

Echanges professionnels

Par Prof Walid BEN HAMIDA

Sommaire

- **L'état des pratiques : Ce que les établissements financiers doivent savoir pour réussir une mise en place efficiente des services/entités dédiés à la finance islamique**
- **Cas pratiques**
- Etude d'un parcours de crédit pour l'acquisition de biens d'équipement
- Etude d'un cas d'assurance Export
- Etude d'un parcours de crédit commercial
- Etude d'un parcours de crédit immobilier



Conseils pratiques pour la mise en place d'un service dédié au financement islamique

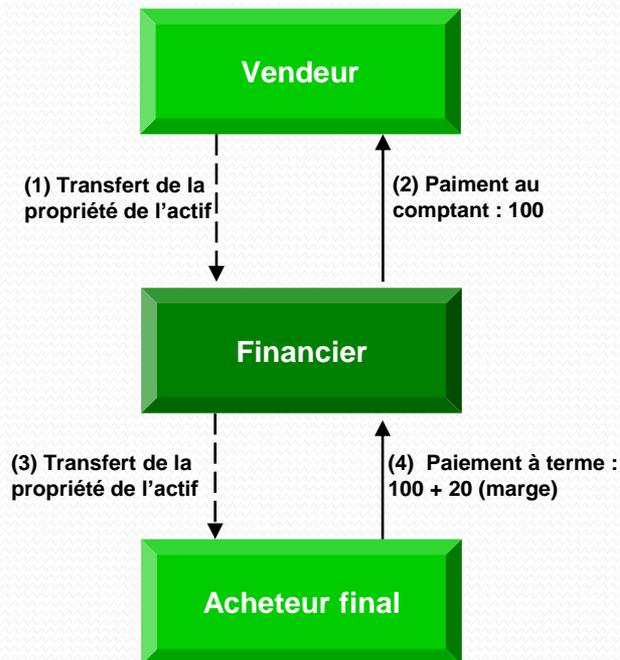
1. Maitriser les principes de financements islamiques

- **Prohibition du *riba*** : La finance islamique n'autorise pas une rémunération fixée en fonction du **seul écoulement du temps**.
- **Prohibition du *garhar*, du *maysir***
- La finance islamique n'autorise pas la **spéculation** et les situations d'**incertitude**.
- **Prohibition du *haram*** : La finance islamique n'autorise pas l'investissement dans **certains secteurs** (armement, alcool, pornographie...).
- **Partage des profits et des pertes**
- **Asset-backing** : La finance islamique contraint à **adosser** tout financement à un **actif tangible**.

2. Maitriser les techniques du financement islamique

- Les aspects techniques : l'aspect financier
- Les aspects juridiques : les contrats et la rédaction des différents actes
- L'aspect religieux

➤ L'idéal-type contractuel n°1 en matière de financements d'actifs : la *murabaha*

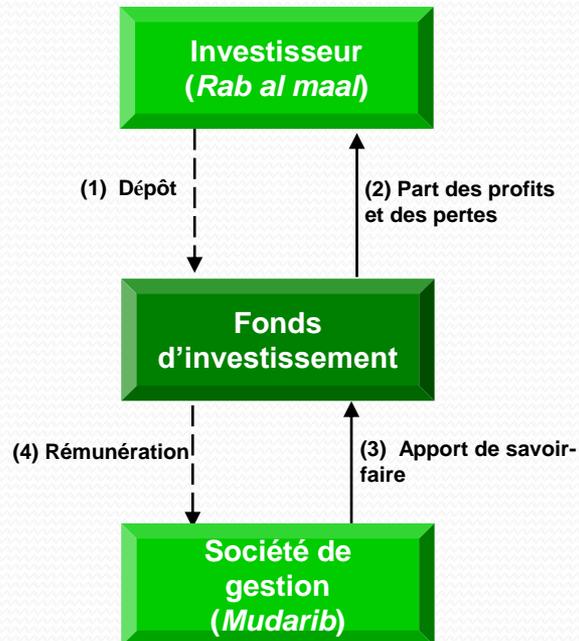


- ◆ Il s'agit d'un achat pour revendre avec une marge ("profit return") correspondant économiquement à l'intérêt. Le prix (économiquement, le principal) est payable à terme en une fois ou plusieurs fois (crédit-vendeur) ;
- ◆ La banque prend l'initiative d'acquérir le bien en vue de sa revente.
- ◆ Le Financier assume un risque en cas de faillite de l'Acheteur . Il ne peut pas récupérer son bien. L'acheteur est le propriétaire du bien financé ;
- ◆ Le vendeur est un vrai vendeur. Il assume toutes les garanties liées à la vente
- ◆ Dans la pratique ce contrat est utilisé à court terme pour l'acquisition de matière première et de produits semi-finis
- ◆ Le prix de revient, la marge bénéficiaire de la banque et les délais de paiement doivent être préalablement connus et acceptés par les deux parties

