égard de leurs pairs jouaient le rôle de persuasion nécessaire pour assurer le respect volontaire du verdict. La survie de l'esprit des guildes et corporations dans de nombreuses sociétés marchandes musulmanes assure aujourd'hui un taux d'exécution volontaire tout à fait satisfaisant.

---

<sup>1</sup> Sourate Al-Hojrates, verset 9, sourate Al-Nissa', verset 128.

A l'instar de nombreux autres contrats internationaux, les financements islamiques ont vocation à intégrer, en parallèle ou au préalable d'une clause de juridiction contentieuse classique, un mode non contentieux de règlement des différends. Les tribunaux français reconnaissent l'effectivité de ce choix de la volonté des parties et en imposent le respect, au besoin en rejetant une demande d'ester en justice qui n'aurait pas respecté au préalable l'étape de conciliation convenue<sup>2</sup>.

C'est là un atout supplémentaire pour la place de Paris.

---

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 9 avril 2009, Pourvoi B 08-10.866 (la saisine du tribunal ne pouvait intervenir qu'en cas d'échec ou de refus de la médiation ; le demandeur ne pouvait, par avance, refuser une procédure de médiation qui n'avait pas encore été mise en œuvre).

**5. RAPPORT :**

**LE DROIT APPLICABLE ET LE REGLEMENT DES  
DIFFERENDS LIES AUX FINANCEMENTS ISLAMIQUES  
DEVANT LES TRIBUNAUX FRANÇAIS**

## **5.1 LES REGLES DE LA *CHARI'A* RELATIVES AUX FINANCEMENTS ISLAMIQUES SONT-ELLES DES REGLES DE DROIT ?**

**5.1.1** A cette question, le Groupe de travail a répondu unanimement par l'affirmative. Bien qu'elles ne constituent pas une loi, du moins dans le sens d'ensemble codifié qui distingue les systèmes juridiques de tradition civiliste, les règles de la *Chari'a* relatives aux financements islamiques constituent un ensemble de règles de conduite sociale, générale et abstraite, qui se veut contraignant et qui est susceptible d'être sanctionné par un tribunal. Ces règles produisent irrémédiablement des effets juridiques qui lient les personnes qui choisissent de s'y astreindre. Il s'agit là des critères classiques permettant de conclure à la juridicité des règles.

## **5.2 UN CONTRAT INTERNATIONAL DE FINANCEMENT ISLAMIQUE QUI SERAIT REGI PAR LA *CHARI'A* CHOISIE PAR LES PARTIES, A L'EXCLUSION D'UNE LOI NATIONALE, SE VERRAIT-IL DONNER EFFET PAR LES TRIBUNAUX FRANÇAIS ?**

**5.2.1** Les tribunaux français pourraient être amenés à connaître des différends liés aux contrats internationaux de financement islamique à deux titres :

- directement, par le biais de l'application des règles de compétence territoriale générale (par exemple, en raison du lieu de domicile du défendeur) ou spécialement en raison de la matière du litige (par exemple, lieu d'exécution du contrat, lieu de situation de l'immeuble, etc.), ou encore en raison d'une clause attributive de juridiction, ou
- indirectement, à titre de reconnaissance ou d'exequatur d'un jugement étranger ou d'une sentence arbitrale rendus à propos d'un contrat international régi par la *Chari'a*.



**5.2.2** Le Groupe de travail considère que les tribunaux français, reconnaissant la juridicité des règles de la *Chari'a* relatives aux financements islamiques, devraient leur donner effet dans les contrats internationaux. Ce faisant, les tribunaux suivront le raisonnement qui a abouti à donner effet aux usages et principes du commerce international (*lex mercatoria*) comme règles de droit non étatiques lorsqu'ils viennent à être choisis par les parties à un contrat international<sup>3</sup>. Le Groupe de travail note que la *Chari'a* peut également être appliquée à titre de loi étatique, voire pluri-étatique, en raison du choix par les parties d'une ou plusieurs lois nationales qui auraient la *Chari'a* pour source principale ou composante essentielle, à l'instar de la loi saoudienne, soudanaise ou pakistanaise par exemple.

