

La finance islamique: Son impact sur le développement économique En droit compare

Islamic finance: its impact on economic development in comparative law

KAZI TANI ISSRA ⁽¹⁾

*Faculté de droit et des sciences politiques
Université de Tlemcen (Algérie)
kazissra@hotmail.fr*

DELLAL YAZID ⁽¹⁾

*Faculté de droit et des sciences politiques
Université de Tlemcen (Algérie)
yazid_tlem13@yahoo.fr*

**REÇUE
08 - 04 - 2021**

**ACCEPTÉ
07 - 09 - 2021**

**PUBLIÉ
02 - 11 - 2021**

Résumé :

La finance islamique est un système peu connu qui a pu au cours de ces dernières années marquer une ascension remarquable, de part ses spécificités et sa rentabilité fulgurante, loin de la finance conventionnelle qui a démontré ses faiblesses et lacunes lors de la crise des sub primes. La finance islamique s'est basée sur des idéaux d'éthique qui a démontré son efficacité et une rentabilité sans équivoque. Cette dernière nous pousse à connaître ses origines, sa définition de ses instruments de financement en Algérie, en France, ainsi qu'en Malaisie, et sa contribution au développement économique.

Mots clés:

La finance islamique – instruments de financement – développement économique - Algérie – France – Malaisie.

Abstract:

Islamic finance a system that was little known; has been able to report a remarkable rise in recent years; due to its specificities and its dazzling profitability; far from conventional finance which demonstrated its weaknesses and shortcomings during the sub prime crisis; Islamic finance based on aesthetic ideals has demonstrated its efficiency; unequivocal profitability; of our curiosity to know these origins; the definition of the latter; its financing instruments in Algeria, France and Malaysia; and its collaboration in economic development.

key words:

Tags Islamic finance - financing instruments - economic development - Algeria - France – Malaysia.

(1) Auteur correspondant: **Kazi Tani Issra**, e-mail: Kazissra@hotmail.fr

Introduction:

Un secteur méconnu de la finance mondiale ; la finance islamique depuis peu d'années connaît une forte progression représentant ainsi depuis 2013 près de 1800 milliards de dollars d'actifs bancaires et financiers selon l'article français publié en 2014 « les enjeux d'une nouvelle donnée financière ».⁽¹⁾

Ce marché porteur au monde a suscité l'intérêt économique de tout les pays notamment l'Algérie et la France qui suivent de près la propulsion et l'ampleur de cette finance dans les pays anglosaxons, notamment la Malaisie qui est leader au monde.

Cette finance islamique a pour origine la religion musulmane où dans les textes sacrés (coran ; hadith), souligne un ensemble de principes qui érigent les échanges économiques entre les hommes.

Ainsi les grands axes et principes de la finance islamique ont vu le jour.

Toutefois, cette finance islamique ne ressemble point à celle qu'on connaît aujourd'hui.

En effet le système danse ; varié et aussi complexe de la finance islamique n'a été redéfini que récemment.

On trouve les premières traces d'un système comptable musulman à l'époque des khoulafas, où les institutions islamiques demeuraient très rigoureuse sur la gestion de ressource des états, notamment la collecte de la zakat ; à l'affut d'une finance musulmane transparente ; on nomme cette période par la naissance du capitalisme islamique.

Cette époque révolutionna la finance musulmane par l'apparition de nouveaux instruments financiers tels, les chèques, les lettres de changes, ainsi que les opérations de transfert de fond internationaux.

Par la suite et avec la chute des abbassides, la finance islamique ne reverra le jour qu'en 1970 en Egypte avec la creation d'une première caisse d'épargne musulmane où des micros credits ont été accordés aux agriculteurs axés sur des participations et financements directs.

C'est à ce moment précis qu'une nouvelle ère de la finance islamique moderne a vu le jour et plusieurs leviers islamiques sont apparus:

- La Malaisie s'est inspirée et a fondé un fond islamique d'entraide "Tabung hadji"

- Le groupe d'el Baraka banking fût fondé avec des filiales spécialisées dans la banque de détail et d'investissement.

En 1970, le premier comité qui supervise les produits financiers islamique a vu le jour et de manière générale c'est dans les années 1970 que l'on vit éclore un ensemble de pratiques financières modulées aux principes de l'islam qui ont pu voir le jour grâce à l'organisation de la conference islamique.⁽²⁾

Par ailleurs, tout comme les systems financiers conventionnel, la finance islamique dispose de multiples moyens tel que les banques, un marché de capitaux, des sociétés d'investissements et de compagnies d'assurance.

Néanmoins ces moyens sont régis d'une part par le droit commercial ; "fikh el mouamalat" et d'autre part par des règles de l'industrie financière conventionnelle. ⁽³⁾

Problématique de l'article:

Nous allons par notre article mettre la lumière sur la question suivante: quel sont les instruments de la finance islamique en Algérie, en France ainsi qu'en Malaisie dans le cadre de développement économique ?

Afin de répandre à ce sujet pertinent, nous allons élaborer notre recherche en suivant tantôt une méthode comparative, tantôt analytique et descriptive comme suit:

Section I: Le concept de la finance islamique.

Section II: Les instruments de la finance islamique en Algérie ; en France et en Malaisie dans le cadre de développement économique.

