



UCL Université catholique de Louvain

Faculté de droit et de criminologie

LA FINANCE ISLAMIQUE

UN SYSTEME FINANCIER A ANCRAGE ETHIQUE FORT

Mémoire réalisé par :

Yasmina DJABALI

Promoteur :

Louis-Léon CHRISTIANS

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le **plagiat**, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application des articles 40, 2) et 41 du règlement général des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Je tiens, tout d'abord, à témoigner de ma profonde gratitude envers mon promoteur, Monsieur Louis-Léon CHRISTIANS. Je le remercie sincèrement pour les précieux conseils dont j'ai pu bénéficier tout au long de la rédaction de ce mémoire, ainsi que pour l'organisation des multiples séminaires durant lesquels il m'a été permis d'étayer mes connaissances en matière de droit et religions.

J'exprime, ensuite, toute ma reconnaissance à Maître Inès WOUTERS¹ pour avoir généreusement accepté de me faire part de ses connaissances dans le domaine de la finance islamique.

Enfin, je remercie mes parents pour le soutien et la patience dont ils ont fait preuve à mon égard, au cours de ces cinq années d'étude.

¹ Avocate au cabinet LEGISQUADRA, avenue Louise 50/3, 1050 Bruxelles.

« L'argent est un bon serviteur et un mauvais maître. »

Alexandre DUMAS

INTRODUCTION

Ces dernières années ont été marquées par de nombreuses situations accablantes, telles que des crises sociales, sanitaires ou bien environnementales. Mais la plus alarmante d'entre elles a, sans aucun doute, été la crise financière qui a frappé toute l'Europe en 2008 et qui de surcroît, continue d'engendrer des dégâts malheureux, au grand désarroi des citoyens européens qui se voient, au quotidien, poussés dans des situations relativement précaires. Face aux réactions violentes des individus qui réclament de plus en plus de sécurité dans les divers domaines de la vie courante, les différents États membres de l'Union s'interrogent quant à la nécessité de revoir et de modifier le système financier conventionnel qui est le leur afin qu'il puisse laisser place à un système radicalement différent de la conception européenne et qui prône un certain nombre de valeurs, jusqu'ici, fort ignorées, de ces derniers telles que l'éthique ou la morale. Cette innovation révolutionnaire pour le système bancaire et financier européen aurait pour objectif de diminuer les risques et les aléas liés aux investissements, par conséquent, de parvenir, peut-être, à mettre une fin ultime aux difficultés financières auxquelles doit faire face le continent européen et à fortiori, d'améliorer les conditions de vie de ses ressortissants. Tels sont les objectifs de l'Europe dans sa quête perpétuelle d'un système alternatif de régulation.

Dans ce contexte, la finance islamique pourrait constituer une bonne alternative au système bancaire et financier occidental en ce qu'elle est soumise à certains principes éthiques qui se traduisent, notamment, par la prohibition de l'intérêt ou bien encore par le partage de profits et des pertes. En effet, de nombreux articles de presse récents révèlent, de manière récurrente, l'engouement de certains états membres européens face à ce « nouveau » système aux principes, généralement, méconnus de la population occidentale. Et pour cause, trop souvent victime des amalgames malheureux réalisés autour de l'Islam, il semblerait que de nombreuses personnes associent, malencontreusement, la finance islamique aux quelques faits d'actualité extrêmes mis en exergue dans la presse et les médias. En effet, il s'avère que la connotation religieuse de ce système financier fasse peur et se traduise, par conséquent, par de multiples réticences.

Il n'en reste pas moins que cette nouvelle finance, pourtant pas si récente, soit actuellement en plein essor dans certains États européens et suscite, en outre, un vif intérêt et de nombreux questionnements. De quelle manière procède la finance islamique pour récolter

des fonds malgré la prohibition de l'intérêt à laquelle elle doit faire face ? Quelles sont les conséquences positives et néfastes d'un système financier qui puise ses principes dans la religion ? Un tel système a-t-il réellement sa place au sein de l'espace européen ?

Dans le cadre du présent mémoire, nous tenterons de mettre en évidence les raisons qui poussent le monde occidental à s'intéresser, soudainement, à des systèmes bancaires à ancrage éthique fort et particulièrement, à un mode de régulation qui associe finance et religion. Cela nous permettra de déterminer dans quelle mesure la crise financière est une opportunité de changement vers un développement économique plus durable.

Pour ce faire, notre réflexion sera divisée en trois parties. Le premier titre sera consacré au statut juridique des éthiques particulières en Europe et plus précisément à la manière dont se manifeste l'éthique au sein de l'entreprise et de la finance. À cette occasion, nous mettrons en évidence les principes auxquels est soumise la finance islamique. Le second titre traitera de la spécificité religieuse de la finance islamique en analysant, tour à tour, les contrats de base autorisés par ce système, le personnel de la banque islamique et sa clientèle. En outre, ce titre nous permettra de savoir si l'incorporation de principes issus de la religion, au sein d'un système financier, entraîne des conséquences néfastes pour les individus qui la côtoient. Le troisième titre s'intéressera au statut juridique de la finance islamique en Europe. À cet égard, nous nous demanderons, d'abord, dans quelle mesure les principes de ce système financier trouvent écho au sein de la finance conventionnelle et partant, s'il y a effectivement lieu d'y voir deux systèmes diamétralement opposés. Nous procéderons, ensuite, à une étude comparative entre les différents États membres quant à la réception de la finance islamique en leur sein. Enfin, nous nous pencherons sur l'opportunité de notre État d'opter pour un système qui allie, non sans mal, finance et valeurs morales, en indiquant les avantages et les inconvénients d'une pareille hypothèse.

TITRE I. LE STATUT JURIDIQUE DES ETHIQUES PARTICULIERES **EN EUROPE**

Depuis plusieurs années, une tendance particulière s'observe au sein des populations occidentales. En effet, les individus ont la volonté accrue de passer par un retour à l'éthique. Le phénomène s'observe dans de nombreux domaines de la vie courante, allant de la simple consommation de produits dont ils exigent un certain nombre d'informations et passant par des sphères beaucoup plus spécifiques, comme celles de l'entrepreneuriat, de l'économie et de la finance.

L'éthique (du grec *ethos* qui signifie mœurs) regroupe « *les principes de la morale*² » et tend, par conséquent, à inculquer aux individus le caractère bon ou mauvais de leurs actions, en fonction de leurs valeurs personnelles³.

Ce regain d'intérêt pour l'éthique s'explique, aisément, par le fait que les citoyens, conscients des diverses situations malencontreuses de ces dernières années, désirent réellement faire changer les choses et partant, souhaitent parvenir à annuler l'ensemble des risques dont ils sont victimes⁴.

Dans ce contexte, ce titre aura, tout d'abord, pour objet d'identifier dans quelles mesures s'illustre la prise en compte de la donnée éthique, au sein des entreprises. Il sera, ensuite, question de voir, à quel point, l'éthique et la religion révolutionnent la finance conventionnelle.

² Le Petit Larousse, Paris, Larousse, 2009, p. 391.

³ G. MORTIER, *Finance éthique : le grand malentendu*, Limoges, Fyp, 2013, p. 36.

⁴ C. MARIE-JEANNE, « Finance et éthique : la réconciliation ? », *REF*, 2004, n°74, p. 1, disponible sur http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ecofi_0987-3368_2004_num_74_1_5047

Chapitre 1. L'entreprise et l'éthique

Section 1. Responsabilité sociale des entreprises

Il peut être difficile de penser qu'une entreprise puisse, dans le cadre de ses activités, se préoccuper de certains facteurs sociaux au même titre qu'elle aspire à réaliser du profit. En effet, il s'agit de deux domaines qui semblent, de prime abord, être antinomiques. Et pourtant, il arrive, bel et bien, que des entreprises s'inquiètent, de manière spontanée, du bien-être des personnes qui l'entourent, des droits de l'homme, ou bien encore de l'environnement. Cette démarche est visée par l'appellation « responsabilité sociale des entreprises » (ci-après, RSE).

À ce jour, la responsabilité sociale des entreprises ne fait pas, encore, l'objet d'une définition légale⁵.

Toutefois, elle peut être définie comme *« un concept global et stratégique, issu, d'une part, de la mondialisation et du souci d'encadrement des activités et, d'autre part, de l'objectif de développement durable que s'est assigné la communauté internationale, intégrant au niveau de l'entreprise, des thématiques jusque-là distinctes : sauvegarde des droits de l'homme, respect des normes fondamentales du travail, protection de l'environnement et développement durable, protection du consommateur et, plus récemment, lutte contre la corruption et gouvernement d'entreprise⁶. »*

La Commission européenne a adopté en 2001, une définition de la RSE. Selon elle, le concept implique *« l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes. Être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aller au-delà et investir dans le capital humain, dans l'environnement et les relations avec les parties prenantes⁷. »*. Cette définition a été modifiée⁸, en 2011, à l'occasion de l'adoption, par la Commission, d'une communication relative à la « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la

⁵ E. DE CANNART D'HAMALE, « La responsabilité sociale des entreprises, soft law ou hard law ? », *J.T.*, 20/2007, p. 413.

⁶ *Ibid.*

⁷ Commission des communautés européennes, Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, 18 juillet 2001, COM (2001) 366 final, inéd, p. 7.

⁸ A. BERGER, F. QUERAN, « Les banques et la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) », *Euredia*, 2011/4, pp. 442-443.

période 2011-2014⁹ ». Il y a aujourd'hui lieu d'entendre par la RSE, « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société*¹⁰ ».

Au regard de ces différentes définitions, il nous est possible de mettre en exergue les traits typiques de la responsabilité sociale des entreprises. En effet, celle-ci se caractérise par une attitude volontaire propre à chaque entreprise qui décide, le cas échéant, de prendre en compte, dans le cadre de ses activités, certains facteurs d'ordre social, à travers « *la signature de codes de bonne conduite, de chartes de la diversité ou la mise en place de labels environnementaux*¹¹ ». À cet égard, G. Mortier considère que la RSE doit être comprise comme un outil d'autorégulation en ce qu'elle représente « *tout ce qui est au-delà de la loi*¹² ». Cette prise en compte doit conduire à une mise en balance efficace des intérêts propres à l'entreprise et de ceux des personnes qui y gravitent, à savoir, les parties prenantes définies comme « *toute personne, communauté ou organisation qui affecte ou est affectée par les activités d'une entreprise, à savoir, principalement, les travailleurs, les actionnaires et les investisseurs, les clients et les consommateurs, les fournisseurs et sous-traitants, la communauté et les autorités publiques*¹³ ».

Toutefois, certains n'hésitent pas à se montrer réticents en affirmant que la mise en œuvre efficace d'un tel principe n'est matériellement pas possible dans la mesure où le profit l'emporte, généralement, sur les considérations d'ordre éthique et social. Dès lors, « *l'agir éthique d'un seul entrepreneur le conduirait à supporter des coûts supplémentaires qui le disqualifieraient de la concurrence et l'évinceraient du marché*¹⁴ ». D'autres avancent qu'il ne s'agit que d'une façade afin d'attirer les consommateurs car les entreprises ne peuvent perdre de vue leur recherche incessante de profits¹⁵.

⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 25 octobre 2011, intitulée « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », [COM (2011) 681 final], inéd.

¹⁰ *Ibid.*, p. 7.

¹¹ G. MORTIER, *op. cit.*, p. 60.

¹² *Ibid.*

¹³ E. DE CANNART D'HAMALE, *op. cit.*, p. 414.

¹⁴ J. BALLET, F. DE BRY, A. CARIMENTRAND, P. JOLIVET, *L'entreprise et l'éthique*, Paris, Seuil, 2011, p. 241.

¹⁵ F. ROBERT, « La relation de travail face à l'entreprise socialement responsable. Entre les tics et les tocs », *DAOR*, 2010/93, p. 71.

Pourtant, au regard de l'état actuel des choses, il semble que les préoccupations sociales soient de plus en plus nécessaires afin d'offrir aux citoyens une meilleure stabilité de croissance¹⁶.

Section 2. Culture d'entreprise

Par définition, la culture fait référence à un « *ensemble de convictions partagées, de manières de voir et de faire qui orientent plus ou moins consciemment le comportement d'un individu ou d'un groupe*¹⁷ ».

Appliquée à l'entreprise, la culture renvoie à « *un ensemble de références partagées dans l'organisation, construites tout au long de son histoire, en réponse aux problèmes rencontrés par l'entreprise*¹⁸ ».

Au regard de ces définitions, nous comprenons aisément que la culture d'entreprise regroupe l'ensemble des valeurs, des pratiques propres à une entreprise et qui sont, dès lors, partagées par l'entière des individus qui la constituent. Ces valeurs nous amènent, inévitablement, à penser à l'éthique en ce qu'elle pousse les individus à distinguer le caractère bon ou mauvais de leurs actions en fonction de leurs valeurs personnelles.

Cette culture apporte à chaque entreprise une identité propre qui lui permet de se distinguer de toute autre, dans sa manière de réagir aux problèmes du quotidien.¹⁹ En outre, elle est un moyen de contrôle du comportement des individus puisque, par définition, la culture d'entreprise est partagée par tous les membres de l'entreprise.

À titre illustratif, la banque Triodos nous indique que les maîtres-mots de sa culture d'entreprise sont « *l'ouverture et la transparence, en cohérence avec notre approche du métier de banquier*²⁰ ».

¹⁶ H. EVERAERTS, R. STEENSELS, « Corporate social responsibility (CSR) as enabler for sustainable », *RBF*, 8/2009, p. 490.

¹⁷ Le Petit Larousse, Paris, Larousse, 2009, p. 277.

¹⁸ M. THEVENET, *La culture d'entreprise*, Paris, Puf, 1993, p. 46.

¹⁹ *Ibid.*, p. 3.

²⁰ TRIODOS, « Notre culture d'entreprise », disponible sur <http://www.triodos.be/fr/la-banque-triodos/travailler-a-la-banque-triodos/culture-entreprise/>.

Section 3. Labellisation d'éthique

Comme nous l'avons souligné antérieurement, les consommateurs expriment, de plus en plus, le manque de confiance qu'ils ressentent vis-à-vis des entreprises. En effet, ces derniers craignent qu'on leur dissimule une part importante de risques dont ils pourraient être victimes. Ce phénomène peut conduire à des conséquences néfastes, telle que la sélection adverse.

Afin de pallier ce problème, les entreprises peuvent emprunter la voie de l'autorégulation. Dès lors, une entreprise qui ferait, volontairement, le choix de devenir socialement responsable pourrait décider « *de diffuser des informations sur cette mise en œuvre*²¹ » en émettant des signaux à travers des labels de qualité et en prenant le parti « *de faire valider cette information par des tiers (la vérification ou audit)*²² ». De cette façon, les consommateurs obtiennent la garantie d'être réellement confrontés à une entreprise qui répond à leurs attentes en véhiculant des considérations d'ordres éthique et social. Les entreprises, de leur côté, évitent d'être confrontées au scepticisme des individus.

En effet, « *le label est un symbole qui signale de manière visuelle et instantanée, qu'une entreprise se conforme ou qu'un produit ou un service est conforme à une norme donnée. Le label bénéficie du crédit de celui qui le décerne (autorité publique, association professionnelle, organisation multilatérale, O.N.G.) et de la procédure de certification*²³ ».

Parmi les labels qui traduisent la responsabilité sociale des entreprises²⁴, nous pouvons citer le label social belge qui représente « *une marque pour les produits qui ont été fabriqués dans le respect des droits des travailleurs*²⁵ », ou bien encore le label SA 800 dont la mission est « *d'assurer la promotion des droits humains des travailleurs à travers le monde*²⁶ ».

²¹E. DE CANNART D'HAMALE, *op. cit.*, p. 415.

²²*Ibid.*

²³*Ibid.*, p. 416.

²⁴*Ibid.*

²⁵ SPF ECONOMIE, « Label social belge », disponible sur http://economie.fgov.be/fr/entreprises/vie_entreprise/Gestion_personnel/Label_social/#.UgSvKNJSjtw.

²⁶ VERDURA, « Norme SA 800 pour la promotion des droits humains des travailleurs dans l'entreprise », disponible sur <http://www.vedura.fr/developpement-durable/normes-referentiels/norme-sa-8000-droits-humains-entreprises>.

Section 4. Entreprise de tendance

À l'occasion de cette section, nous n'aborderons pas, de manière détaillée, le cas spécifique de l'entreprise de tendance étant donné que nous y porterons une attention particulière dans le cadre des développements ultérieurs²⁷.

Toutefois, nous pouvons, à ce stade, préciser qu'il s'agit d'une entreprise dans laquelle *« une idéologie, une morale, une philosophie ou une politique est expressément prônée. Autrement dit, l'objet essentiel de l'activité est la défense et la promotion d'une doctrine ou d'une éthique²⁸ »*. Cette promotion d'une éthique particulière laisse présager qu'elle n'est pas sans conséquence pour les personnes qui sont touchées, de près ou de loin, par l'entreprise

Chapitre 2. Finance éthique et religion

Section 1. Finance éthique

Comme tel était le cas pour « l'entreprise éthique », les termes « finance » et « éthique » peuvent, au premier abord, sembler, tout à fait, inconciliables.

Et pourtant, l'on observe depuis quelques années, de nombreux mouvements de prise de conscience dans le secteur bancaire et financier. Ce phénomène s'illustre par l'arrivée de banques poursuivant des objectifs d'intérêt général et manifestant un degré élevé d'implication éthique, tel est le cas de la banque Triodos.

La finance éthique *« recouvre des pratiques financières qui entendent traiter l'argent et ses multiples facettes (l'épargne, l'investissement, le crédit, la gestion d'un compte ...) non plus sous l'angle de la stricte rentabilité économique mais en y adjoignant des considérations éthiques et solidaires²⁹ »*. Cette finance permet *« d'offrir au public des produits ou services bancaires et financiers qui permettent à l'investisseur de s'assurer que son patrimoine sera*

²⁷ V. Titre II, chapitre 3.

²⁸ Ph. WACQUET, « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », extrait du colloque *Travail, liberté et vie personnelle du salarié*, Gaz. Pal, tome III, p. 1427.

²⁹ A. DEMOUSTIEZ, B. BAYOT, *L'investissement socialement responsable. 1, Le contexte législatif et politique*, Bruxelles, Crisp, 2005, p. 5.

confié à des entreprises qui, au-delà du profit, intègrent des valeurs de développement durable³⁰ ».

Cette finance est plus communément désignée sous l'appellation d'investissement socialement responsable (ISR) qui *« regroupe l'ensemble des initiatives en faveur de nouveaux produits « verts », des agence de notation « sociale » et des produits d'épargne « durables »³¹ ».*

La banque Triodos illustre parfaitement bien le phénomène de finance éthique³² Cette banque s'est spécialisée *« dans des domaines aussi variés que la culture, l'environnement, le développement social et la gestion de fonds basée sur des critères de développement durable³³ ».*

Section 2. Finance éthique et religion

§1. L'éthique et la religion

L'éthique et la religion ont de nombreux principes en commun. En effet, la religion est souvent identifiée comme la représentation collective de l'éthique. Et pour cause, les principes moraux sont l'essence même de la religion, quelle qu'elle soit³⁴. Dès lors, ces deux domaines peuvent partager des règles de conduite ou pratiques. Tel est le cas de l'adage « ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas que l'on te fasse³⁵ ».

Au cours de l'histoire, les religions ont eu un rôle à jouer en matière financière. En effet, la prohibition de l'intérêt a longtemps prévalu pour les chrétiens ainsi que pour la communauté juive.³⁶ Les principes de prohibition d'intérêt et d'usure ont, depuis lors, été abandonnés par ces religions.

La religion islamique, quant à elle, est la seule des trois grandes religions monothéistes à avoir conservé ces principes religieux. En effet, elle se donne pour mission de

³⁰ P. AEBY, « L'expérience de la banque Triodos », *RBF*, 1/2011, p. 50.

³¹ G. MORTIER, *op. cit.*, p. 9.

³² BELGA, « Triodos : la banque éthique affiche aussi d'excellents résultats », *Trends-tendances*, 29 février 2008, disponible sur <http://trends.levif.be/economie/actualite/banque-et-finance/triodos-la-banque-ethique-affiche-aussi-d-excellents-resultats/article-1194641945481.htm>, consulté le 16 avril 2013.

³³ P. AEBY, *op. cit.*, p. 49.

³⁴ Entretien avec Maître INES WOUTERS, le 7 août 2013, à Bruxelles.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ R. COULOMB, « Quand la finance suit les préceptes de l'Islam », *Regards croisés sur l'économie*, 2008/1, p. 255, disponible sur <http://cairn.info/revue-regards-croises-sur-l-economie-2008-1-page-255.htm>.

transmettre et de développer ces principes qui, *in fine*, apparaissent comme des principes éthiques³⁷.

§2. Le cas particulier de la finance islamique

La finance islamique « *a pour but de concilier les lois de l'Islam avec la finance moderne ; elle participe donc au mouvement de la finance éthique, avec la spécificité que les critères moraux mis en avant sont des critères religieux*³⁸ ».

En effet, L'Islam n'est pas seulement une religion au sens de relation divine qu'entretient l'homme avec une force supérieure, elle est, au-delà de cela, la détermination de tout un mode de vie et entend, par conséquent, régir tous les aspects de la vie de ses croyants à travers les prescrits religieux contenus dans la Loi islamique³⁹ ; la Charia définie comme « *un ensemble de normes, de valeurs et de règles qui ont pour objectif de s'assurer que les hommes ont une vie conforme à la volonté divine*⁴⁰ » et occupant une place centrale dans la société musulmane en ce qu'elle fournit, en théorie, la voie juste à suivre⁴¹. Cette détermination passe du simple marché alimentaire et s'étend, de manière inconditionnelle, aux plus petits domaines dont, tout logiquement, l'économie et la finance.⁴²

Dans cette sphère, la finance islamique, au travers de quelques principes novateurs « *se donne pour mission d'instaurer un nouvel ordre moral fondé sur la justice et l'équité*⁴³ ». Autrement dit, « *se définissant comme une finance dont les principes découlent du Coran et de la tradition prophétique, la finance islamique va intégrer les domaines de l'éthique et des valeurs morales au sein de sa réflexion*⁴⁴ ».