**5.2.3** L'effet donné par les tribunaux français au choix par les parties de la *Chari'a* dans leur contrat international de financement reposera sur le principe de l'autonomie de la volonté. Ce principe prend sa pleine dimension grâce à une jurisprudence particulièrement accueillante et libérale dès lors qu'il s'agit de contrats internationaux. Cet accueil favorable se présente sous deux aspects complémentaires : la liberté du choix d'un droit autre que la loi du for, et la liberté du choix d'un droit non étatique. En effet, le Règlement (CE) n°593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Règlement Rome I) permet, sans restriction, aux parties à un contrat impliquant un élément d'extranéité de soumettre leur contrat à une loi étrangère. Ainsi, les tribunaux français sont même allés jusqu'à imposer au juge lors de l'application d'une loi étrangère d'en rechercher lui-même la teneur afin de trancher le litige selon cette loi, que le litige porte sur des droits librement disponibles ou pas<sup>4</sup>. Ce libéralisme ne s'arrête pas aux seules lois nationales choisies par les parties pour régir leur contrat. Répondant à une critique formulée à l'encontre de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Convention de Rome), le nouveau Règlement Rome I précise dans son préambule au numéro 13 : « Le présent

---

<sup>3</sup> Parmi une jurisprudence particulièrement riche des tribunaux français ayant reconnu l'efficacité du choix de la *lex mercatoria* comme droit applicable, voir Paris, 12 juin 1980 (2<sup>e</sup> esp.), Rev. Arb. 1981, p.292, obs. Couchez ; Civ. 9 décembre 1981, Rev. Arb. 1982, p.183, obs. Couchez ; Civ. 2<sup>e</sup>, 9 décembre 1981, Bull. n°212 ; Paris 19 décembre 1982 (*Norsolor*), Rev. Arb. 1983, p.472, confirmé Civ. 1<sup>re</sup>, 9 octobre 1984, Bull. n° 248 ; Paris 13 juillet 1989 (*Valenciana*), Rev. Arb. 1990, p.663, obs. Lagarde, confirmé par Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 1991, JDI 1992, p.177, obs. Goldman.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 18 septembre 2002, Bull. 2002, I, n°202, (Il appartient au juge saisi de l'application d'un droit étranger de procéder à sa mise en œuvre et spécialement, d'en rechercher la teneur, afin de trancher le litige selon ce droit.)

règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale ». Le règlement Rome I reprend donc à son compte la jurisprudence française qui avait déjà accueilli le choix par les parties de règles de droit non étatiques pour régir leur contrat international<sup>5</sup>.

L'efficacité dans l'ordre juridictionnel français du choix de la *Chari'a* par les parties au contrat international de financement islamique offre un avantage considérable à la place de Paris par rapport aux places étrangères concurrentes dont les tribunaux ne feraient pas preuve d'une ouverture similaire.

### **5.3 L'ACCUEIL PAR LES TRIBUNAUX FRANÇAIS DES REGLES DE LA *CHARI'A* APPLICABLES AUX FINANCEMENTS ISLAMIQUES VARIERAIT-IL SELON QUE LES PARTIES AIENT CHOISI COMME DROIT APPLICABLE LA *CHARI'A* SANS AUTRE PRECISION OU UNE COMBINAISON DE LA *CHARI'A* ET DE LA LOI FRANÇAISE (OU UNE LOI ETRANGERE) ?**

**5.3.1** Le Groupe de travail a identifié plusieurs types de clauses de droit applicable susceptibles d'être incorporées dans les contrats de financements islamiques, parmi lesquels figurent les clauses suivantes :

**5.3.2** Les clauses unitaires :

« *Ce contrat est régi par les principes de la Chari'a* »<sup>6</sup>,

ou

« *Ce contrat est régi par les principes de la Chari'a tels que codifiés dans les standards édictés par l'Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (AAOIFI) dans sa version en vigueur à la date de signature de ce contrat* ».

**5.3.3** Les clauses mixtes :

---

<sup>5</sup> Voir note 3, *supra*.

<sup>6</sup> «This agreement shall be governed by the principles of *Shari'a* ».