Section I: Le concept de la finance islamique:

La finance islamique, cette finance dont le mode de fonctionnement repose sur des valeurs d'éthique du droit musulman: la justice ; l'équité et la transparence éveille notre curiosité afin de connaître la définition de cette finance islamique ainsi que ses principes.

A) Définition de la finance islamique:

Afin de définir cette finance islamique ; il faut connaître qu'est ce une économie islamique ? et quelles sont ses principes ?

1- L'économie islamique:

Une finance dite conventionnelle met en relation des agents économiques qui dégagent une capacité de financement avec ceux qui ont un besoin de financement dans le but d'investissement économique.

Tandis que la finance islamique inclut des principes moraux liés à l'éthique musulmane⁽⁴⁾

-Contrairement à l'économie libérale, neutre de toute position morale, l'économie islamique reste basée sur des normes et des valeurs dont les sources restent bien sur la charia, le coran, la sunna, l'ijmaâ et el qyass.⁽⁵⁾

2- Les principes d'économie islamique:

L'ECONOMIE ISLAMIQUE: cette discipline scientifique fonde ses principes sur l'éthique et la législation islamique.

Son but reste d'accroître les richesses et les distribuer de manière équitable afin de promouvoir la justice et la paix sociale.⁽⁶⁾

De ce fait ; elle repose sur les principes suivants:

- le principe de la liberté économique dans un cadre restreint.
- le principe de la double propriété.
- le principe de la justice sociale.

*** Le principe de la liberté économique:**

L'axe fondamental de la liberté économique islamique est d'accorder aux personnes une liberté économique dépendant de valeurs morales et éthiques de l'islam. ⁽⁷⁾

L'économie islamique diffère des deux économies capitaliste et socialiste. Ainsi, alors que les individus dans une économie capitaliste jouissent de libertés illimitées et que l'économie socialiste enlève cette liberté à tout le monde ; l'économie islamique quant à elle laisse les personnes maintenir leur liberté dans un contexte de valeurs et d'idéaux ; afin de répandre le bien pour toute l'humanité. ⁽⁸⁾

*** Le principe de la double propriété:**

L'islam diffère du capitalisme et du socialisme concernant le modèle de propriété qu'il admet.

En effet, alors que la société capitaliste prend la forme particulière et individuelle de la propriété « la propriété privée », ou l'individu a le droit de propriété sur toutes les sortes de richesses et ne porte de restriction que pour un but social dans un cadre bien limité, exceptionnel.

La société socialiste repose sur une propriété commune qui demeure la règle générale et l'exception est la propriété privée de certaines richesses du pays.

Quant à la société islamique, elle se distingue de ses deux modèles de société, de part sa doctrine, elle admet différentes formes de propriété, quand elle s'appuie sur le principe de la double propriété, où converge la propriété privée, la propriété publique est la propriété de l'Etat où chacune d'entre elles ; a son propre champ d'actions. ⁽⁹⁾

*** Le principe de la justice sociale:**

Incarnée dans le système islamique par la distribution de richesse, pas dans sa conception générale abstraite mais dans un plan social spécifique selon la signification islamique particulière de celle-ci.

Cette justice sociale repose sur deux principes généraux: le premier est le principe de la solidarité générale, le second est le principe de l'équilibre social dont les valeurs de justice reflètent et incarnent l'idéal islamique de la justice sociale. ⁽¹⁰⁾

Après avoir définie la finance islamique la question qui se pose est: quels sont les piliers fondateurs de cette finance ??

B) Les principes de la finance islamique:

La finance islamique est une finance qui tourne autour d'une préférence pour l'économie réelle ainsi qu'une subtile conjugaison entre les logiques financières et les logiques liées à des principes éthiques et des principes juridiques du droit musulman notamment le droit musulman des transactions qu'on appelle (fikh el mouhamelet).

1- Le principe de base, la responsabilité:

La pensée islamique renvoie à la notion de (el istiklef), l'être humain est considéré comme lieutenant, ce la renvoie à la responsabilité de l'être humain sur le plan individuel ou sur le plan corporate, une entreprise, une institution bancaire ou elle doit être responsable vis-à-vis des parties prenantes vis-à-vis de la société dans laquelle elle évolue. ⁽¹¹⁾

2- L'interdiction du prêt à intérêt:

L'usure est expressément interdite en islam, de ce fait, il est interdit d'exiger un rendement de l'emprunt où le prêt ne doit générer aucun profit.

Cette restriction est pour l'intérêt contractuel sur le prêt que pour les intérêts de retard ou celles masquées en pénalités. ⁽¹²⁾

3- L'interdiction du risque excessif ; al gharar:

Les opérations et les transactions doivent être dans la transparence totale, de toute opération dont la contre valeur est méconnue, on engendre un risque excessif ou celle qui dépend essentiellement du hasard sont interdites. ⁽¹³⁾

4- L'adossment à des titres réels:

La finance islamique est essentiellement rattachée à l'économie réelle, de là toutes les transactions financières sont adossées à des actifs réels et échangeables. ⁽¹⁴⁾

5- La répartition des pertes et profits:

En se basant sur la règle islamique « el ghonm bi al ghorm », les parties contractantes dans une transaction financière s'engagent mutuellement à participer aux pertes et aux profits à parts égales, de là il n'y a pas d'engagement fixe pour un placement fixe.