« However, Shari'ah is not contained in a single code which can be referred to when necessary, but constitutes rather the body of religious and legal teaching gleaned from a

³⁷ Entretien avec Maître INES WOUTERS, le 7 août 2013, à Bruxelles.

³⁸ R. COULOMB, *op. cit.*, p. 255.

³⁹ A. A. AHMED, V. F. MOGHUL, « Contractual forms in Islamic finance law and Islamic Inv. Co. Of the Gulf (Bahamas) LTD. V. Symphony Gems N. V. &ors. : A first impression of Islamic finance », *Fordham Int'l L. J.*, 2003, vol. 27, 158.

⁴⁰ A. LEMEUX, « Le règlement « Rome I » et le contrat de finance islamique : un accueil uniforme, une application multiforme ? », *Euredia*, 2009, liv. 3, p. 388.

⁴¹ E. RICHARDSON, « The Shari'ah prohibition of interest », *Trinity C. L. Rev.*, 2008, vol. 11, 80.

⁴² I. KARICH, « Le marché de la finance islamique : le cas du crédit immobilier », *RBF*, 6/2007, pp. 352-353.

⁴³ A. ABDALLAH, « Un nouveau concept dans le paysage bancaire et financier : la finance islamique », *Actualités du droit bancaire*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 95.

⁴⁴ I. KARICH, « La finance islamique, lorsque l'argent et la religion font bon ménage », *RBF*, 4/2004, p. 226.

number of different sources^{45 46} ». Ces différentes sources se distinguent en deux groupes principaux ; les sources premières comprenant le Livre sacré du Coran et la *Sunna* et les sources juridiques dérivées comprenant l'*Idjma*, les *Hiyal*, l'*Idjtihad*, les *Kiyas* et l'*Ikhtiyar*⁴⁷.

La finance islamique est régie par quelques principes moraux qui semblent, de prime abord, être aux antipodes de ceux que l'on côtoie habituellement en matière financière. Ce phénomène s'explique, notamment, par le fait que la conception même de la notion « d'argent » au sein de la finance islamique est tout à fait différente de celle qu'utilise le système financier conventionnel. En effet, « *l'Islam reconnaît le rôle essentiel de la monnaie au sein des activités financières mais ne lui attribue qu'un motif de transaction*⁴⁸ ». L'argent n'est donc pas considéré comme une « *valeur réelle*⁴⁹ » en tant que telle. Et c'est à cet endroit précis que réside toute la différence. « *Islamic Finance means conducting finance in accordance with the principles of Islam. Making money is permissible – to be encouraged even – but it must be made in a principled way*^{50 51} ».

1. Interdiction de l'intérêt

S'il existe un principe connu, de manière générale, des populations occidentales, c'est bien celui-là. De fait, il apparaît souvent que la finance islamique soit réduite à ce principe, certes, majeur et non des moindres, mais non unique pour autant⁵². Cependant, il semble que les connaissances du peuple européen en la matière se résument, souvent, à la règle du « *Ribâ* ». Ce phénomène peut se comprendre et s'expliquer, très aisément, étant donné le fait qu'il constitue une différence considérable avec la conception européenne du système économique et financier attendu que ce principe entend prohiber tout « *enrichissement basé uniquement sur l'écoulement du temps*⁵³ ». De plus, cette norme, trouvant son origine dans le

⁴⁵E. RICHARDSON, « The Shari'ah prohibition of interest », *op. cit.*, 82.

⁴⁶ Traduction personnelle : « Cependant, la Charia n'est pas contenue dans un code unique qui peut être mentionné si nécessaire mais constitue plutôt le corps de l'enseignement religieux et légal qui provient de sources différentes ».

⁴⁷ S. M. NIZAMI, « Islamic finance: The United Kingdom's drive to become the global Islamic finance hub and the United States' irrational indifference to Islamic finance », *Suffolk Transnat'l L. Rev.*, 2011, vol 34 : 1, 221-223.

⁴⁸ I. KARICH, « La finance islamique, lorsque l'argent et la religion font bon ménage », *op. cit.*, p. 226.

⁴⁹ I. KARICH, *Le système financier islamique de la religion à la banque*, Cahiers financiers, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 40.

⁵⁰ O. AGHA, « Islamic finance: Principle before profit », *Berkerly J. Middle E. & Islamic L.*, 2009, vol. 2 :1, 126.

⁵¹ Traduction personnelle : « La finance islamique signifie qu'elle respecte les principes de l'Islam. Gager de l'argent est autorisé – peut même être encouragé – mais cela doit être fait en accord avec ces principes ».

⁵²F. B. NADER, « The legal structure of Islamic finance and privatization », *Y. B. Islamic & Middle E.*, 1996, 32.

⁵³ J-M. MOULIN, « La finance islamique : nouveau paradigme de la finance française ? », *Les défis actuels du droit financier*, Paris, Joly éditions, Lextenso éditions, 2010, p. 491.

Coran lui-même, est vue comme le noyau dur de tout le système financier islamique⁵⁴, son importance est, donc, considérable.

Ce premier pilier de la finance islamique « *trouve son origine dans le verbe arabe raba qui signifie augmenter et faire accroître une chose à partir d'elle-même*⁵⁵ ».

I. Karich résume parfaitement l'essence même de la différence qu'il y a, à priori, lieu de mettre en évidence entre les deux systèmes financiers qui nous occupent. Cette auteure explique très précisément les raisons des divergences si considérables que l'on peut épingle entre ces deux systèmes, ainsi que les fondements d'un tel principe, en indiquant que ce qui les distingue essentiellement, « *c'est la conception qu'ils ont du travail et du capital. L'argent et la richesse en Islam sont et doivent rester, contrairement à la pensée dominante, un moyen et non une fin. Ceci rejoint l'orientation de l'économie islamique vers la réalisation de ses objectifs, c'est-à-dire une justice socio-économique conduisant vers la réussite tant individuelle que sociale. Et toute fructification d'un capital quelconque, toute acquisition d'une richesse, supplémentaire doit impérativement provenir du déploiement d'un effort, qu'il soit individuel ou collectif, d'un échange, d'un don ou encore d'un héritage*⁵⁶ ». En outre, « *la monnaie a comme principal objectif de faciliter l'échange, elle doit [donc] pouvoir librement être dépensé et circuler à cet effet. Si on considère que la monnaie peut elle-même avoir une valeur ajoutée matérialisée par l'intérêt, cela incite les détenteurs de capitaux à accumuler leurs revenus, ce qui limitera l'activité économique et la circulation de l'argent sur le marché et viendrait à l'encontre de son rôle originel*⁵⁷ ». À côté de cela, J. Charbonnier⁵⁸ met en avant un autre fondement justifiant la prohibition de l'intérêt au sein de la finance islamique qui est celui de la protection du débiteur.

Dès lors, à partir de l'instant, où l'on garde en tête les objectifs de la finance islamique, imprégnés de l'éthique et des valeurs morales, il est réellement aisé de comprendre les raisons d'être des principes qu'elle véhicule malgré leurs différences, parfois extrêmes, avec le système financier conventionnel et à fortiori, de comprendre qu'en vertu de ces objectifs, cette finance interdit, presque logiquement, tout enrichissement injustifié ou sans

⁵⁴ I. A. PERVEZ, « Islamic finance », *Arab L. Q.*, 1990, 262.

⁵⁵ M. EL-GAMAL, *Finance islamique. Aspects légaux, économiques et pratiques*, Bruxelles, De Boeck, 2010, p. 77.

⁵⁶ I. KARICH, *Le système financier islamique de la religion à la banque*, op. cit., p. 29.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 41.

⁵⁸ J. CHARBONNIER, *Islam : Droit, Finance et Assurance*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 41.

cause entendu comme une manière de « *recevoir un quelconque avantage monétaire sans en donner une contre-valeur adéquate*⁵⁹ ». Cette contre-valeur peut prendre diverses formes aussi nombreuses que variées tant que cette dernière est, bel et bien, présente au sein des transactions financières. Il peut s'agir, par exemple, de la fourniture d'un quelconque travail ou d'un effort mais aussi de l'acceptation, dans le chef des parties, de l'endossement d'un certain risque. Partant, toute transaction qui ne se justifie pas, par une pareille contre-valeur, est interdite. Le principe du *ribâ* constitue donc une limite à la liberté des parties⁶⁰.

Il est essentiel de préciser qu'au regard de la finance islamique, tout intérêt est prohibé, peu importe son taux faible par le fait même qu'il constitue une forme d'enrichissement sans cause. De ce fait, « *le taux d'intérêt pratiqué par les banques conventionnelles, en tant qu'il représente le loyer de l'argent, est donc considéré par la charia comme une nouvelle forme raffinée de riba [...] est par conséquent formellement interdit*⁶¹ ».

2. Interdiction de l'aléa ou de l'incertitude

Aussi connu sous le terme de « *gharar* », ce second pilier de la finance islamique est défini comme « *la vente d'objets dont l'existence et les caractéristiques ne sont pas certaines, étant donné le risque qui accompagne cette probabilité, et qui soumet la validité de la transaction à des conjectures*⁶² ».

Ce principe est, dès lors, lié à la notion d'équilibre des prestations entre les parties au sein d'une transaction financière et aux contrats aléatoires entendus comme des contrats « *dans lesquels la prestation due par l'une des parties dépend d'un évènement incertain et il en résulte l'impossibilité de savoir par avance s'il y aura perte ou profit*⁶³ ». En vertu de celui-ci, les transactions qui reflètent une incertitude beaucoup trop excessive, sont prohibées⁶⁴.

En raison de ce principe, les parties doivent, au moment de la conclusion du contrat qui les occupe, se trouver sur un pied d'égalité et connaître avec exactitude les termes et

⁵⁹I. KARICH, *Le système financier islamique de la religion à la banque*, op. cit., p. 32.

⁶⁰J. CHARBONNIER, op. cit., p. 39.

⁶¹A. ABDALLAH, op. cit., p. 98.

⁶²I. KARICH, *Le système financier islamique de la religion à la banque*, op. cit., p. 44.

⁶³A. ABDALLAH, op. cit., p. 99.

⁶⁴B. KHAN & E. A. CROWNE-MOHAMMED, « The value of Islamic Banking in the current financial crisis », *Rev. Banking & Fin.*, 2009-2010, vol. 29, 451.

caractéristiques de ce dernier (tels que le prix ou encore l'objet du contrat), ainsi que les obligations qui incombent à chacune d'entre elles, en cours d'exécution du contrat. Ces obligations ne peuvent, en aucun cas, dépendre d'un événement incertain, indépendant de la volonté des parties⁶⁵. Qui plus est, aucune des parties au contrat ne peut user de la faiblesse ou de la position désavantageuse de son cocontractant afin d'en tirer un quelconque profit. En effet, rappelons qu'en conséquence fondements de la finance islamique, le profit dont jouit une personne ne peut être le résultat que d'un travail, d'un effort ou d'un don⁶⁶.