« Ce contrat est régi par le droit français sous réserve des principes de la *Chari'a* applicable »<sup>7</sup>,

ou

« Ce contrat est régi par le droit français sauf dans la mesure où il irait à l'encontre de la *Chari'a* qui, dans ce cas, prévaudra ».<sup>8</sup>

#### 5.3.4 Les clauses de tronc commun :

« Ce contrat est régi par les principes communs au droit français et à la *Chari'a* ».<sup>9</sup>

5.3.5 Parmi les clauses énumérées précédemment, celles qui soumettent les contrats de financement islamique aux lois étatiques sous réserve de la *Chari'a* sont plus fréquentes. Mais c'est aussi celles qui ont donné lieu en Grande-Bretagne à des arrêts iniques comme *Beximco*<sup>10</sup> qui témoignent de l'embarras des juges britanniques devant une telle dualité. L'une des conséquences de l'arrêt *Beximco* et de la privation d'effet du choix de la *Chari'a* comme droit applicable qui en résulta fût l'accroissement considérable du nombre de clauses soumettant les financements islamiques au seul droit anglais, sans référence à la *Chari'a* que ce soit à titre principal, subsidiaire ou correctif. On voit difficilement comment le caractère conforme à la *Chari'a* du contrat en cause pourrait être affirmé pendant et à l'issue d'un litige mettant en jeu une telle clause. Une telle approche restrictive constituerait à coup sûr un handicap majeur pour toute juridiction cherchant à attirer les capitaux islamiques.

---

<sup>7</sup> « Subject to the principles of the Glorious *Shari'a*, this agreement shall be governed by and construed in accordance with the law of [State] ». Cf. *Shamil Bank of Bahrein EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others* [2004] EWCA Civ.19, [2004] 4 All ER 1072.

<sup>8</sup> « This dispute shall be governed by the laws of [State] except to the extent it may conflict with Islamic *Shari'a*, which shall prevail ». Cf. *Sanghi Polyesters Ltd (India) v The International Investor KCSC (Kuwait)* [2001] Vol 1 Lloyd's LR 480.

<sup>9</sup> Les membres du Groupe n'ont pas trouvé un exemple de ce type de clause. Il ne peut pour autant être exclu compte tenu de précédents dans les contrats internationaux impliquant le choix conjointement de deux lois nationales ou des règles de droit étatiques et des règles de droit non étatiques.

<sup>10</sup> Court of appeal (Civil division), *Shamil Bank of Bahrein EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others* [2004] EWCA Civ.19, [2004] 4 All ER 1072. Voir G. Affaki, *L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif*, « La finance islamique à la française », J. Laramée (dir.), éd. Bruno Leprince, 2008, p.164.

**5.3.6** Il convient de préciser que la finance islamique dans ses applications financières contemporaines n'a donné lieu qu'à peu de jugements. Outre quatre arrêts rendus par les juridictions anglaises<sup>11</sup>, les tribunaux malaisiens, appartenant à un système juridique laïc bien que siégeant dans un pays musulman, eurent aussi à connaître de différends liés aux financements islamiques<sup>12</sup>. La rareté de ces cas ne permet pas d'identifier avec exactitude le type de différends issus des financements islamiques auxquels pourraient être confrontés les tribunaux français. Toutefois, l'examen de ces quelques décisions répertoriées laisse subodorer que l'objet du différend concernera plus probablement l'interprétation des termes des contrats et la détermination des obligations qui en sont issues. Il est peu probable qu'un tribunal français ait en outre à se prononcer sur la normativité religieuse des règles de la *Chari'a*. Ceci a été confirmé par Cheikh Nizam Yacoubi lors de son audition par le Groupe de travail le 23 mars 2009.

## **5.4 COMMENT LE JUGE FRANÇAIS IDENTIFIERAIT-IL PARMIS LES SOURCES DE LA *CHARI'A* LES RÈGLES PERTINENTES AU CAS QUI LUI EST SOUMIS ?**

**5.4.1** A l'instar de la *common law* et de la *lex mercatoria*, la *Chari'a* ne doit pas être vue comme un ensemble de règles préexistant, exhaustivement codifié et d'application abstraite. L'application de la *Chari'a* consiste essentiellement en une méthode qui assure par une approche casuistique l'identification, à partir des sources de la *Chari'a*, des règles qui répondent au cas particulier.