6- L'interdiction de vente ce que l'on possède pas:

En islam on ne peut vendre ce qu'on ne possède pas. L'exception à cette règle, le contrat Salam, ni vente d'actifs avant de les détenir, le cas échéant de la fiducie en faveur du bénéficiaire, ce qui expliquera la réglementation rigoureuse des activités d'intermédiation. ⁽¹⁵⁾

7- L'interdiction des activités illicites:

La finance islamique se repose sur l'éthique, c'est une finance responsable. De là, il est strictement interdit de financer toutes les activités et produits qui sont contre les valeurs islamiques, tel que l'alcool, la drogue, le tabac, l'armement ainsi que tout produit interdit à la consommation comme le porc.

8- L'interdiction des échanges différés de valeur étalon:

L'échange de valeur étalon est un échange de même nature, or contre or, argent contre argent etc., Cela dit il ne peut se faire que de main en main et dans les mêmes proportions ; de là il est strictement interdit l'échange à terme. ⁽¹⁶⁾

Section II: Les instruments de la finance islamique en Algérie; en France et en Malaisie dans le cadre de développement économique:

Nous allons montrer les instruments de finance islamique de manière générale et spécifique en Algérie, en France et en Malaisie et leur contribution au développement économique et notamment les problèmes épineux qui restent à

résoudre pour la pleine ascension de cette finance dans ces pays, en s'inspirant sur le modèle malaisien qui demeure une référence.

A) Les instruments de finance islamique de manière générale:

Il faut savoir que la finance islamique se base sur la participation et le crédit qui donne droit au profit réel.

1- Les instruments de financement participatifs:

*** Moucharaka:**

Qui veut dire association, dans cette transaction les partenaires partagent les bénéfices selon le capital investi. En cas de pertes, les deux parties la supportent selon le capital investi.⁽¹⁷⁾

*** Moudharaba:**

Dans cette transaction la banque demeure une partie contractante, elle sert d'investisseur et fournit le capital à l'entrepreneur afin de réaliser son projet.

En parallèle, ce dernier met en avant son savoir faire et son capital humain afin de rentabiliser l'investissement.

Toutefois les profits sont partagés selon un ratio négocié au départ, quant aux pertes, elles sont entièrement endossées par la banque sauf en cas de faute de l'entrepreneur.⁽¹⁸⁾

2- Les instruments de financements –vente location de bien:

Dans ce financement la banque fait recours à une vente ou location à l'investisseur ; elle se présente par: el mourabaha, salam, istisna et el ijar.

*** La mourabaha (crédit acheteur):**

C'est une opération de financement des opérations liées à l'exploitation de courte durée tel que les stocks, les matières premières et les produits intermédiaires. Elle fait l'objet aussi de transactions internationales liées à l'achat de matières premières.⁽¹⁹⁾

Dans ce type de transaction on trouve le client: donneur d'ordre, la banque et le fournisseur de bien ou de matériaux.

*** Salam:** c'est un contrat d'achat et de vente avec livraison différée. La banque est acquéreur dans cette transaction avec paiement au comptant de la marchandise livrée à terme par son partenaire.⁽²⁰⁾

*** Istisna:** contrairement à el salam qui est axé uniquement sur les marchandises payées en totalité d'avance ; istisna est utilisé pour la construction ou fabrication de bien unique.⁽²¹⁾

*** La mise en location de bien l'ijara:** L'ijara finance les investissements mobiliers et immobiliers à moyen, long terme, c'est un contrat où la banque achète un bien et le loue à un entrepreneur, en contrepartie d'un loyer fixe à l'avance –nommé leasing financier.⁽²²⁾

3- Les instruments d'investissement ou gestion d'actifs:

*** le sukuk:** pluriel du mot sakk qui veut dire document financier, il permet au titulaire de bénéficier de la somme d'argent indiqué sur ce dernier.

C'est une obligation islamique adossée à un actif tangible, il représente un droit de créance sur une période déterminée ou les risques et le rendement sont bien déterminés ⁽²³⁾

-le sakk ainsi peut s'annexer sur plusieurs transactions tel Moucharaka – sukuk, Moudharaba-sukuk, elijara-sukuk...etc.

4- Les instruments de bienfaisance:

C'est des contrats conclus pour promouvoir le bien général:

*** Le prêt gratuit –Al –quard –Al-hasan:**

Ce moyen est utilisé pour aider les individus entrepreneurs qui font face à des difficultés ou ont besoin d'argent, ils puisent ce dernier des fonds de zakat ou aumône prescrite.

Toutes ces formules de prêt en islam ont pour but de faire la richesse entre les acteurs économiques et créer ainsi de la richesse. ⁽²⁴⁾

B) Les instruments de finance en Algérie, en France, ainsi qu'en Malaisie et leur contribution au développement économique:

1-En Algérie:

La finance islamique en Algérie a connu le jour en 1991 avec la banque « la Baraka » ainsi que « Al salam ». D'autres banques privées ont immergés tel que « Agb » et « housing banque ».