3. Interdiction de la spéculation

Dans le même esprit que le principe précédent, le troisième pilier de la finance islamique ou « *Maysir* » interdit les jeux de hasard par le fait même que les parties n'ont aucunement la mainmise sur la réalisation ou non d'un quelconque profit⁶⁷. De plus, s'il est généré, le profit ne représente point du tout la contre-valeur d'un travail ou d'un effort effectué par celui qui en bénéficie mais du plus simple des hasards. Pour ces raisons, le droit musulman prohibe toute forme de spéculation⁶⁸.

4. Investissement dans des domaines licites

Un quatrième pilier de la finance islamique consiste à ne considérer comme valables et licites que les investissements dans des domaines dits « *Halal* » ou littéralement, conformes à la Loi islamique ; la Charia, par opposition à certains domaines dits « *Haram* » tels que⁶⁹ les casinos, le tabac, les vins, la pornographie ou encore, le jeu, l'industrie de l'armement, le commerce du corps, l'alcool, le porc, les banques conventionnelles, les sociétés fortement endettées⁷⁰.

Afin de mettre en œuvre ce principe correctement dans la pratique, ont été développées certaines méthodes de filtrage, pratiquées par l'*Islamic Dow Jones*⁷¹. Celles-ci permettent de mettre en évidence les domaines qui n'entrent pas en conflit avec le principe précité et qui à fortiori, doivent être considérés comme licites au regard, notamment, de la nature de l'industrie en cause et de leurs ratios financiers.

⁶⁵ J-M. MOULIN, *op. cit.*, p. 492.

⁶⁶ A. ABDALLAH, *op. cit.*, p. 99.

⁶⁷ N. H. D. FOSTER, « Islamic finance law as an emergent legal system », *Arab L. Q.*, 2007, vol. 21, 171.

⁶⁸ J-M. MOULIN, *op. cit.*, p. 492.

⁶⁹ A. ABDALLAH, *op. cit.*, p. 100.

⁷⁰ J-M. MOULIN, *op. cit.*, p. 492.

⁷¹ A. ABDALLAH, *op. cit.*, p. 100.

5. Partage de Profits et des Pertes

Ce dernier pilier, et non des moindres, de la finance islamique se situe, tout logiquement, dans le prolongement de tous les autres principes que nous avons abordés antérieurement et traduit, une fois de plus, sa volonté d'être un système participatif⁷² au sein duquel aucune partie aux transactions ne peut jouir d'un quelconque profit ou avantage sans user de sa force de travail ou bien encore, sans en assumer le moindre risque. Chacune des parties se situe sur un pied d'égalité et doit assumer pleinement la charge des risques qui est, par conséquent, répartie de manière équitable et juste entre elles.

Autrement dit, en vertu du principe de Partage de Profits et des Pertes, plus communément appelée la règle des « 3P », *« le prêteur et l'emprunteur vont entrer dans une véritable association, caractérisée par la symétrie entre les participants des risques de perte et un partage des profits générés par le projet proposé par l'emprunteur dans lequel le détenteur de fonds va s'investir »*⁷³.

Ce principe apparaît souvent comme novateur puisqu'il ne connaît pas réellement d'égal au sein du système financier conventionnel qui est le nôtre. Pour cette raison, il est généralement difficile, au premier abord, pour les citoyens européens, de se rendre compte avec exactitude des implications que le principe entraîne mais aussi des avantages considérables qu'il peut véhiculer. Les avantages d'un pareil système seront abordés ultérieurement dans le cadre du troisième titre et plus précisément, de notre chapitre consacré à la finance islamique en Belgique.

En ce qui concerne les implications pratiques d'un tel principe au sein du système financier, celles-ci sont diverses et variées. De manière générale, la conséquence la plus considérable réside dans le fait que *« le transfert du risque avec le capital emprunté ne se fera pas »*⁷⁴. Nous nous appliquerons à détailler, précisément, les effets de la règle des 3P en abordant maintenant les différents contrats de base autorisés dans le cadre de la finance islamique tels que le *Musharakah* et la *Mudarabah* (Titre II).

⁷² I. KARICH, « La finance islamique, lorsque l'argent et la religion font bon ménage », *op. cit.*, p. 227.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ I. KARICH, *Le système financier islamique de la religion à la banque*, *op.cit.*, p. 32.

TITRE II. LA SPECIFITE RELIGIEUSE DE LA FINANCE

ISLAMIQUE

Il peut être intéressant de se demander si le fait d'incorporer des principes éthiques et moraux au sein de la sphère financière suscite des conséquences néfastes pour les individus qui y gravitent et partant, si l'instauration de cet ordre moral considérable conduit à réduire certaines de leurs libertés fondamentales.

Dans le cadre de ce titre, nous tenterons de mettre en exergue les éléments spirituels qui permettent de singulariser la banque islamique en nous demandant à quel endroit réside réellement l'aspect « islamique » de cette façon particulière de « faire la banque ». Pour ce faire, nous nous intéresserons aux contrats de base proposés par la banque islamique, avant de porter une attention accrue à la situation spécifique de son personnel, en le confrontant à celui des entreprises dites de « tendance », et à sa clientèle.

Chapitre 1. Les principaux contrats de base respectant les préceptes de l'Islam

Au cours des développements antérieurs, nous avons appris que le système financier islamique est régi par cinq grands principes dont le respect entraîne d'importantes implications pratiques et qui, de surcroît, dérogent aux principes financiers qui nous sont familiers. Pour cette raison, la finance islamique n'a pu se contenter d'importer les contrats de base qui sont d'application au sein de notre système conventionnel mais a été, tout logiquement, contrainte de mettre en œuvre de nouveaux contrats ou outils juridiques respectant les préceptes édictés par la Loi islamique et à plus forte raison, les cinq principes applicables à son système financier.

Section 1. Les conditions de validité des conventions

En droit belge, nous connaissons, d'un point de vue statique, quatre conditions de validité des contrats, en vertu des articles 1108 et suivants du code civil, qui sont le consentement, la capacité, l'objet et la cause.

Sur ce point, le droit musulman ne semble vraisemblablement pas trop s'écarter de ce qui est de rigueur au sein de notre ordre juridique interne. En effet, à l'instar du droit belge, les parties doivent jouir de leur capacité juridique ; les personnes incapables sont ceux « *dont on peut craindre qu'elles fassent preuve d'une maturité intellectuelle insuffisante [ou] que leur état les fasse présumer mal disposées envers la communauté voire hostiles à celle-ci*⁷⁵ ». En outre, l'objet de la transaction doit être licite et partant, conforme à la Charia mais également « *être susceptible d'une livraison et pouvoir être déterminée d'une manière à la fois claire et précise dans son essence, sa quantité et sa valeur*⁷⁶ ». Enfin, les parties doivent marquer leur consentement de manière éclairée lors de toute transaction financière, « *excluant tout esprit de fausseté*⁷⁷ ».

Soulignons qu'en droit musulman, une limite à la liberté contractuelle, applicable au domaine financier et qui diffère, à cet égard, du droit belge, trouve son fondement dans l'application et le respect des cinq principes qui chapeautent la finance islamique et que nous avons explicités lors de notre premier chapitre. Rappelons, en effet, que les musulmans se doivent d'appliquer les prescrits religieux (issus de la Loi islamique) dans tous les domaines de la vie, incluant, par conséquent, celui de la finance.

Section 2. Murabahah

Précisons d'emblée que l'ensemble des contrats que nous allons aborder sont à la fois normés par la tradition doctrinale mais se doivent également d'être conformes aux législations des différents Etats membres⁷⁸. En effet, nous aborderons, dans le cadre du second chapitre du titre III, la manière dont les Etats membres de l'Union européenne réceptionnent les contrats de finance islamique.

Le contrat de Murabahah est le plus important des activités financières islamiques. Il s'apparente, de manière générale, abstraction faite des différences que nous ne manquerons pas de mettre en exergue, à la vente à tempérament que l'on a l'habitude de côtoyer au sein de notre système conventionnel et que la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation⁷⁹ définit en son article 1, 9° comme étant « *tout contrat de crédit, quelle que*

⁷⁵ J. CHARBONNIER, *op. cit.*, p. 37

⁷⁶ J.-M. MOULIN, *op. cit.*, p. 492.

⁷⁷ J. CHARBONNIER, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁸ Entretien avec Maître INES WOUTERS, le 7 août 2013, à Bruxelles.

⁷⁹ Loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 9 juillet 1991. La loi a été modifiée par une loi du 24 mars 2003, *M.B.*, 2 mai 2003.

soit sa qualification ou sa forme, qui doit normalement emporter acquisition de biens meubles corporels ou prestations de services, vendus par le prêteur ou l'intermédiaire de crédit, visé à l'article 1er, 3°, alinéa 2, et dont le prix s'acquitte, par versements périodiques, en trois paiements au moins, en ce non compris l'acompte ».

Si l'on s'en réfère aux principes qui constituent le socle de base du système financier islamique, nous nous rappelons que l'argent ne peut, en aucun cas, être considéré comme une valeur en soi et qu'en outre, une chose ne peut nullement générer un profit à partir d'elle-même. Partant de ces généralités, il est aisé de comprendre que le contrat de vente à tempérament tel que nous le connaissons ne peut être appliqué de façon identique au sein de la finance islamique et que, par conséquent, des différences considérables sont à mettre en évidence.

El Gamal définit ce contrat comme étant « *une vente à terme qui permet au client d'effectuer un achat sans avoir à contracter un emprunt portant intérêt (vente comprenant une marge clairement convenue entre les parties)*⁸⁰ ».

En effet, dans ce type particulier de contrat, « *plutôt que de demander un crédit directement à une banque, le client va se voir revendre le bien au prix d'acquisition plus une certaine marge bénéficiaire fixée au préalable, et règlera le paiement du bien en déferé, soit en une fois à un délai déterminé, soit par versements réguliers*⁸¹ ».

Par ce procédé, la banque finance donc le bien qui constitue l'objet principal du contrat, en devient propriétaire, dans la première phase du contrat et le revend au prix d'acquisition au client, moyennant, cependant, une majoration de prix⁸². Soulignons que cette majoration n'est pas à assimiler à un taux d'intérêt conventionnel mais plutôt à une sorte de commission et *in fine*, ne doit pas être considérée comme contraire à la Loi islamique et les principes qui en découlent puisque dans ce cas-ci, la banque achète le bien qu'elle revend ensuite ; la majoration de prix constituant, par conséquent, le risque que la banque accepte de supporter en devenant, dans un premier temps, propriétaire du bien qui forme l'objet du contrat ultérieur. Ce qui rend la majoration de prix tout à fait licite et acceptable. Cependant, J-M Moulin⁸³, bien qu'il reconnaisse que ce procédé parvient à mettre en application concrète

⁸⁰ M. EL-GAMAL, *La banque et la finance islamiques*, Bruxelles, De Boeck, 2012, p. 54.

⁸¹ I. KARICH, *Le système financier islamique de la religion à la banque*, *op. cit.*, p. 55.

⁸² B. GOHAR, « Islamic finance: alternatives to the western model », *Fletcher F. World Aff.*, 1999, vol. 23 :1, 153.