Le montage d'al *Mourabaha*

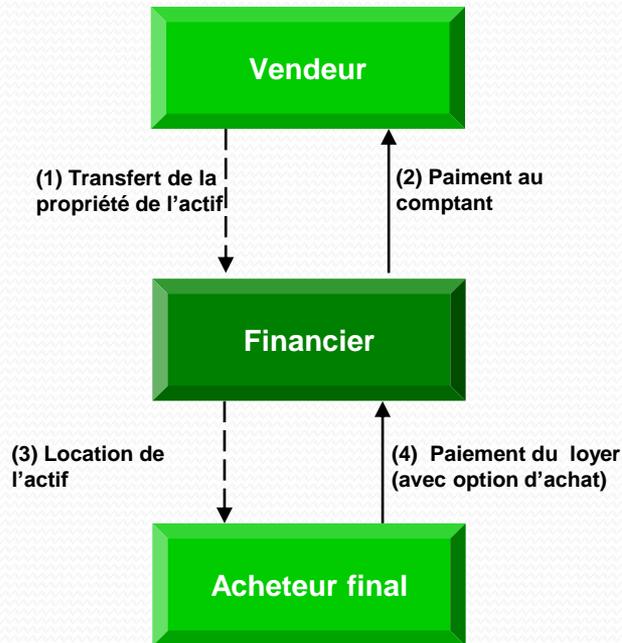
- Le moment de conclure les contrats:
- La banque peut-elle conclure le contrat de revente avant d'acheter le bien pour se garantir contre le changement d'opinion du client?
- Non car cela contredit à l'interdiction de l'incertitude. Ca sera une vente de la chose d'autrui qui est nulle. Certains juristes musulman autorisent la promesse de vente. Mais celle-ci n'entraîne qu'une obligation de faire. Les parties doivent conclure un contrat de vente une fois la chose acquise. De la sorte, il y a trois contrats qui se forment successivement: promesse, vente et revente. Parfois il y a un 4^{ème} contrat de mandat donnant au client mandat pour représenter la banque pour l'achat du bien chez le fournisseur
- Plus simple, le fikh hanafite et malékite considèrent que la vente de la chose d'autrui est valable si le maître le ratifie et si le vendeur acquière la propriété. Cela permet à la banque de conclure le contrat de vente avant l'achat.
- La *mourabaha* se distingue de la *Moussawama* où le second acheteur ne connaît pas le prix de la première acquisition

la *mudaraba*



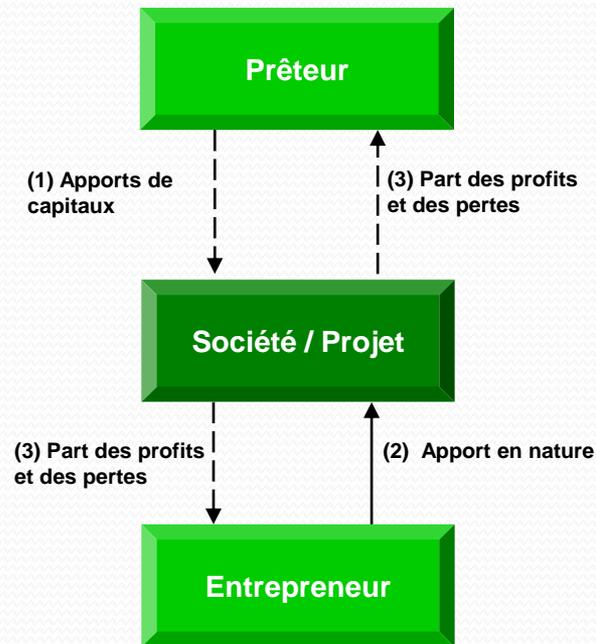
- ◆ Semblable à une société en commandite : une partie (*rab al maal*) apporte les fonds, l'autre un savoir-faire (*mudarib*) ;
- ◆ Une contrainte : n'investir que dans des activités *halal* ;

➤ Ijara



- ◆ Il s'agit d'une location, le cas échéant avec une option d'achat du bien à terme (*ijara wa-ik-tina'a*) ;
- ◆ Le Financier détient la propriété du bien financé
- ◆ Souvent, le Financier délègue au client emprunteur la charge de l'entretien et de l'assurance du bien financé. L'actif est généralement assuré par un *takaful*.