A noter que le succès de ces banques ont incité des banques étatiques Algériennes à inclure des produits financiers islamiques tel que la Badr ; la CNEP et la BDL. ⁽²⁵⁾

En 2014 le taux de croissance annuel a atteint 19,96% ; ce marché de forte croissance en Algérie est un marché vierge. Il connaît cette ascension grâce aux politiques menées et la mise en place de produits variés en financement islamique ou classique.

Toutefois la finance islamique en Algérie a des faiblesses, malgré sa forte croissance et son succès grandissant elle doit faire face à la complexité des outils comptables et financiers, l'absence d'un cadre réglementaire et législatif spécifique à cette dernière, le manque de personnel qualifié et l'insuffisance de marchés secondaires et interbancaires.

Nous notons que le législateur Algérien démontre bien une volonté d'imprégner la finance islamique à travers le règlement n 2020 -02 du 15 mars 2020 complété par une instruction en date du 02 avril 2020 de la banque d'Algérie qui fait référence explicite à la finance islamique, précise les conditions d'exercice de cette activité ⁽²⁶⁾, quant aux produits de financement suggérés ; ça reste axé sur les produits de financement participatifs basés sur le principe de répartition des pertes et profits tel qu'Al moucharaka ; Moudharaba et le financement vente /location de bien tel que Mourabaha ; l'ijara (leasing) ; salam ; l'istisna ainsi que les comptes de dépôts et les dépôts en comptes d'investissement. ⁽²⁷⁾

Une mise en place de deux instances de contrôle de conformité aux normes de la chariâ a été établit, au niveau de l'établissement (comité chariâ relevant de l'assemblée générale) et au niveau national (commission nationale de la chariâ chargée d'élaborer des fatwas pour l'industrie financière. ⁽²⁸⁾

Cependant le soucie de transparence reste a soulever car en établissant une séparation entre les guichets de finance conventionnelle et le guichet de finance islamique au sein du même établissement, permettrait pour toutes les banques de pénétrer le marché de la finance islamque.

Concernant les activités non bancaires et dans le domaine des assurances de nature islamique (takaful) ; elles sont appuyés par l'article 103 de la loi de finance 2020. ⁽²⁹⁾

Et dans le cadre de la finance islamique, le règlement général n 2020 -04 du 15 mars 2020 régit le marché interbancaire des changes, concernant les opérations de trésorerie, devise et aux instruments de couverture de risque.

Le potentiel de la finance islamique dans le monde est d'une importance primordiale, il enregistre une croissance annuelle dépassant les 15%, il est de l'intérêt de notre pays l'adaptation d'un cadre juridique actuel en apportant des modifications aux code civil, commerce, fiscal, et à la loi sur la monnaie et le crédit.

Afin de prendre en charge les spécificités de la finance islamique,⁽³⁰⁾ l'Algérie avec la nouvelle loi de finance 2020 a relancé la finance islamique avec la mise en place en Aout d'un processus qui permettra d'attirer une grande partie de liquidités disponibles dans le marché parallèle.

En effet ; nous assistons à la mise en place de produits de la finace islamique dans des banques publiques après l'obtention et validation du comité religieux « la fatwa » ; dont deux banques ont achevé les procédures d'obtention d'une fatwa afin d'adapter leurs produits à la charia.

Lancées sur le marché depuis le mois d'Aout, la banque nationale d'Algérie « Bna », et la banque d'agriculture et de développement rural « BADR » mènent à bien une stratégie destinée à faire face aux retombées du choc pétrolier en mettant sur le marché 8 produits de la finance islamique, notamment Al Mourabaha, Al Moudharaba, la participation, Al ijara « crédit bail », Al istisna et les comptes de dépôts et les dépôts d'investissements.

Toutefois l'émission des sukuks dans le marché financier reste timide, ou on assiste à une injection de sukuk gouvernementaux de type lease back, des titres participatifs privés shariâ compatibles ainsi que des sukuk caritatifs de type wakf. ⁽³¹⁾

Selon certains spécialistes, le volume du marché Algérien peut franchir la barre des 60 Milliards de dollars ⁽³²⁾. Toutefois faudra-il assurer la commercialisation de ces produits islamiques sur le marché, le défis est bien lancé !

Nous connaissons les retombées les années à venir.

2- En France:

Après la dernière crise financière des SUB PRIME, qui a mis le doigt sur les défaillances de la finance dite conventionnelle, où le manque d'éthique est flagrant.

Le monde a cherché après d'autres alternatives pour solutionner et mettre les liquidités de coté, reposant sur des valeurs.⁽³³⁾ la finance islamique demeurait ainsi la clef de voute de ces économies toxiques.

Les pays européens Anglo saxon étaient prédateur, ils ont su saisir toutes les opportunités offertes par ce secteur. Tandis que les pays francophones tentent de rattraper leur retard en aménageant leur fiscalité même en France.⁽³⁴⁾

La finance islamique est apparue en France en 2010 grâce aux travaux de Christine La Garde, où il y'a eu une structuration de certains produits tel que Tikaf et le sukuk et la traduction des normes et standards islamiques. Il est à noter que les caractéristiques de la finance islamique ne sont pas contraires à l'ordre public français où la législation disposerait de certains outils conformes à cette dernière.⁽³⁵⁾

Et selon le ministère des finances français, ce type de financement est défini comme suit « ce sont des titres représentant pour leur titulaire ; un titre de créance ou un prêt dont la rémunération et le capital sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur affecté au paiement de la rémunération et au remboursement ».