⁸³ J-M. MOULIN, *op. cit.*, p. 493.

la prohibition de l'intérêt, considère, tout de même, qu'il subsiste un problème par le fait même que la majoration de prix est plus importante lorsque le délai de paiement est plus long. Sur ce point, nous rencontrons l'opinion de l'auteur en ce que cela semble aller à l'encontre du principe qui considère que le profit ne peut être généré par le seul fait de l'écoulement du temps. Cependant, ce phénomène s'explique, de notre point de vue, par le fait que la banque (ou tout autre financier islamique) continue de supporter une certaine charge des risques tant que le bien qu'elle a financé n'est pas entièrement payé par l'investisseur.

K. Jouaber-Snoussi met en avant le fait que ce contrat est parfois assimilé à « *emprunt classique déguisé* » par le fait que « *les banques islamiques utilisent souvent des taux d'intérêt du marché monétaire comme référence lors du calcul de leur marge bénéficiaire*⁸⁴ ». I. Wouters⁸⁵ affirme, quant à elle, que l'on ne peut, en effet, nier l'existence d'un intérêt dans le cadre du contrat précité. Toutefois, elle avance qu'il ne peut s'apparenter à celui que l'on connaît au sein de la finance conventionnelle et précise qu'une différence considérable réside dans le fait que tous les mécanismes financiers islamiques ont l'avantage d'être encadrés par des principes qui leur servent, en quelque sorte, de garde-fous, et qui déterminent les limites de ce qu'il est possible de faire ou non. Dès lors, si, au premier rang, les choses semblent matériellement être identiques, il n'en reste pas moins que tel n'est pas le cas au niveau juridique. Cet avis est confirmé par celui R. Coulomb⁸⁶ qui indique que « *l'Islam ne conteste pas le principe de la rémunération d'un prêt, mais impose que les risques, les bénéfices (ou les pertes) soient répartis de façon équitable, que toute transaction soit garantie par un actif tangible et identifiable et que l'incertitude ne soit pas prise en compte* ».

En outre, une autre différence avec la vente à tempérament du système conventionnel trouve son fondement dans l'élément qui constitue l'objet du contrat. Alors que dans le crédit conventionnel, l'objet n'est autre que l'argent qui est prêté par la banque à son client, l'objet du contrat de Murabaha, quant à lui, est formé par le bien lui-même en ce que l'argent n'a pas de valeur en soi, au sein de la finance islamique⁸⁷. En réalité, il n'y a pas d'emprunt d'argent, en tant que tel⁸⁸.

⁸⁴ K. JOUABER-SNOUSSI, *La finance islamique*, Paris, La Découverte, 2012, p. 22.

⁸⁵ Entretien avec Maître INES WOUTERS, le 7 août 2013, à Bruxelles.

⁸⁶ R. COULOMB, *op. cit.*, p. 256.

⁸⁷ I. KARICH, « Le marché de la finance islamique : le cas du crédit immobilier », *op. cit.*, p. 353.

⁸⁸ K. JOUABER-SNOUSSI, *op. cit.*, p. 22.

Enfin, en cas de non-remboursement par le consommateur, en cours d'exécution du contrat, celui-ci ne peut, en aucun cas, être soumis à des pénalités ; la marge bénéficiaire étant définie initialement et ne pouvant être modifiée ultérieurement.⁸⁹ Dans notre système conventionnel, l'article 27bis de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation réglemente de manière stricte les sanctions en cas de non-respect de remboursement et prévoit, notamment, l'hypothèse des pénalités.

Section 3. Salam

Ce contrat est une « *vente dont le prix est prépayé alors que les biens ne sont livrés qu'à une date ultérieure (vente à terme islamique)*⁹⁰ »

D'emblée, ce contrat semble aller à l'encontre du principe du « gharar » et des conditions de validité des conventions applicables au sein de la finance islamique en ce qu'il laisse subsister un certain aléa au détriment de l'acheteur qui ne recevra son bien que dans le futur alors qu'il en a déjà payé le prix comptant. En effet, étant donné que le bien est livré postérieurement à la conclusion du contrat, rien n'indique que celui-ci existe, bel et bien, au moment de la livraison. Pour l'acheteur, cela fait donc courir un risque supplémentaire lié au hasard, normalement prohibé par la Loi islamique.

Ce type particulier de convention est, toutefois, justifié par la volonté du prophète Mahomet désireux, à l'origine, d'aider les agriculteurs⁹¹. Il n'en demeure pas moins que pour qu'il puisse être considéré comme valide, le contrat qui nous occupe doit remplir un certain nombre de conditions⁹² permettant de contrebalancer le risque lié à l'aléa. En effet, bien qu'il soit livré à une date postérieure à la conclusion du contrat, le bien qui en constitue l'objet doit pouvoir, dès le départ, être défini, de manière précise, en termes de prix, de quantité et de qualité. Au regard de ces éléments, nous pouvons, effectuer un parallèle avec les articles 1108 et 1129 du code civil en vertu desquels l'objet du contrat doit être déterminé ou à tout le moins, déterminable et qui partant, autorisent que le contrat puisse avoir pour objet une chose future⁹³. En outre, les parties doivent convenir de la date de livraison⁹⁴ qui doit être

⁸⁹*Ibid.*

⁹⁰ M. EL-GAMAL, *La banque et la finance islamiques*, op. cit., p. 55.

⁹¹ A. ABDALLAH, op. cit., p. 103.

⁹²*Ibid.*, p. 104.

⁹³C. civ., art.1130, al. 1.

absolument respectée par ces dernières. Enfin, « *la vente par salam ne peut se faire sur un objet qui existe déjà, car les dommages et la détérioration du bien ne peuvent pas être assurés avant sa livraison*⁹⁵ ».

L'opération *salam* est relativement proche de la vente à terme en conséquence de laquelle « *le vendeur s'engage à livrer l'actif sous-jacent à une date future fixée d'avance, en même temps que l'acheteur s'engage à en payer le prix à la réception*⁹⁶ ».

Une variante de ce contrat est celle de l'*Istisna* définie comme « *le contrat d'entreprise dont le prix est payé avant la construction et la fourniture des biens*⁹⁷ » Dans ce contrat, le bien ne doit pas absolument être payé comptant au moment de la conclusion mais peut l'être au fur et à mesure de l'avancement de l'exécution du contrat, selon la volonté des parties, comme tel est le cas dans le cadre d'un contrat d'entreprise traditionnel.

Les parties se mettent, préalablement, d'accord sur le prix de vente ainsi que sur le travail à accomplir et *in fine*, si l'acheteur n'en est pas satisfait, celui-ci a la possibilité de mettre unilatéralement fin à la convention^{98 99}. À ce sujet, la jurisprudence belge définit la nature de l'obligation, de moyen ou de résultat, qui pèse sur l'entrepreneur au regard de l'aléa qui entoure l'exécution de la prestation et de son degré de spécialisation¹⁰⁰.

Au surplus, les prestations confiées à l'industriel, doivent vraisemblablement, être conformes aux principes éthiques issus de la Charia. Notre jurisprudence¹⁰¹, requiert des prestations confiées à un entrepreneur qu'elles puissent être qualifiées de « licites ». Ce type particulier de contrat s'apparente, donc, à plusieurs égards, à l'hypothèse visée par l'article 1779, 3° de notre code civil.

⁹⁴I. KARICH, *Le système financier islamique de la religion à la banque*, op. cit., p. 59.

⁹⁵*Ibid.*

⁹⁶K. JOUABER-SNOUSSI, op. cit., p. 18.

⁹⁷M. EL-GAMAL, *La banque et la finance islamiques*, op. cit., p. 54.

⁹⁸K. JOUABER-SNOUSSI, op. cit., pp. 18-19.

⁹⁹On vise, en droit belge, la responsabilité de l'entrepreneur pour vice caché qui doit être invoquée, par le maître de l'ouvrage, en temps utiles (Cass., 15 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1068 ; Cass., 8 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 921).

¹⁰⁰Liège, 22 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1205.

¹⁰¹L. SIMONT, J. DE GAVRE et P. A FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991) : les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1999, p. 795.

Section 4. Ijara

Il s'agit par définition d'un contrat « *dans lequel le bailleur (propriétaire) met en leasing un bien ou un équipement à un de ses clients pour une redevance et une période déterminées lors de la conclusion du contrat. Le droit de propriété du bien mis en leasing reste aux mains du bailleur*¹⁰² ».

Nous l'aurons compris, ce contrat ressemble à celui de leasing que nous connaissons au sein de notre ordre juridique interne. En effet, « *it is a combination of leasing movable or immovable properties with granting the lessee an option of eventually acquiring the object of the lease*¹⁰³¹⁰⁴ ».

Néanmoins, certaines différences caractéristiques sont à mettre en lumière. De fait, toute sanction applicable en cas de non-paiement, par le locataire, des sommes dues, doit être déterminée, au préalable, lors de la conclusion du contrat. Les intérêts ou pénalités de retard étant prohibés par la loi islamique¹⁰⁵. En outre, le bailleur conserve la propriété du bien durant toute la durée du contrat¹⁰⁶.

Section 5. Musharakah

Les deux contrats que nous abordons, à présent, sont des types de « *financements participatifs [qui] s'apparentent à du capital-risque*¹⁰⁷ ».

Mieux connu sous l'appellation de « *partnership*¹⁰⁸ », le contrat de Musharakah est « *un accord de partenariat entre deux parties ou plus afin de financer une affaire commerciale et dans lequel toutes les parties font un apport en cash ou en nature. Les profits sont répartis en fonction d'un ratio prédéterminé alors que les pertes sont réparties en fonction de l'apport en capital effectué*¹⁰⁹ ».

Il s'agit donc d'une association qui traduit et met en œuvre, avec excellence, le principe de partage de profits et des pertes qui veut que toutes les parties associées, incluant

¹⁰² M. EL-GAMAL, *La banque et la finance islamiques*, op. cit., p. 53.

¹⁰³ F. B. NADER, « The legal structure of Islamic finance and privatization », op. cit., 35.

¹⁰⁴ Traduction personnelle : « Il s'agit d'une combinaison entre la location de biens mobiliers ou immobiliers avec la possibilité laissée au locataire d'acquérir l'objet du contrat de location ».

¹⁰⁵ J-M. MOULIN, op. cit., p. 493.

¹⁰⁶ I. KARICH, *Le système financier islamique de la religion à la banque*, op. cit., p. 57.

¹⁰⁷ K. JOUABER-SNOUSSI, op. cit., p. 23.

¹⁰⁸ O. AGHA, « Islamic finance : Principle before profit », op. cit., 131.

¹⁰⁹ M. EL-GAMAL, *La banque et la finance islamiques*, op. cit., p. 54.

donc la banque, soient placées sur un pied d'égalité et qu'elles ne puissent tirer avantage que de leur force de travail, essentiellement.

Ce contrat peut être mis en parallèle avec un accord de coopération égalitaire qui nous est familier ; la *joint-venture* et qui vise « *un accord de coopération à long terme conclu entre deux (ou plus) entreprises juridiquement et économiquement indépendantes et qui a pour objet la mise en commun de moyens en vue de la réalisation d'un projet conjoint prédéfini*¹¹⁰ ».