**5.4.2** Les sources des règles de la *Chari'a* régissant les contrats financiers sont diverses. Le Coran est la source fondamentale des règles de l'Islam. La *Sunna* est la seconde source de la *Chari'a*. Elle rapporte la tradition du Prophète à savoir ses dires, ses

---

<sup>11</sup> Chancery division, *Musawi v R E International (UK) Ltd and others*, per David Richards J 14 Décembre 2007, [2007] EWHC 2981 (Ch), [2007] All ER (D) 222 (Dec); Court of appeal (Civil division), *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others* [2004] EWCA Civ.19, [2004] 4 All ER 1072; Queen's Bench division (Commercial Court), *Islamic Investment company of the Gulf (Bahamas) Ltd v Symphony Gems NV and others* [2002] EWHC 1; *Sanghi Polyesters Ltd (India) v The International Investor KCSC (Kuwait)* [2001] Vol 1 Lloyd's LR 480. Sur ces arrêts, voir G. Affaki, *L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif*, op.cit., p.163.

<sup>12</sup> Notamment *Affin Bank Berhad v Zulkifli Abdullah*, [2006] 1 CLJ 438, A.H. Buang. Voir G. Affaki, *L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif*, op.cit., p.168.

actes ainsi que ses approbations explicites et implicites relatives à certaines pratiques existant en son temps. L'approche résolument casuistique de la *Chari'a* exige d'extraire la règle pertinente à partir des principes généraux du Coran et de la *Sunna*. Ce processus, appelé *ijtihad*, permet aux jurisconsultes compétents d'avoir recours aux méthodes de raisonnement analogique ou déductif que représentent le *qiyas*, l'*istihsan* et l'*istislah*, pour déterminer la solution à un problème. Les règles ainsi dégagées auront une autorité normative accrue si elles venaient en outre à bénéficier de l'*ijma'*, le consensus des jurisconsultes de droit musulman.

**5.4.3** Que la clause de *Chari'a* soit unitaire ou mixte, le Groupe de travail estime que pour identifier les règles de la *Chari'a* pertinentes au financement en cause, les juges ou arbitres devront suivre la même approche méthodologique que celle suivie pour la détermination du contenu pertinent d'une loi étrangère ou d'un droit non étatique tel que la *lex mercatoria*, détermination à laquelle les parties et leurs experts sont amenés à contribuer. Ceci a été confirmé par M. Michel Baert lors de son audition par le Groupe de travail du 23 mars 2009.

**5.4.4** A cette approche méthodologique doit être ajouté l'apport utile de la doctrine du *Takhayour*. En effet, la *Chari'a* admet que la détermination de la règle applicable se fasse aux termes d'une approche casuistique et syncrétique qui permet aux parties et à leurs juges de choisir celle de la jurisprudence de l'une ou de l'autre des écoles de jurisprudence islamique (*fiqh*) qui légitimerait leur contrat, au besoin en recourant au dépeçage des diverses obligations du contrat.

**5.4.5** La détermination par les arbitres ou par les juges de la règle pertinente de *Chari'a* sera sans doute facilitée par l'œuvre de codification des normes juridiques et financières de *Chari'a* entreprise par l'Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (AAOIFI)<sup>13</sup>. Les règles pertinentes de *Chari'a* pour les financements islamiques acquièrent grâce à cette codification une plus grande accessibilité et visibilité. Elle peut à terme jouer le même rôle de systématisation et d'harmonisation que celui qu'ont joué les Principes Unidroit relatifs aux contrats du

---

<sup>13</sup> La codification de l'AAOIFI n'est pas la première codification des règles de la *Chari'a* applicables aux transactions civiles et commerciales. En 1863, l'Etat ottoman avait promulgué *Majallat al-ahkam al-adliyah*, véritable code civil, d'après la jurisprudence de l'école *Hanafi*. Sur les raisons pour lesquelles la *Majalla* n'a pas été reprise comme base des codifications modernes des applications de la *Chari'a* aux opérations financières, voir G. Affaki, *L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif*, *op.cit.*, p.156, note 39.

commerce international à l'égard de la *lex mercatoria*. D'ailleurs, le processus méthodique et consensuel qu'a privilégié l'AAOIFI en codifiant les normes financières de la *Chari'a* renforce leur autorité. Les projets successifs ont, en effet, été soumis à divers comités de l'AAOIFI qui transcendent les clivages des écoles de *fiqh* islamique et réunissent tous les critères de représentativité, tant géographique que doctrinale. Les normes financières de la *Chari'a* synthétisées par l'AAOIFI peuvent faire l'objet d'une incorporation dans les contrats par référence contractuelle<sup>14</sup> ou être citées par les juges ou les arbitres à l'appui de leur décisions.