Delà, l'obligation d'adossment à un actif tangible connu sous la condition d'« asset backing » est bien répandu dans le droit patrimonial de la famille française⁽³⁶⁾ ; c'est bien le système de la dette de valeur ; ou les praticiens en matière de régime matrimoniaux utilisent ces mécanismes de créances dont le montant varie avec la valeur des biens qu'elles ont permis d'acquérir.⁽³⁷⁾

L'adaptation juridique et fiscale de cette Finance dès 2010 et CIFI ; le comité indépendant de finance islamique en Europe, a certifié un bon nombre de produits conformes aux règles islamiques.

L'importance de cette nouvelle finance c'est qu'elle se présente comme alternative à la finance classique et la responsabilise. Ils ont ainsi ouvert des produits d'épargne, d'investissement tels que el Moudharaba, la Moucharaka, el sukuk, le grand fond islamique et les modes de financement Ijara waktina.⁽³⁸⁾

Ainsi, une ingénierie de finance islamique est en plein essor, où l'Angleterre demeure un exemple. A noter qu'une grande partie de l'industrie d'avion ainsi que le marché immobilier ont été financé par les investissements islamiques en France.⁽³⁹⁾

Il en demeure que les sukuk restent le noyau de financement islamique, en France depuis 2010, un cadre juridique fiscal a été dédié à la finance islamique où un support juridique aux sukuk a permis de définir la nature d'un sakk, son traitement fiscal et sa structuration.

En revanche, même si la fiducie est l'instrument « idoine » pour l'émission de sukuk en France,⁽⁴⁰⁾ il en demeure que le titulaire du sukuk, le bénéficiaire de

la fiducie doit impérativement avoir un équivalent en termes économiques à un droit de propriété sur les actifs placés dans le patrimoine fiduciaire.⁽⁴¹⁾

Or, la réglementation de la fiducie en France n'attribue pas un tel droit au bénéficiaire et n'admet pas le démembrement anglo saxon du droit de propriété entre la propriété juridique et la propriété économique⁽⁴²⁾ ; d'où la nécessité d'une modification du régime juridique de la fiducie.

Une gestation juridique sur la scène française s'est immiscée. La première par la voie d'amendement du sénateur philippe Marini en mars 2009 où une recommandation d'un nouvel article 2014 du code civil qui détermine que « le fiduciaire agissant pour le compte de la fiducie, peut en accord avec le constituant imputer des instruments financiers représentatifs de la propriété des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire.⁽⁴³⁾

Une seconde tentative s'est introduite par l'article 6 sexies (B) relative à l'accès au crédit des entreprises⁽⁴⁴⁾ qui suggère une adaptation du régime de la fiducie afin de permettre l'émission de sukuk sur la place financière, en modifiant l'article 2011 du code civil comme suit: « le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurants dans le patrimoine fiduciaire au profit des bénéficiaires ».

Ainsi le fiduciaire disposerait d'une propriété spécifique avec charge qui n'est pas semblable à celle de l'article (544) du code civil français ou toutes les prérogatives lui sont attribuées (usus, fructus, abusus) ; c'est une propriété juridique des biens, tandis que le bénéficiaire, une propriété économique des mêmes biens.⁽⁴⁵⁾ Cette proposition s'inspire de la conception de la propriété fiduciaire de Michel Grimaldi.⁽⁴⁶⁾

Toutefois cette tentation législative a échoué face à la censure formelle du conseil constitutionnel datée du 14 octobre 2009, qui voyait que cette loi est adoptée dans des conditions irrégulières, en raison des cavaliers législatifs et la tenu de la règle de l'entonnoir étant indispensable à faire respecter par les parlementaires.⁽⁴⁷⁾ Sans oublier l'instabilité législative préjudiciable de l'institution fiduciaire.

Face à cette agitation, on constate que la nature de la propriété fiduciaire n'est pas encore claire, d'où la réflexion crédible des professeurs Aynes et Crocq, que la réponse à l'émission des sukuks, aurait pu être trouvée dans le droit spécial des instruments financiers au lieu du droit commun de la fiducie, afin de répondre aux exigences islamiques.⁽⁴⁸⁾ On notera que le crédit agricole en France est leader de la finance islamique.

3- En Malaisie:

L'instrument du Trust Anglo saxon et ses retombées bénéfiques dans le monde des affaires a inspiré le monde musulman notamment la Malaisie qui domine le marché des sukuks depuis 2002.

Quelle est donc la définition des sukuks en droit malaisien ? sa structuration ? ainsi que son rapport avec le droit de propriété ?⁽⁴⁹⁾

*** La définition des sukuks en droit Malaisien:**

Les sukuks en droit malaisien sont définis comme « l'échange d'un bien conforme à la chariâ en contrepartie d'une considération financière, appliquant les principes de la chariâ et ne sont nullement l'échange d'un papier en contrepartie d'une somme d'argent avec intérêt. ⁽⁵⁰⁾

Ce sont des titres attribués à leurs titulaires dont la rémunération et le capital sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur affectés au paiement de la rémunération et au remboursement des sukuks. ⁽⁵¹⁾

Ainsi les sukuks en finance islamique sont l'équivalent des obligations occidentales. Toutefois ils ne se reposent pas sur une émission de dettes ; ils peuvent faire l'objet d'une négociation sur les marchés. ⁽⁵²⁾

Et comme la common law est plus flexible que le droit civil, la majorité des sukuks sont émis dans les pays du common law notamment en matière de résolution des litiges d'ordre financiers.