Section 6. Mudarabah

Ce contrat est un « *limited partnership*¹¹¹ » qui s'apparente à un « *partenariat d'investissement afin de financer un commerce. Les parties sont [...] un investisseur qui apporte uniquement le capital et un mudarib ou entrepreneur qui gère le projet. Si l'affaire est rentable, les profits sont distribués en fonction d'un ratio prédéterminé. S'il y a des pertes, ces dernières sont uniquement supportées par l'apporteur du capital*¹¹² ».

Tout comme le contrat de *Musharakah*, ce contrat est une illustration de l'application concrète de la règle des 3P. En effet, « *à la fin du contrat, les bénéfices engrangés sont partagés entre les deux parties prenantes selon un ratio de partage convenu à l'avance lorsque l'investisseur a recouvré son capital et que les frais de gestion de l'entrepreneur ont été acquittés*¹¹³ ».

K. Jouaber-Snoussi¹¹⁴ relève trois problèmes majeurs d'agence liés à ces deux formes particulières de convention. Tout d'abord, l'asymétrie d'information qui existe entre le banquier et l'entrepreneur qui dissimule certains éléments considérables du projet. Ensuite, la sélection adverse qui est une conséquence logique du manque d'information dont bénéficie le banquier et qui ne connaît, par conséquent, pas la qualité du gestionnaire auquel il accorde son financement. Enfin, le problème lié à l'aléa moral qui réside dans le chef de l'entrepreneur, une fois le financement accordé. L'auteur précise que pour pallier ces risques, le banquier doit mettre en place un système de surveillance qui conduit, tout logiquement, à une augmentation des coûts auxquels il est confronté ; les coûts d'agence.

¹¹⁰Y. DECORT, C. DELFORGE, T. LEONARD et Y. POULLET, *Manuel de droit commercial*, Limal, Anthemis, 2011, p. 324

¹¹¹O. AGHA, « Islamic finance : Principle before profit », *op. cit.*, 13.

¹¹²M. EL-GAMAL, *La banque et la finance islamiques*, *op. cit.*, p. 54.

¹¹³K. JOUABER-SNOUSSI, *op. cit.*, p. 23.

¹¹⁴*Ibid.*, p. 25.

« Mudaraba and musharaka are similar in regards to splitting profits on a predetermined formula, but only the party providing financial capital in a mudaraba bears all the losses^{115 116} ».

Section 7. Sukuks

Les contrats que nous venons d'énumérer ne sont pas les seules manières pour la finance islamique de récolter des fonds. En effet, il existe, également, des obligations islamiques appelées les *sukuks*. *« Ce sont des titres représentant pour leur titulaire un titre de créances ou un prêt 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 » ou produits assimilés¹¹⁷ ».* Ces titres représentent des montants colossaux puisqu'ils se chiffrent en milliards de dollars. En effet, Standard&Poor's indiquait qu'en 2008, les *sukuks* étaient évalués à plus de 70 milliards de dollars¹¹⁸.

Précisons qu'à côté de l'ensemble des contrats que nous venons d'aborder, il existe également des instruments de bienfaisance qui sont *« des contrats conclus entre les individus et la société afin de promouvoir le bien-être général. Leur application s'étend aussi à l'intermédiation financière¹¹⁹ ».* Parmi ces instruments, nous retrouvons l'un des cinq piliers de l'Islam, à savoir, l'impôt religieux ou l'aumône que l'on nomme plus communément *« zakat »* qui conduit à une répartition équitable des richesses ainsi qu'à la mise en œuvre de l'aide des sociale de la population¹²⁰.

Au regard des éléments que nous avons pu inventorier, tout au long des développements précédents, nous pouvons, de prime à bord, considérer que la spécificité religieuse de la finance islamique réside, indéniablement, dans le fait qu'elle est régie par cinq principes majeurs, issus de la Charia et qui mettent en œuvre la volonté divine dans le cadre de la sphère particulière qu'est celle du domaine bancaire et financier. Ceux-ci se répercutent, inévitablement, sur l'ensemble des instruments financiers dont elle use, comme nous avons pu

¹¹⁵S. M. NIZAMI, « Islamic finance: The United Kingdom's drive to become the global Islamic finance hub and the United States' irrational indifference to Islamic finance », *op. cit.*, 226.

¹¹⁶ Traduction personnelle : « Mudaraba et Musharaka sont semblables du point de vue de la répartition des bénéfices selon une formule prédéterminée. Une différence réside dans le fait que dans le Murabaha, seule la partie qui a fourni le capital, supporte les pertes ».

¹¹⁷ J-M. MOULIN, *op. cit.*, p. 494.

¹¹⁸ B. NEUMANN et S. VANDENDOOREN, « L'Europe fait les yeux doux à la finance islamique », *Trends-Tendances*, 12 mars 2009, p. 33.

¹¹⁹ K. JOUABER-SNOUSSI, *op. cit.*, pp. 26-27.

¹²⁰I. A. PERVEZ, « Islamic finance », *op. cit.*, 261.

le constater précédemment, ce qui a pour conséquence de leur conférer, également, une référence religieuse. En effet, comme nous l'avons remarqué, la finance islamique ne s'est pas contentée de reprendre, tels quels, les instruments issus de la finance conventionnelle mais les a plutôt adaptés afin que ceux-ci répondent et soient conformes aux prescrits religieux islamiques. Ces adaptations n'empêchent, cependant, pas que l'on puisse déceler, de temps à autre, quelques similitudes non-négligeables avec les outils juridiques propres à la banque et à la finance conventionnelles.

Chapitre 3. Le personnel de la banque islamique

Dans le cadre du recrutement de son personnel, l'employeur de la banque islamique a-t-il la faculté de prendre en compte les convictions personnelles, philosophiques ou religieuses, des candidats à l'embauche et partant, de leur refuser l'accès à l'entreprise si celles-ci vont à l'encontre des siennes ? À plus forte raison, l'employeur peut-il, en cours d'exécution du contrat de travail, licencier l'un ou l'autre de ses travailleurs s'il se rend compte, postérieurement à la conclusion du contrat, que les convictions personnelles de ces derniers sont en contradiction avec celles défendues et mises en œuvre par la banque ? Autrement dit, est-ce que l'élément « religieux » de la banque islamique et qui la distinguerait, incontestablement, de toute autre banque conventionnelle, réside dans le fait que son personnel est ou doit être musulman et par conséquent, ne peut faire usage de sa liberté de pensée, de conscience et de religion ou bien encore de son droit à la vie privée ? Voici un aperçu des diverses questions que nous pouvons nous poser à ce stade et auxquelles nous nous attellerons à répondre au cours des prochains développements.

À priori, il apparaît judicieux de considérer que la réponse à apporter à ces différentes questions pertinentes dépend de la qualification qu'il y a lieu d'attribuer à la banque islamique. En effet, les effets juridiques qui en découlent sont de nature différente selon que l'on se trouve en présence d'une entreprise dite « neutre » ou face à une entreprise dite « de tendance ». Toutefois, avant de nous intéresser, spécifiquement, à l'entreprise de tendance et à la transposition potentielle de ce modèle à la banque islamique, nous envisagerons les libertés fondamentales qui peuvent être mises en jeu dans le cadre de cette problématique ; la liberté de pensée, de conscience et de religion et plus brièvement, le droit au respect de la vie privée et familiale.

Section 1. Les libertés fondamentales en jeu

§1. La liberté de pensée, de conscience et de religion

1. Les sources

La liberté de pensée de conscience et de religion trouve son fondement, au niveau européen, à l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales précise *ad litteram* que : « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ». ¹²¹ Cet article se présente donc en deux parties ; chaque individu peut, à tout moment, opter pour la religion ou la conviction de son choix mais il a également la possibilité de les manifester de façon individuelle ou collective. Il faut préciser que ce choix relève de la volonté personnelle de l'individu. Cette disposition, bien que très précise dans ses propos, laisse tout de même planer quelques lacunes et notamment dans l'interprétation qu'il y a lieu de faire des termes « religion » et « conviction ». L'interprétation ainsi que le domaine de garantie de ces derniers n'ont été acquis que récemment, à l'occasion de l'arrêt *Kokkinakisc.Grèce* ¹²².

2. Le domaine de la garantie

J. Verlaers et M-C. Foblets ¹²³ précisent que le concept de « conviction religieuse » doit être compris au sens large. V. Fabre-Alibert nous rapporte, quant à elle, que la liberté religieuse renvoie l'article 8 de la Convention qui confère à l'individu le droit au respect de la vie privée et familiale. ¹²⁴

Dans l'arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, cité ci-dessus, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « la Cour ») opère une distinction fondamentale entre le « for intérieur » et le « for extérieur ». Le « for intérieur » consiste dans le fait qu'un individu a le droit, en son

¹²¹ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955.

¹²² Cour eur. D.H., arrêt *Kokkinakisc.Grèce*, 25 mai 1993, req. n°14307/88.

¹²³ J. VERLAERS, M-C. FOBLETS, « L'appréhension du fait religieux par le droit – À propos des minorités religieuses », *R.T.D.H.*, 1997, *Numéro spécial. La protection des minorités*, pp. 276-277.

¹²⁴ V. FABRE-ALIBERT, « La loi française du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant son appartenance religieuse dans les écoles collèges et lycées publics : vers un pacte social laïque ? », *R.T.D.H.*, 2004, liv. 59, p. 595 ; P. G. DANCHIN, « Islam in the Secular Nomos of the European Court of Human Rights », *Michigan Journal of International Law*, 2011, 30-31.

âme et conscience et de façon tout à fait personnelle, d'adhérer à n'importe quelle religion. Le « for extérieur », quant à lui, relève des manifestations extérieures et des pratiques qui sont susceptibles de découler de cette religion. Cette distinction faite, la Cour précise que ces deux sphères ont un caractère absolu. Ce qui implique, par conséquent, que la liberté de pensée, de conscience et de religion ne se limite pas seulement dans le simple fait de pouvoir choisir librement ses convictions mais que le principe s'étend également à la manifestation de son appartenance à telle ou telle religion.

3. Les limites

Toutefois bien que la liberté de pensée, de conscience et de religion possède un caractère absolu, celle-ci n'est pourtant pas sans limites. Entendons-nous, il s'agit, ici, de limiter « le for extérieur » de l'individu sous certaines conditions restrictives qui ont, en réalité, le génie d'encadrer et d'accroître la protection mise en œuvre par la Convention. À ce sujet, le second alinéa de l'article 9 de la Convention indique que : « *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui*¹²⁵ ». Il ressort, tout d'abord, que la limitation apportée à la liberté de religion suppose qu'elle ait été préalablement prévue par une loi afin que celle-ci soit prévisible dans le chef des individus concernés par la restriction. Mais qu'entendons-nous par le terme « loi » ? La Cour offre une définition plutôt large du terme de « loi ». En effet, celle-ci précise que la qualité de loi doit impliquer l'accessibilité aux personnes concernées ainsi qu'une formulation assez précise¹²⁶. Partant de cette définition, nous sommes à même de considérer, par exemple, que le règlement d'ordre intérieur d'une entreprise ou bien encore, le contrat de travail qui fait la loi des parties, rencontrent ces exigences. Ensuite, l'ingérence doit poursuivre un but légitime. Des raisons valides doivent être évoquées comme, par exemple, la protection de l'ordre et des droits et libertés d'autrui. Enfin, la limitation à l'article 9 doit être nécessaire dans un État démocratique. Les valeurs défendues par l'État doivent être mises en péril, tels que les principes de laïcité ou de neutralité.