**5.4.6** Par ailleurs, les *fatawa* délivrées par les conseils de supervision de *Chari'a* (*Shari'a Boards*) – comités composés de juristes ayant compétence pour se prononcer sur la validité des transactions financières des établissements financiers au regard des normes de la *Chari'a* – constitueront des précédents potentiellement applicables aux différends en cours.

**5.5 CONFRONTES A L'APPLICATION DE LA CHARI'A A DES FINANCEMENTS ISLAMIQUES, LES TRIBUNAUX BRITANNIQUES ONT PRIVE D'EFFET LE CHOIX PAR LES PARTIES DE LA CHARI'A. UN JUGE FRANÇAIS EST-IL SUSCEPTIBLE D'AVOIR LA MEME APPROCHE? SI LES PARTIES VIENNENT A CHOISIR L'ARBITRAGE, ET QUE LA SENTENCE INTERNATIONALE RENDUE LE SOIT AU TITRE DE LA CHARI'A, A L'EXCLUSION D'UNE LOI ETATIQUE OU D'AUTRES REGLES DE DROIT NON ETATIQUES, LA RECONNAISSANCE OU L'EXEQUATUR DE CETTE SENTENCE SERAIENT-ILS OCTROYES PAR LES TRIBUNAUX FRANÇAIS ?**

**5.5.1** La conclusion dans ce rapport quant à la juridicité des règles de la *Chari'a* applicables aux financements islamiques devrait éviter des décisions de tribunaux français qui s'apparenteraient à l'arrêt *Beximco*. Rappelons que dans cet arrêt, la Cour d'appel britannique ne vit dans la *Chari'a* que des règles religieuses et leur

---

<sup>14</sup> Cf. § n°5.3.1 *supra*. A ce jour, trente normes sont publiées par l'AAOIFI en arabe et en anglais. Dix normes supplémentaires sont en voie de finalisation et seront publiées prochainement. Un projet de traduction de ces normes en langue française est en cours.

refusa toute normativité<sup>15</sup>. Elle tira confort du fait, qu'à la date de l'arrêt, seule la Convention de Rome (et non le règlement) était applicable et que ses articles 1(1) et 3(1) étaient généralement interprétés comme ne permettant le choix par les parties au contrat que d'une loi étatique et non de règles de droit non étatiques<sup>16</sup>. Partant, la Cour refusa de donner effet au choix de la *Chari'a* par les parties au contrat, choix qui était, il est vrai, exprimé de manière ambiguë car portant également sur le droit anglais.

**5.5.2** Cependant, on ne peut écarter l'hypothèse d'une divergence entre les avis d'experts quant à la teneur de la règle de *Chari'a* idoine. L'approche résolument casuistique de la *Chari'a* laisse en effet une grande place à l'interprétation subjective du *mufiti*. Mais rien dans cet aspect ne distinguera la procédure de celles auxquelles sont habitués les juges du fond et qui impliquent une appréciation des faits, appréciation sur laquelle ils jouissent d'un pouvoir souverain. Le juge rendra en effet sa décision sur la base des éléments de fait que lui présenteront les parties et leurs experts quant à la détermination du contenu de la règle de *Chari'a* pertinente, sans avoir à se poser la question de la nature normative des règles de *Chari'a* qui reste une question de droit à laquelle la réponse est acquise.

**5.5.3** Certains membres du Groupe de travail ont exprimé plus de confiance dans la reconnaissance de l'effectivité du choix de la *Chari'a* dans un contrat de financement islamique si ce contrat venait aussi à choisir l'arbitrage international. En examinant la jurisprudence des tribunaux britanniques, plus fournie en matière de financements islamiques, l'on constate en effet le contraste saisissant entre