➤ La *musharaka*



- ◆ Semblable à une *joint venture* ;
- ◆ Le client est généralement nommé *manager* de la *musharaka* ;
- ◆ Les deux parties s'engagent dans une affaire
- ◆ Ils se partagent les pertes et les bénéfices en proportion du capital investi
- ◆ L'un des partenaires peut acheter progressivement les parts de l'autre, jusqu'à devenir le seul propriétaire de l'affaire
- ◆ Cette technique permet aux banques islamiques de se dégager des investissements dans lesquels elles s'engagent

L'assurance *takful*

- L'assurance traditionnelle est incompatible avec la chariaa : elle s'accompagne du *riba* et de *Gharar* (jeu du hasard)
- Développement de structure alternative chariaa compatible *takful* et *re-takuful*
- Ce terme signifie garantie mutuelle ou se garantir l'un l'autre »
- Il se fonde sur la contribution volontaire sans rechercher le profit

Le montage de l'opération

- Créer un fonds de solidarité
- Il s'agit de donations conditionnelles : effectuer un paiement à condition de recevoir une compensation en cas de risque
- Le fonds appartient aux sociétaires
- Le fonds est géré par un opérateur nommé opérateur *takuful*
- Parfois il y a deux fonds : un fonds qui recueillent les contributions et un fonds d'investissement qui fructifie les fonds selon les techniques chariaa compatible
- Le partage des résultats est de droit : les pertes et les bénéfices à condition que l'opérateur n'a pas commis de faute professionnelle ou de négligence
- La rémunération de l'opérateur prend la forme d'un pourcentage spécifique imputé au profit (une moudharaba); ce modèle incite l'opérateur à générer davantage de gain ce qui peut heurter l'intérêt collectif
- On peut aussi recourir à la technique de mandat ou Wakala: l'opérateur reçoit une commission fixe prélevé sur les fonds reçus.

3. Attirer l'attention du client sur le coût justifié de ces opérations

- La revente et la garantie des vices cachés
 - En l'état actuel des textes, lorsqu'il revend le bien financé à l'acheteur, le Financier est tenu de garantir ce dernier contre les vices cachés (qui est d'ordre public). Cela n'a pas de sens dans des opérations temporaires d'achat/revente. Pour cette raison, il faudrait prévoir que, lorsque la revente du bien financé intervient concomitamment au premier achat, le revendeur puisse être exonéré de la garantie des vices cachés (qui reposerait alors toute entière sur le vendeur initial).
- Le coût fiscal de la finance islamique
 - La plupart des opérations de finance islamique impliquant une double mutation de propriété (notamment, *l'ijara* ou la *murabaha*), elles engendrent un doublement :
 - des droits d'enregistrement lors de chaque cession;
 - de la taxe sur la publicité foncière correspondant au salaire du conservateur) ; et
 - des émoluments du notaire (0,825% négociable au delà de 80.000 Euros).

4. Répondre aux interrogations du client

- S'agit-il d'une fraude? Les hial ou les stratagème juridiques
Mourabaha : une vente, la banque est propriétaire de l'actif sous-jacent, elle supporte le risque de non paiement et la garantie de jouissance et des vices cachés, le montant des remboursement ne varie pas selon le temps et il est fixé d'avance. Il correspond plutôt au service rendu par la banque.
- Quel est l'interêt de recourir à cette technique?
- Insister sur l'importance économique de la finance islamique: Pourquoi des institutions et des Etats non musulmans s'interessent à la finance islamique
- Pourquoi la crise n'a pas affecté la finance islamique

5. Disposer d'un comité consultatif en chariaa

- La validation distincte de la compatibilité avec la *chariaa*
 - La question de la compatibilité d'une opération de financement avec la *shariah* est laissée à l'appréciation d'un *shariah board* (dont chaque grande banque est dotée) qui exprime son opinion sous la forme d'une *fatwa* ;
 - Deux problèmes au développement d'un marché mondial de la finance islamique :
 - La diversité des écoles de pensées ; et
 - La relativité de la chose jugée des *fatwas*