¹²⁵ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955.

¹²⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Dogruc.France*, 4 décembre 2008, req. n°27058/05, § 49.

§2. Le droit au respect de la vie privée et familiale

1. Les Sources

L'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, prévoit, en son alinéa 1, que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ».

2. Le domaine de la garantie

Il peut être difficile de comprendre la portée de la liberté prévue à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales si les termes associés à ce droit ne sont pas correctement éclairés. À cet effet, la Cour européenne des droits de l'homme prévoit un champ d'application large de la notion de « vie privée ». En effet, celle-ci précise que « *l'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle, qui reflète un principe important sous-jacent dans l'interprétation des garanties de l'article 8*¹²⁷ ». Tandis que la « vie familiale » « *englobe pour le moins les rapports entre proches parents, lesquels peuvent y jouer un rôle considérable*¹²⁸ ».

3. Les limites

Comme tel est le cas pour chaque article contenu dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 8 contient un important paragraphe 2 qui définit, de manière stricte, les conditions permettant de restreindre le droit mis en œuvre par la disposition. De fait, le libellé de l'article 8 se poursuit comme suit, « *il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Dans son appréciation des faits, la Cour suit donc une structure précise¹²⁹ qui lui permet de vérifier si les conditions du paragraphe 2 sont, bel et bien, respectées. En effet, celle-ci vérifie, tout d'abord, s'il existe une ingérence particulière. Si tel est le cas, elle examine, ensuite, si l'ingérence est prévue par la loi et si elle poursuit un but

¹²⁷ Cour eur D.H., arrêt *Bigaeva c. Grèce*, 28 mai 2009, req. n°26713/05, § 22.

¹²⁸ Cour. eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n° 6833/74, § 45.

¹²⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, req. n°7525/76.

légitime. Enfin, la Cour analyse si l'ingérence est proportionnelle et nécessaire dans une société démocratique.

Examinons, à présent, la manière dont ces droits et libertés fondamentales sont mises en œuvre dans le cadre d'une relation de travail et plus particulièrement, au sein de l'établissement spécifique qu'est l'entreprise de tendance afin de vérifier si cette dernière conduit ou non, à faire périlcliter les droits fondamentaux de ses employés.

Section 2. L'entreprise de tendance

Précisons d'emblée que les entreprises de tendance ont la particularité exceptionnelle d'intégrer au sein des contrats de travail de leurs employés, une idéologie, ayant fait l'objet d'un accord préalable entre parties et représentative de l'image qu'elles souhaitent véhiculer à travers leurs activités¹³⁰. Pour cette raison, les entreprises de tendance se distinguent, à plusieurs égards, des entreprises « standards » que nous avons, le plus souvent, l'habitude de côtoyer, au quotidien en ce que la préoccupation première de ces dernières n'est vraisemblablement pas de diffuser une idéologie ou une philosophie spécifique mais bien de se cantonner à réaliser les activités qui constituent l'objet de l'entreprise.

§1. Définition

Ph. Waquet¹³¹ définit l'entreprise de tendance comme étant celle dans laquelle « *une idéologie, une morale, une philosophie ou une politique est expressément prônée. Autrement dit, l'objet essentiel de l'activité est la défense et la promotion d'une doctrine ou d'une éthique* ». Tandis que le Centre pour l'égalité des chances¹³² indique qu'il s'agit d'une « *entreprise publique ou privée dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions. Elle peut, au titre d'exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation, requérir de ses travailleurs une fidélité et une loyauté envers l'éthique de l'organisation. Cette fidélité et cette loyauté ne sont attendues que dans de cadre de l'activité professionnelle visée et en lien avec elle. Cette fidélité et cette loyauté consiste à agir envers le public de l'institution et au sein de celle-ci en conformité avec son éthique* ».

¹³⁰ F. GAUDU, « La religion dans l'entreprise », *Droit social*, janvier 2010, p. 66.

¹³¹ Ph. WACQUET, *op. cit.* p. 1427.

¹³² CENTRE POUR L'EGALITE DES CHANCES ET LA LUTTE CONTRE LE RACISME, « Entreprise de tendance », disponible sur <http://www.diversie.be/?action=onderdeel&onderdeel=182&titel=Lexique>, consulté le 26 juin 2013.

L-L Christians¹³³, quant à lui, met en exergue la définition de Ph. Ardant¹³⁴ qui précise que les entreprises de tendance sont celles qui « *ne se contentent pas de fournir des biens ou des services, mais se réclament d'une philosophie, d'une éthique, d'un idéal indissociable de leur objet* ».

Nous constatons qu'il n'existe, à priori, pas une seule définition certaine de l'entreprise dite « de tendance ». Cela étant, partant de ces définitions, nous pouvons, tout de même, mettre en exergue les quelques caractéristiques récurrentes qui constituent le socle de base propre à toute entreprise de tendance. Toutefois, avant de procéder à la mise en évidence des aspects typiques de cette entreprise, nous analysons les dispositions légales qui encadrent cette dernière.

§2. Cadre légal et effets juridiques

La réglementation européenne pertinente en la matière est la directive 2000/78/ CE du conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹³⁵. Cette dernière, tout en précisant en son article premier qu'elle « *a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement* », envisage en son article 4, une dérogation à ce principe et laisse la possibilité, aux divers États membres de « *prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1er ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ». Entrent dans le champ d'application de l'article 4 de la directive, les « *activités professionnelles d'églises et autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions*¹³⁶ ».

¹³³L-L. CHRISTIANS, « Diversité au travail. Entre cultures et consciences, entre identité et éthique. Enjeux juridiques des recompositions postmodernes du religieux », in X. *Le droit et la diversité culturelle*, sous la direction de J., RINGELHEIM, Bruxelles, Bruylant, p. 642.

¹³⁴ Ph. ARDANT, « Les libertés du citoyen dans l'entreprise. Introduction au débat. », *Dr. soc.*, 1982, pp. 428.

¹³⁵ Directive 2000/78/CE du conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JO*, 2 décembre 2000, L 303.

¹³⁶ Directive 2000/78/CE du conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JO*, 2 décembre 2000, L 303, article 4, al. 2.

Dans la cadre de la transposition de la directive précitée, l'État belge a fait usage de la possibilité laissée aux États membres de prévoir une législation reprenant des pratiques nationales existant à la date de la directive. En effet, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination¹³⁷, reprend en son article 13, l'enseignement de l'article 4 de la directive et prévoit, par conséquent, une dérogation en faveur des entreprises dont « *la conviction religieuse ou philosophique constitue une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée au regard du fondement de l'entreprise* ».

Nous relèverons, toutefois, que la loi belge ne fait, en aucun cas, référence à une quelconque « éthique » comme tel était le cas dans la directive. Oubli ou volonté expresse de la part du législateur belge ? L-L Christians penche plutôt pour la seconde possibilité en précisant qu'il s'agit de la manifestation « *de la crainte d'une extension trop 'éthique' du concept d'entreprise de tendance*¹³⁸ ».

En réponse aux différentes définitions doctrinales et au cadre légal que nous venons d'aborder, nous pouvons, aisément, mettre en avant les singularités propres à l'entreprise de tendance, de même que ses effets juridiques dans le cadre de la relation de travail entre l'employeur et ses travailleurs.

Tout d'abord, il ressort, de manière systématique, de ces définitions que l'élément essentiel réside dans le fait que l'entreprise en question a la volonté accrue de prôner et de véhiculer à travers ses activités, une idéologie, une éthique particulière entendue comme un ensemble de valeurs qui lui tiennent à cœur. C'est à travers cet élément que l'entreprise de tendance se distingue, tout particulièrement, de l'entreprise neutre ou standard en ce qu'elle intègre dans le bon déroulement de son objet, la prise en compte d'une doctrine ou d'une philosophie, spirituelle ou religieuse, précise, qui en constitue la base. L-L Christians¹³⁹ va un cran plus loin en précisant que l'éthique de l'entreprise doit être indissociable avec son objet ; l'entreprise doit, par conséquent, être fondée¹⁴⁰ sur une idéologie spécifique. Sur ce point, l'auteur relève¹⁴¹ que le législateur européen a pris le parti d'élargir le champ d'application de l'entreprise de tendance, notamment, à des *restaurants, des cliniques ou toute autre activité*

¹³⁷ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007.

¹³⁸ L-L. CHRISTIANS, *op.cit.*, p. 645.

¹³⁹ L-L. CHRISTIANS, *op.cit.*, p. 642.

¹⁴⁰ Directive 2000/78/CE du conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JO*, 2 décembre 2000, L 303, article 4 et Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007, art. 13.

¹⁴¹ L-L. CHRISTIANS, *op.cit.*, pp. 643-644.

dont l'éthique pourrait avoir un fondement philosophique ou religieux¹⁴² puisque, contrairement à la version initiale de l'article 4 de la directive, celui-ci associe la notion d'entreprise de tendance à son fondement sur la religion ou les convictions et non plus, à sa finalité de promotion d'une idéologie basée sur la religion ou les convictions. À cet effet, la banque islamique, en ce qu'elle se fonde, incontestablement, sur les principes éthiques issus de la Charia, est, également, susceptible d'entrer dans le champ d'application de la directive 2000/78.

Il apparaît, ensuite, que l'éthique dont il est question se fonde uniquement sur les convictions philosophiques ou religieuses, laissant de côté toute autre forme de valeurs que pourraient prôner l'entreprise. Ainsi, la Cour de Cassation française a invalidé une décision de la Cour d'appel de Paris du 30 mars 1990 qui considérait comme licite, le licenciement d'un sacristain homosexuel employé au sein d'une paroisse catholique au motif que de telles mœurs sont contraires aux principes de l'Église catholique. À l'appui de son argumentation, la Cour de Cassation française a précisé « *qu'en statuant ainsi, alors qu'elle s'était bornée à mettre en cause les mœurs du salarié sans avoir constaté d'agissements de ce dernier ayant créé un trouble caractérisé au sein de l'association, la cour d'appel a violé les textes susvisés*^{143 144} ».

Sur ce point, il semblerait que nous allions dans le sens d'une évolution de la notion d'entreprise de tendance ou du moins, il s'avère que la frontière entre l'entreprise de tendance et l'entreprise standard mettant en œuvre certaines exigences professionnelles n'est pas toujours définie avec exactitude. En effet, dans un arrêt du 15 janvier 2008, la Cour du travail de Bruxelles¹⁴⁵ a considéré qu'il était, tout à fait, possible pour un employeur, de licencier une travailleuse portant le voile au motif que ce dernier porte atteinte à « l'image de marque » de l'entreprise et qu'il se heurte avec l'image qu'est tenue de véhiculer la travailleuse à l'égard de la clientèle de l'entreprise. « *Dans la mesure où l'usage en vigueur au sein de l'entreprise s'appliquait à l'ensemble des travailleurs ou du moins à ceux en contact avec la clientèle, il n'a pas été jugé discriminatoire*¹⁴⁶ ». L-L Christians indique que l'entreprise « *avait précisément fait le choix d'une image tout à la fois ouverte et neutre, proche de celle de l'État*

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Cass. fr. (soc), 17 avril 1991, n°90-42.636, disponible sur

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007026634&dateTexte=>

¹⁴⁴ La Cour de cassation fait référence aux dispositions suivantes du code du travail français : L122-35, L122-45.