---

<sup>15</sup> Court of appeal (Civil division), *Shamil Bank of Bahrein EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others* [2004] EWCA Civ.19, [2004] 4 All ER 1072, particulièrement au n°54 et s., p. 1087. L'arrêt *Beximco* n'est pas sans rappeler trois sentences arbitrales du siècle dernier dans lesquelles les arbitres ont refusé d'appliquer la *Chari'a* comme composante essentielle des lois en cause (Abu Dhabi, Qatar et Arabie Saoudite) à cause de sa prétendue absence de juridicité. Il s'agit des sentences *Sheikh Abu Dhabi v Petroleum Development Ltd* (ICLQ 1952. 247), *Ruler of Qatar v International Marine Oil Company Ltd* (Int. Law Rep. n°20, p534), et *Aramco v Government of Saudi Arabia* (RCDIP 1963, p.272). Pour un aperçu de ces sentences et des vices dans le raisonnement que tinrent les tribunaux à l'égard de la *Chari'a*, voir I. Fadlallah, *Arbitration facing conflicts of culture*, conférence donnée le 4 décembre 2008 à l'occasion de l'Annual School of International Arbitration Lecture.

<sup>16</sup> *Idem*, n°48, p. 1086. Interrogé sur ce point, l'avocat de Beximco indiqua que la Cour d'appel aurait sans doute donné effet au choix de la *Chari'a* s'il prenait la forme du choix d'une loi nationale qui applique la *Chari'a* ou d'un recueil de règles codifiant la *Chari'a* que les parties incorporeraient par référence contractuelle, telles les règles de l'AAOIFI (entrevue de Me Antony Dutton, Norton Rose, en archive auprès du secrétariat du Groupe de travail).

l'effectivité du choix de la *Chari'a* dans des contrats soumis à l'arbitrage<sup>17</sup> et l'échec de ce même choix et son remplacement par la seule loi britannique dans d'autres contrats où le différend fût soumis directement aux tribunaux britanniques<sup>18</sup>.

**5.5.4** Après délibération, toutefois, le Groupe de travail a conclu que les règles de la *Chari'a* applicables aux financements islamiques devraient voir leur effectivité reconnue dans l'ordre juridictionnel français que ce soit devant un arbitre ou un juge.

## **5.6 L'ORDRE PUBLIC FRANÇAIS INTERNE OU INTERNATIONAL EMPECHERAIT-IL LE JUGE FRANÇAIS DE DONNER EFFET A UN CONTRAT DE FINANCEMENT ISLAMIQUE SOUMIS A LA *CHARI'A* ?**

**5.6.1** L'application des règles de la *Chari'a* aux contrats de financement islamique qui sont destinés à produire un effet juridique en France peut susciter certaines interrogations quant à son articulation avec les conceptions fondamentales de l'ordre public français. Ainsi, si un contrat de financement régi par le droit français et choisissant en outre les principes de la *Chari'a* est soumis directement au juge français, les parties ne peuvent invoquer leur choix de la *Chari'a* pour écarter les lois de police. Rappelons qu'il s'agit des lois impératives dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat<sup>19</sup>.

**5.6.2** Cependant, si les tribunaux français se doivent d'appliquer les lois de police de l'ordre juridique français (et, sous certaines conditions, celles d'ordres juridiques étrangers), cela ne signifie pas pour autant qu'ils doivent éluder ceux des principes de la *Chari'a* choisis par les parties qui ne contreviendraient pas aux lois de police françaises. En effet, dans un financement islamique régi par le droit français, la

---

<sup>17</sup> *Sanghi Polyesters Ltd (India) v The International Investor KCSC (Kuwait)* [2001] Vol. 1 Lloyd's LR 480.

<sup>18</sup> *Shamil Bank of Bahrein EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others* [2004] EWCA Civ.19, [2004] 4 All ER 1072.

<sup>19</sup> Règlement Rome I, article 9.



volonté des parties est bien de soumettre leur contrat au droit français tout en respectant les principes de la *Chari'a* applicables à la finance.

**5.6.3** En particulier, le Groupe de travail considère qu'une clause mixte<sup>20</sup> (et *a fortiori* une clause unitaire) ne doit pas être interprétée comme un tronc commun entre la loi choisie et la *Chari'a*, conception selon laquelle le juge ou l'arbitre n'appliqueraient que les règles qui seraient communes aux deux systèmes. Une clause mixte doit plutôt être interprétée comme manifestant la volonté des parties d'appliquer à leur contrat la loi nationale choisie dans toutes ses dispositions, à l'exception de celles qui contrediraient la *Chari'a*<sup>21</sup>. Par exemple, dans le cas où le droit français serait choisi par les parties dans un contrat de prêt régi aussi par la *Chari'a*, les articles du Code civil relatifs à l'intérêt applicable aux sommes d'argent – n'étant pas d'ordre public international – devraient être écartés comme étant contraires à la *Chari'a*. A l'inverse, la référence à la *Chari'a* dans un tel prêt ne devraient pas écarter les règles impératives du monopole bancaire. En effet, le choix de la *Chari'a* comme droit applicable à un contrat ne saurait écarter les lois de police du for où ce contrat doit recevoir effet.