L'exemple vivant des sukuks du droit malaisien qui sont structurés par le trust ; mécanisme du common law ; similaire à la fiducie civiliste. ⁽⁵³⁾

*** La structuration des sukuks:**

Nous allons étudier le montage des sukuks, la conformité de cet instrument aux principes de la chariâ ainsi que l'acte constitutif du trust.

- Le montage:

En droit malaisien, toute personne émet une offre à la souscription ou à l'achat d'obligation doit signer un acte constitutif de trust selon les conditions de la section 259 et nommer un trustee. ⁽⁵⁴⁾

De la le sukk considéré comme obligation doit être structuré selon le trust en droit malaisien et en pratique une personne indépendante nommée spécial purpose véhicule (s.p.v), détient les actifs en trust, elle émet les titres financiers aux investisseurs de sukuks. ⁽⁵⁵⁾ Ces derniers restent rémunérés par les revenus d'actifs, détenus en trust par la SPV.

Nous notons que l'admission aux négociations d'obligations islamiques des sukuks sur un marché réglementé français dépend de différents types de structures, dont on soulève principalement la titrisation. ⁽⁵⁶⁾

- Les principes sous jacents des sukuks:

Les sukuks en droit malaisien se reposent sur les principes fondamentaux de la finance islamique dont le principe de la prohibition de l'interêt et le principe du partage des profits et pertes.

- La loi applicable au contrat régissant sukuks: Trust

Le choix de la loi applicable à l'acte constitutif structurant les sukuks en droit malaisien, repose sur le choix des parties contractantes, soit la loi malaisienne ou la loi d'un autre état ; la chariâ ou la combinaison de la chariâ et la loi d'un état.

Ainsi la législation malaisienne admet le droit anglais de la common law comme sommet du droit malaisien et peut coexister avec la chariâ en droit commercial, bancaire et financier.⁽⁵⁷⁾

*** Le droit de propriété et sukuk:**

Le porteur du sukk dispose d'un droit de propriété sur les actifs sous jacents.

Le droit de propriété des sukuks en common law n'est pas un droit direct sur la chose, mais se rattache à une valeur économique⁽⁵⁸⁾. Ainsi il repose sur les intérêts retirés de la chose.

La spécificité du trust du common law est bien la dualité de la propriété dont le trustee dispose de la propriété juridique, legal ownership, tandis que le bénéficiaire ; la propriété économique ; equitable ownership.

Cette dualité de propriété est conforme aux normes de l'AAOIFI.⁽⁵⁹⁾

L'Indonésie, par conséquent a solutionné le problème, tout en étant un pays de droit civiliste, en créant la distinction entre le droit du bénéficiaire sur la chose et le titre sur la chose.

Delà l'Etat Indonésien peut vendre son droit de bénéficiaire tout en conservant son titre de propriété⁽⁶⁰⁾ et le porteur du sukk détenteur du droit de bénéficiaire peut éventuellement louer son bien au gouvernement, en échange d'un prix fixe.

Le Japon, la Corée du sud et la Turquie ont suivi l'exemple indonésien pour contourner l'obstacle relatif à la notion de propriété et introduire ses instruments spécifiques.

Conclusion:

La Finance islamique méconnue est devenue un axe de développement économique incontournable au monde entier.

Depuis le scandale financier des SUB PRIME, qui a anéanti des économies occidentales redoutables, reposant sur la finance conventionnelle.

L'alternative la plus sûre était la finance islamique réelle qui se repose sur des valeurs éthiques, la responsabilisation de la finance ainsi que la répartition équitable des pertes et profits entre les parties contractantes.

De là, tous les produits financiers islamiques en découlent ou le canevas diverge entre instruments participatifs, vente ou location de bien ainsi que ceux qui se reposent sur la gestion d'actifs.

Face à cette croissance fulgurante de la finance islamique, l'Algérie a introduit des banques islamiques où leur seul défit reste la commercialisation des produits islamiques validés par le comité islamique 'la fatwa' sur le marché, conférer aux pratiques financières shari'a compatibles l'ancrage juridique approprié dont elles sont dépourvues aujourd'hui,notamment dans le code civil,commerce,fiscal,loi de la monnaie,ancrer d'avantage les titres d'investissement dans le marché de la finance islamique sukuk en s'inspirant de

l'exemple Malaisien qui repose sur la Common law et qui distingue dans la propriété du sukk entre le droit du bénéficiaire sur la chose et le titre sur la chose.

En attente de voir l'évolution potentielle de ce marché en Algérie, nous noterons l'intérêt apporté à cette finance islamique en introduisant tout les produits standards de cette dernière même si l'injection des sukuks reste timide.