Le *chariaa* broad

- Composition : personnes qui allient compétence religieuse et financières, composition impaire
- Rémunération : par les banques, parfois généreuse
- Certains experts siègent dans plusieurs banques le cheikh Nizam Yakubi « les sheikhs de wal street »
- Problème de conflit d'intérêts?
- Problème de divergence d'interprétation : les avis sont adoptés à la majorité
- Un organe centrale? Comme en Malaisie un organe lié à la banque centrale (établi depuis 1997) comprenant des personnes qualifiées dans le domaine de la *Chariaa* et qui vérifient la comptabilité des produits de finance islamique

L'expérience en Malaisie

- Établi par les sections 56 et 57 du *Central Bank of Malaysia Act de 2009* (« Act 701 »), cet organe a l'autorité pour vérifier la compatibilité à la *Charia* des activités des banques islamiques. Selon la section 56, lorsqu'une question relative à la *Charia* se pose dans le cadre d'une procédure relative au financement islamique soumise à une juridiction étatique ou à un tribunal arbitral, le juge ou l'arbitre doit prendre en considération toutes les décisions rendues par le SAC. La même section instaure une procédure de renvoi spéciale en obligeant les juges et les arbitres à saisir le SAC lorsqu'ils sont saisis de litiges portant sur le financement islamique¹⁸. La section 57 ajoute que les décisions prises par le SAC s'imposent aux institutions financières, aux juges et aux arbitres.

6. Dissocier les activités

- Il faut une entité spéciale pour les banques traditionnelles pour gérer les activités relatives au finance islamique
- Le guichet islamique n'est pas suffisant si les activités sont mêlées
- Une séparation comptable est exigée
- Les financiers islamiques sont propriétaires des actifs ou d'une partie des actifs alors que les banques conventionnelles disposent de suretés sur les actifs qui leur permettent de devenir propriétaire au moment de réalisation de ces suretés
- La banque islamique est une entreprise commerciale universelle

7. Les comptes de dépôt islamiques

- Les dépôts sont considérés comme un quard (prêt). La banque peut utiliser ces fonds à condition de les restituer intégralement à la demande de client
- Eu égard de l'interdiction des intérêts le compte ne produit ni profit ni intérêt
- Les titulaires bénéficient de toutes les opérations de banque (chéquier/carte de crédit, service de transfert)
- La banque peut prélever une commission pour ces services
- Le découvert est en principe interdit puisqu'il s'agit de débiter une somme dont le client ne dispose pas.
- Un contrat de *moudarabah* peut être conclu pour investir : un compte participatif. Dans ce cas la banque va avoir une double qualité: il est entrepreneur lorsqu'il reçoit les dépôts des clients et aussi investisseur lorsqu'il investit ces sommes.
- Les fonds remis ne sont pas garantis ni dans leur capital ni dans leur rémunération: différence avec le dépôt conventionnel et cela pose des problèmes pour calculer le ratio prudentiel des banques islamiques

8. Penser à la coexistence

- Concilier les exigences de la *chariaa* avec le droit positif: par exemple : le capital propre minimum
- La banque parfois exige du client de renoncer dans une *mourabaha* à la garantie des vices cachés
- En droit français, on peut renoncer à la garantie d'éviction (la jouissance paisible du bien). Mais on ne peut pas renoncer à la garantie des vices cachés. C'est une exigence d'ordre public (1641 code civil)
- Autre exemple, certaines législations imposent aux bailleurs certaines obligation en matière de baux entretenir l'immeuble. Ces dispositions n'encouragent pas la *Ijara* car la banque se présente comme un simple intermédiaire financier. Ces obligations peuvent faire l'objet d'une renonciation cependant en contrepartie d'une réduction du loyer
- Autre exemple, la banque ne peut pas acheter une officine de pharmacie en Tunisie. La réglementation réserve l'achat à ceux qui détiennent un diplôme de pharmacie et disposent d'une autorisation nominative

9. Est-ce qu'on a besoin d'une réglementation pour se lancer dans le financement islamique

- Question ouverte?
- Le principe de la liberté contractuelle
- Les contrats innomés