**5.6.4** En tout état de cause, en cas de conflit entre une règle de la *Chari'a* et une loi de police, seule cette règle sera évincée sans remettre en cause l'efficacité des autres règles de *Chari'a* choisie par les parties, et encore moins le principe même de la soumission du contrat en question à la *Chari'a* car cela reviendrait à nier la normativité de ses règles.

**5.6.5** A l'examen, les hypothèses de contrariété de la partie de la *Chari'a* régissant les financements islamiques à l'ordre public à la fois interne et international, procédural et substantiel, se révèlent être assez limitées. En effet, que l'on soit en présence d'une clause de droit applicable mixte ou unitaire, seules quelques règles pourraient être identifiées comme potentiellement contraires à l'ordre public français. Ainsi, en matière procédurale, parmi les règles de la *Chari'a* susceptibles de contrevenir à l'ordre public figurent :

---

<sup>20</sup> Cf. § n°5.3.1 *supra*.

<sup>21</sup> *Sanghi Polyesters Ltd (India) v The International Investor KCSC (Kuwait)* [2001] Vol 1 Lloyd's LR 480.

- (i) la valeur probatoire du témoignage d'une femme. Un texte du Coran (Sourate *Al-baqara* 282) donne une valeur probatoire équivalente au témoignage d'un homme et celui de deux femmes (en dehors des matières spécifiquement féminines, telle la naissance, où le témoignage d'une femme est suffisant, qui sont en dehors du champ de cette étude) ;
- (ii) les doutes sur la juridiction d'un non musulman sur un musulman. Ces doutes se fondent non pas sur un texte du Coran mais sur les enseignements *hannafi*, *maliki* et *Chafi'i* qui interdisent à un non-croyant d'avoir juridiction sur un croyant<sup>22</sup> ; et
- (iii) les doutes sur la juridiction d'une femme sur un homme, mais là aussi sans fondement dans le Coran ni consensus entre les diverses écoles de *fiqh*. Ainsi, les *hannafi* acceptent la juridiction de la femme sauf en matière pénale, alors que les *chafi'i* la refusent catégoriquement<sup>23</sup>.

**5.6.6** Interrogé par le Groupe de travail lors de son audition le 23 mars 2009, Cheikh Nizam Yacoubi a indiqué que ces règles discriminatoires n'ont pas vocation à s'appliquer aux financements islamiques et que dans de nombreux Etats à forte population musulmane, et notamment au Bahreïn, les femmes accèdent sans difficulté à des postes de magistrats. Le Groupe de travail rappelle aussi la nomination en 2008 de la première femme juge d'affaires civiles en Egypte. Elle vient rejoindre d'autres femmes juges en Tunisie, Algérie, Maroc et Syrie.

**5.6.7** Tout en notant le témoignage de Cheick Nizam Yakoubi, le Groupe de travail conclut qu'aucune de ces règles discriminatoires ne peut se voir donner effet par un tribunal français statuant en matière de financement islamique. Quant à l'application de ces règles par un tribunal arbitral, elle risquerait de vicier la sentence pour contrariété à l'ordre public du for d'accueil si sa reconnaissance ou son exequatur viennent à être demandés en France. Or, le tribunal arbitral peut écarter l'application de certaines règles choisies par les parties si leur application aboutit à un résultat contraire à l'ordre public international d'un Etat où la sentence est destinée à

---

<sup>22</sup> Extraits pertinents des ouvrages de *fiqh* disponibles auprès du secrétariat du Groupe de travail.