Dans l'espérance qu'un jour, les sukuks, noyau fondamental de la finance islamique connaîtra le même essor qu'en Malaisie. Quant à l'occident, la grande Bretagne demeure leader avec la common law, source d'inspiration de la Malaisie qui connaît un succès fulgurant. Quant à la France depuis 2010, cette dernière a initié une réglementation juridique, fiscale adéquate à la finance islamique ainsi que ces produits où leur seule problématique reste la forme des sukk, leur structuration.

On peut constater que le marché de la finance islamique est très porteur et vierge. Néanmoins la course à obtenir une bonne part du marché nécessite à tous les pays de mettre une réglementation adéquate à ce système, en incluant un comité permanent qui veille sur la légitimité des produits financiers innovants islamiques.

Bibliographie:

⁽¹⁾ Centre de documentation, économie-France, CEDEF, *qu'est ce la finance islamique ?*, consulté le, 25/07/2020.

⁽²⁾ Ismael Boulabas, *la finance islamique est elle une solution face à la crise ?*, mémoire Insec, master 2, banque et assurance, 2012.

⁽³⁾ Sunnakapital, *qu'est ce que la finance islamique ?* www.sunnakapital.com, 29 juin 2018, consulté le 07/08/2020.

⁽⁴⁾ Rachid Soulermani, *mémoire de la finance islamique, évolution et perspectives – Université Hassan 2, licence fondamentale en sciences économiques et gestion*, 2010.

⁽⁵⁾ Youtube, *finance islamique: le boom du marché suscite les convoitises*, France 24, 19/04/2017, consulté le 05/08/2020.

⁽⁶⁾ Islam-mag, *un regard-islamique sur le monde 'les principes de l'économie islamique*, mardi 05/08/2014 à 00, [islammag.fr/education/faits de société-les principes –de l'économie-islamique](http://islammag.fr/education/faits_de_societe-les_principes_de_l_economie_islamique), consulté le 27/07/2020.

⁽⁷⁾ Mohammed Baquer-al sadr, *Notre économie*, traduit par Abbas ahmed el bostani, éditeur la cite du savoir, Montréal Québec, 1999, p 14.

⁽⁸⁾ Mohammed bakuer –Al sadr, *notre économie*, op.cit, pp (15-17).

⁽⁹⁾ La fondation internationale de sibtayn, *le principe de la double propriété*, www.sibtayn.com/fr/index.php?option=com, 11/02/2019, consulté le 02/08/2020.

⁽¹⁰⁾ Mohammed-bâquer –al sadr, *notre économie*, op.cit, p20.

⁽¹¹⁾ youtube, Oumma, Mohammed Bachirould Sass, *les grands principes de la finance islamique*, 01/05/2014, consulté le 06/08/2020.

⁽¹²⁾ Walid-Mzid, *la finance islamique, principes fondamentaux et apports potentiels dans le financement de la croissance et du développement, emerging new economic policy, makers in the arab mediteranean economic agenda of Islamic actors*, 2018, p 3.

⁽¹³⁾ Abdelkader sid-ahmed, *Economie islamique, principes et réalités, l'expérience récente des pays arabes, une première évaluation*, revue tiers monde année, 90/122, pp (405-435).

⁽¹⁴⁾ Walid-Mzid, *la finance islamique*, op.cit, p4.

⁽¹⁵⁾ Islam – mag, les principes de l'économie islamique, islammag.fr/education/faits-de-société, les principes de l'économie islamique, consulté le 25/07/2020.

⁽¹⁶⁾ Youtube, Omar Kettani, les fondements de la finance islamique, Toulouse, business-local – casbah, consulté le 05/08/2020.

⁽¹⁷⁾ Michel Rouimy, finance islamique, éditions sèfi, France, 2008, p 98.

⁽¹⁸⁾ Michel Rouimy, finance islamique, op.cit, p109.

⁽¹⁹⁾ François-gueranger, finance islamique une illustration de la finance éthique et gouvernance, édition dunod, paris, 2009, p120.

⁽²⁰⁾ Melle Boukhenouf Amel, Melle Madani ratiba, mémoire de fin de cycle, les banques islamiques en algérie, état des lieux et perspectives de développement ; département des sciences économiques, Faculté des sciences commerciales économiques et sciences de gestion béjaia, année 2017-2018, p 20.

⁽²¹⁾ Dhafer-saidane, finance islamique, 2^{ème} édition, RB edition, 2011, p82.

⁽²²⁾ Lachermi siagh, l'islam et le monde des affaires: argent, éthique et gouvernance, édition organization, hec Montreal, 2003, p 86.

⁽²³⁾ D.saidane, finance islamique, op.cit, p 114.

⁽²⁴⁾ Mjidi el Mahdi, la finance islamique et la croissance économique, thèse pour le doctorat, université de pau et des pays de l'adour, 2016, p 120.

⁽²⁵⁾ Melle Boukhenouf Amel, Melle Madani Ratiba, les banques islamiques en algérie, état des lieux et perspectives de développement, mémoire de fin de cycle, op.cit, p 54.

⁽²⁶⁾ Règlement n 2020 -02 du 15 Mars 2020 définissant les opérations de banque relevant de la finance islamique et les conditions de leur exercice par les banques et les établissements financiers.

⁽²⁷⁾ Melle Boukhenouf Amel, Melle Madani Ratiba, les banques islamiques en algérie, état des lieux et perspectives de développement, ebed, p 54.