<sup>23</sup> *Ibid.* La sourate qui indique que les hommes sont prévalents sur les femmes (sourate *Al-Nissa'*, verset 34) n'est pas unanimement interprétée *a contrario* comme interdisant la juridiction des femmes sur les hommes.

recevoir exécution. Les tribunaux arbitraux devront donc s'abstenir d'appliquer ces règles discriminatoires car il leur incombe avant tout d'assurer l'efficacité des sentences qu'ils rendent. A cela, on peut ajouter que les règles procédurales applicables aux différends liés aux financements islamiques sont celles du for choisi par les parties dans leur contrat, la *Chari'a* s'appliquant au fond seulement.

**5.6.8** Quant au fond, les règles de la *Chari'a* dans ses applications financières (*mou'amalat*) devraient être compatibles avec l'ordre public français. En effet, l'interdiction de l'intérêt (*Riba*), de l'incertitude (*Gharar*) ou encore de la spéculation (*Maysser*) ne sont pas contraires à l'ordre public et, à ce titre, ne sont pas susceptibles de constituer un motif de refus de reconnaissance ou d'exequatur en France d'une sentence arbitrale ou d'un jugement étranger.

**5.6.9** Cependant, une réserve doit être faite concernant la compatibilité à l'ordre public international d'une sentence arbitrale ou d'un jugement étranger qui reconnaîtrait une opération d'*Ijara* effectuée par un établissement non agréé. Si une telle opération venait à être qualifiée de crédit-bail<sup>24</sup>, et faite à titre habituel, les dispositions régissant le monopole bancaire auraient vocation à s'appliquer et la violation du monopole bancaire pourrait être invoquée pour refuser de reconnaître ou d'exécuter la sentence arbitrale ou le jugement étranger qui aurait validé l'*Ijara*. En effet, l'article L. 512-2 du Code monétaire et financier précise que « les opérations de crédit-bail mentionnées à l'article L. 313-7 ne peuvent être faites à titre habituel que par des entreprises commerciales agréées en qualité d'établissement de crédit ». Or, cet article revêt le caractère de loi de police.

**5.6.10** Enfin, le Groupe de travail s'est interrogé pour savoir si, inversement, il y aurait en droit français une quelconque disposition dont l'application au contrat par un juge ou un arbitre serait susceptible de déqualifier le caractère conforme à la *Chari'a* de ce contrat. Après avoir auditionné Cheikh Nizam Yacoubi, le Groupe de travail a conclu que c'est surtout la règle de l'interdiction de l'intérêt qui doit être respectée. Sa remise en cause par les tribunaux français pourrait constituer un obstacle à la promotion de la place de Paris comme un pôle d'attraction des financements et investissements islamiques.

---

<sup>24</sup> Une opération d'*Ijara* pourrait s'apparenter en droit français à la fois à une opération de crédit-bail et à une opération de location-achat.

## **6. RECOMMENDATIONS**

L'effectivité dans l'ordre juridique français du choix de la *Chari'a* dans les financements et investissements islamiques ne devraient pas soulever de contrariété avec l'ordre public. Cette effectivité sera d'autant plus facilitée qu'elle interviendrait dans un contrat international en termes de choix dénué d'ambiguïté en faveur de la *Chari'a*, combiné ou non avec une loi nationale.

Il y a toutefois un réel besoin d'information et de formation. Le Groupe de travail recommande à la Commission de Finance Islamique de Paris Europlace d'envisager dans son plan d'action une communication adaptée visant particulièrement les magistrats professionnels et les juges consulaires et reprenant les conclusions de ce rapport. Elle porterait sur la juridicité des règles de la *Chari'a* applicables aux financements islamiques, la méthodologie à suivre pour leur identification, l'expérience des tribunaux dans d'autres juridictions en matière de différends liés aux financements islamiques, ainsi qu'un aperçu des principaux contrats de financement islamique. Une telle approche pédagogique aurait le mérite d'écartier tout débat afférent à la fictivité de l'opération envisagée ou à sa finalité économique.

Cette information serait suivie le cas échéant par des sessions de formation adaptées dans les différents cycles de formation de la magistrature française.

Par leur jurisprudence accueillant favorablement les règles de droit non étatiques dans les contrats internationaux, les tribunaux français doivent être considérés comme un atout pour l'attractivité de la place de Paris aux capitaux islamiques et un avantage considérable par rapport aux places étrangères concurrentes dont les tribunaux ne feraient pas preuve d'une ouverture similaire.

C'est à la mise en exergue de cet atout que ce rapport appelle.