⁽²⁸⁾ Abdelrahmi Benssaha, Finance islamique dans le monde et en Algérie: analyse macroéconomique et perspectives (2^{ème} partie et fin), la revue el Watan, Algérie, 11 avril 2021 à 10 h.

⁽²⁹⁾ Abdelrahmi Benssaha, Finance islamique dans le monde et en Algérie, op.cit.

⁽³⁰⁾ Le forum des chefs d'entreprises, le développement de la finance islamique nécessite une adaptation juridique, algérie presse service, catégorie économie, le 01/05/2018 à 11:39.

⁽³¹⁾ Article la finance islamique en Algérie, état des lieux et perspectives d'évolution, <https://www.cosob.org>, 10/2018, consulté le 21/08/2021 à 17h40.

⁽³²⁾ Une première en Algérie, la finance islamique lancée en Août, TRT, 20 JUILLET 2020.

⁽³³⁾ Blog, actualité de la finance islamique en France et dans le monde, <https://www.sunnakapital.com/blog>, consulté le 25/07/2020.

⁽³⁴⁾ Blog, actualité de la finance islamique en France et dans le monde, ebed

⁽³⁵⁾ https://www.mnife.gouv.fr/directions_services/dgtpe/secteur_financier/haut_comite_place/dev_fin_islam.htm, consulté le 26/07/2020.

⁽³⁶⁾ V.L.P.françois, la notion de dette de valeur en droit civil essai d'une théorie, LJDG, france, 1975.

⁽³⁷⁾ Charlin (j), fiducie sukuk et autres murabaha ou ijara a propos de la finance islamique, JCPE, n41, 8 octobre 2009.

⁽³⁸⁾ Sunna capital, La finance islamique en France en 2017, <https://www.sunnakapital.com/blog/finance-islamique-France>, 2017.

⁽³⁹⁾ Oumma, que peut apporter la finance islamique à l'économie française ? youtube, 29/12/2010, consulté le 03/08/2020.

⁽⁴⁰⁾ P.Marini, rapport sénat, n 442, p,82.

⁽⁴¹⁾ J.p.Laramée, la finance islamique à la française, secure finance, 2008, spéc, p (196, 216 et 235).

⁽⁴²⁾ François Barrière, propriété fiducie et sukuk, jcpe, 2011, spéc, n 28 et s.

⁽⁴³⁾ Loi n 2008-1255 du 19 Octobre 2009, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer ainsi le fonctionnement des marchés financiers, JO 20 octobre 2009.

⁽⁴⁴⁾ P.Marini, rapport sénat n 442, proposition de la loi AN n 1728, 9 juin 2008,art 6 sexies B, p:81.

⁽⁴⁵⁾ Article 16 de la loi du 19 octobre 2009, liée à favoriser l'axés au crédit des Petites, moyennes entreprises et améliorer les marchés financiers.

⁽⁴⁶⁾ Florence Estienny, la fiducie aspects juridiques et fiscaux, contribution à l'étude du patrimoine fiduciaire, Defrenois lextenso, france, 2018, tome 60, p49.

⁽⁴⁷⁾ Florence Estienny, la fiducie aspects juridiques et fiscaux, contribution à l'étude du patrimoine fiduciaire, op.cit,p56.

⁽⁴⁸⁾ L.Aynés et P.crocq, la fiducie préservée des audaces du législateur, (D 2009, 2559, spéc n 3).

⁽⁴⁹⁾ Claire Beydon, les sukuks Malaisiens:des ovnis pour le droit français, MBDE, droit des affaires, 30/07/2016.

⁽⁵⁰⁾ Centre malaisien de la finance islamique internationale, MIFC.

⁽⁵¹⁾ Claire Beydon, les sukuks Malaisiens: les ovnis pour le droit français,op.cit, p 1.

⁽⁵²⁾ Claire Beydon, les sukuks malaisiens: les ovnis pour le droit français,e bed.

⁽⁵³⁾ La section 258 de la loi Malaisienne sur les services des marchés financiers de 2007 (capital Market services act 2007, CMSA).

⁽⁵⁴⁾ La section 258 et 259 du CMSA malaisien.

⁽⁵⁵⁾ Claire Beydon, les sukuks Malaisiens: des ovnis pour le droit français, op.cit,p2.

⁽⁵⁶⁾ La titrisation peut être définit comme "la transformation en titres négociables de créances détenus par un établissement de credit, operation réalisée par la cession de ces créances à un fond commun ; crée ad hoc afin de les acquérir, moyennant l'émission de parts représentatives,lesquelles sont offertes aux investisseurs sur le marché financier comme valeurs mobilières ", valentin savage, la fiducie sur parts et actions de sociétés, aspects juridiques et fiscaux,(France:edition larcier, 2015),preface de François lenglait et jean claude rivalland, p:36.

⁽⁵⁷⁾ Articles 3 et 5 de la loi civile malaisienne de 1956, (civil law act 1956).

⁽⁵⁸⁾ Clair Beydon, les sukuks malaisiens: des ovnis pour le droit français, E bed.

⁽⁵⁹⁾ AAOIFI/ Acconting and auditing organisation for islamic financial institutions shariâ's standards, standard, 17/2008.

⁽⁶⁰⁾ La loi indonésienne n°1 de 2004.