¹⁴⁵ C. trav. Bruxelles, 15 janvier 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 140.

¹⁴⁶ R. DE BAERDEMAEKER et M. KOKOT, « Relations de travail et de discriminations (II) : examen de jurisprudence », *Orientations*, février 2010, n°2, pp. 17-18.

*lui-même*¹⁴⁷ ». Par conséquent, l'auteur s'interroge quant à la possibilité de voir dans ce choix, un potentiel « fondement philosophique » qui conduirait à retenir la qualification d'entreprise de tendance et les effets juridiques qui s'y attachent au détriment de celle d'entreprise neutre. Sur ce point, les avis divergent et il n'apparaît, pour l'instant, aucune solution certaine. De notre point de vue, la solution la plus judicieuse serait, *in fine*, d'apprécier la qualité d'entreprise de tendance au sens strict du terme et de ne retenir, par conséquent, que les seuls fondements philosophiques ou religieux qui ne laissent subsister aucun doute, au risque, dans le cas contraire, de voir s'entremêler les notions de neutralité et de tendance, ce qui aurait pour conséquence malheureuse de conduire à une certaine insécurité juridique.

Enfin, dans le cadre de leur activité professionnelle, les travailleurs d'une entreprise de tendance sont tenus d'adopter un comportement fidèle et loyal envers l'éthique de leur lieu de travail. Ces derniers ne peuvent, par leur attitude, entrer en contradiction avec les principes et valeurs que leur entreprise n'a de cesse de mettre en œuvre.

Si l'ensemble de ces caractéristiques se manifestent, l'entreprise est, par voie de conséquence, qualifiée d'entreprise de tendance et partant, l'employeur peut prendre en considération les convictions personnelles des individus, dans le cadre du recrutement de ses employés et les interroger légitimement sur leur vie privée et plus précisément, sur leurs opinions philosophiques ou religieuses¹⁴⁸. De surcroît, la prise en compte de ces éléments personnels propres aux travailleurs reste admissible en cours d'exécution du contrat de travail et peut conduire à leur licenciement, si par leur comportement, les travailleurs se sont heurtés à l'éthique sur laquelle est fondée l'entreprise qui les emploie¹⁴⁹.

Transposées à la banque islamique, ces différentes caractéristiques majeures laissent, de notre point de vue, sous-entendre que cette dernière peut être aisément qualifiée d'entreprise de tendance. En effet, pour rappel, ce qui distingue, essentiellement, la banque islamique de la banque conventionnelle, n'est pas tant la fin en soi puisque ces deux mécanismes ont le même objectif final, à savoir, l'affectation et la distribution optimale des ressources¹⁵⁰ mais plutôt les moyens mis en œuvre par la banque islamique. En effet, celle-ci se borne à intégrer à l'ensemble de ses activités, les principes et valeurs inhérents à la Loi

¹⁴⁷ L.-L. CHRISTIANS, *op.cit.*, p. 649.

¹⁴⁸ C. MAIRY, « Protection de la vie privée dans le cadre du recrutement et de la sélection », *Orientations*, mai 2005, n°5, pp. 19-20.

¹⁴⁹ F. GAUDU, « La religion dans l'entreprise », *op. cit.*, p. 66.

¹⁵⁰ I. KARICH, *Le système financier islamique. De la religion à la banque*, *op. cit.*, p. 8.

islamique sur laquelle elle se fonde inéluctablement. Ce faisant, la banque islamique prône, bel et bien, une éthique particulière basée sur la religion ; celle de la Charia. Relativement à ces éléments, J. Charbonnier indique que tout entrepreneur musulman « *agit dans une optique de profit raisonnable [mais] se doit également d'œuvrer dans une perspective à long terme, à savoir celle de la réalisation ultime du dessein divin*¹⁵¹ ». Dès lors que l'on reconnaît à la banque islamique la qualité d'entreprise de tendance, il y a lieu de préciser que ses employés seront tenus, par voie de conséquence, de se conformer à l'éthique véhiculée par cette dernière. Doivent-ils, pour autant, être musulmans ? Ou suffit-il que les travailleurs respectent les principes édictés par la Charia, dans le cadre du domaine financier et à *fortiori* de leur travail, sans pour autant que l'on ne requiert de ceux-ci qu'ils manifestent une foi indiscutable en la religion musulmane ? Le prochain paragraphe vise à répondre à ces divers questionnements en ce qu'il précise les répercussions que peut avoir une entreprise de tendance sur les travailleurs en distinguant ces derniers selon les postes et fonctions occupées au sein de l'entreprise.

§3. Jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme

Nous nous intéressons, à présent, à la mise en œuvre de la notion d'entreprise de tendance ainsi qu'au sort des travailleurs qui y gravitent, à travers trois arrêts pour lesquels une requête a été déposée contre la République fédérale d'Allemagne ; les arrêts *Obst*¹⁵², *Schuth*¹⁵³ et *Siebenhaar*¹⁵⁴. Il est particulièrement opportun d'analyser, de manière détaillée, le cas de l'Allemagne car il s'agit d'un État membre européen au sein duquel de nombreuses entreprises, notamment dans le secteur de l'enseignement ou dans le secteur hospitalier, sont gérées par les Églises¹⁵⁵. Les entreprises de tendance (ou *tendenzbetriebe*) y sont donc, relativement, nombreuses.

Dans chacun des trois arrêts que nous aborderons, réside un conflit entre un employeur qui invoque sa liberté de pensée, de conscience et de religion telle que prévue à l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale et un travailleur, ne partageant plus la même conception religieuse que ce dernier et qui invoque, quant à lui, soit le respect, sur son lieu de travail, de son droit à la vie privée mis en

¹⁵¹J. CHARBONNIER, *op. cit.*, p. 73.

¹⁵² Cour eur. D.H., arrêt *Obst c. Allemagne*, 23 septembre 2010, req. n°425/03.

¹⁵³ Cour eur. D.H., arrêt *Schuth c. Allemagne*, 23 septembre 2010, req. n°1620/03.

¹⁵⁴ Cour eur. D.H., C. arrêt *Siebenhaar c. Allemagne*, 3 février 2011, req. n°18136/02.

¹⁵⁵ D. LEBBAL, « L'Église, une entreprise à tendance », in *Religions, Églises et Droit*, sous la direction de G. BOLLENOT, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, pp. 320-321.

œuvre par l'article 8 de la Convention précitée, soit le respect de sa liberté de religion ; celle-ci étant, alors, en contradiction avec les convictions religieuses défendues par l'entreprise qui l'emploie. En tout état de cause, il ne s'agit donc pas de l'hypothèse spécifique de l'individu qui souhaite manifester ses tendances religieuses dans une entreprise « standard ». À cet effet, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît, de manière certaine, la possibilité laissée au travailleur de manifester sa religion sur son lieu de travail mais précise, cependant, que l'intéressé ne peut révéler ses convictions au sein de l'entreprise et attend de lui qu'il se conforme, incontestablement, aux directives de l'employeur. De fait, la manifestation de la religion du travailleur sur son lieu de travail doit être mise en balance avec les droits d'autrui¹⁵⁶. Il est, par conséquent, question d'obligation de respect de la liberté religieuse au sein de l'entreprise mais cela n'implique pas que l'employeur soit contraint de modifier ou d'adapter le travail attendu de ses salariés, à la religion de ces derniers¹⁵⁷.

1. *Obst c. Allemagne*

Les faits à l'origine du litige se résument comme suit. Monsieur Obst est marié selon le rite mormon depuis 1980 et occupe le poste de directeur du département des relations publiques pour l'Europe¹⁵⁸. Dans les relations extérieures, ce dernier a une fonction représentative de l'Église mormone avec laquelle il a conclu un contrat de travail au sein duquel l'on décèle une clause de loyauté vis-à-vis de l'Église. La clause est libellée comme suit : « *L'employé a connaissance des principes essentiels de l'Église. Il doit s'abstenir de communications ou de comportements aptes à nuire à la réputation de l'Église ou à mettre en question ces principes. Il s'engage en particulier à observer des principes moraux élevés. [...] En cas de manquement grave, l'employeur peut prononcer un licenciement sans préavis*¹⁵⁹ ». Cette clause requiert donc du travailleur qu'il s'abstienne de tout comportement qui pourrait avoir comme conséquence de porter atteinte aux principes défendus par l'Église. Partant de ces quelques considérations factuelles, l'on s'aperçoit, aisément, que la clause contractuelle litigieuse restreint, de manière considérable, la vie privée de Monsieur Obst. Toutefois, en cours d'exécution du contrat de travail et suite à une confession du travailleur à son directeur de conscience, l'Église mormone est informée du fait que Monsieur Obst s'est rendu coupable

¹⁵⁶ Cour eur. D. H., arrêt *Eweida c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, req. n°48420/10 ; Cour eur. D. H., arrêt *Chaplin c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, req. n° 59842/10.

¹⁵⁷ D. GARDES, « La religion dans l'entreprise », *Les Cahiers Lamy du CE*, mai 2011, n°104, pp. 2-3.

¹⁵⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Obst c. Allemagne*, 23 septembre 2010, req. n°425/03, § 7.

¹⁵⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Obst c. Allemagne*, 23 septembre 2010, req. n°425/03, § 8.

d'un adultère¹⁶⁰. La sanction ne se fait pas attendre, le travailleur est aussitôt licencié pour faute grave en ce qu'il s'est, par son comportement, heurté à la morale de l'Église mormone et à plus forte raison, a violé une clause essentielle de son contrat de travail.

Devant les juges du fond allemands, Monsieur Obst a argué une atteinte au respect de son droit à la vie privée et partant de sa possibilité de changer, à tout moment, de mode de vie¹⁶¹ tandis que l'Église soutenait qu'elle disposait de son droit à la liberté de religion. Néanmoins, les juges ont reconnu la licéité du licenciement du travailleur. Après avoir mis en balance les droits de l'homme dont faisaient état les parties contractantes, la Cour a également donné raison à l'Église mormone et considère, par conséquent, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8¹⁶². À l'appui de son argumentation, la Cour avance le fait que Monsieur Obst occupe une fonction importante de représentation de l'Église ; il est en quelque sorte la figure de cette dernière, ce qui explique pourquoi elle admet le licenciement sans préavis dont a souffert l'employé¹⁶³. La Cour a donc procédé à l'analyse de la proximité de la fonction avec la manifestation de la crédibilité de l'Église et des principes qu'elle promeut. En outre, celle-ci précise qu'il est tout à fait loisible à Monsieur Obst d'exercer sa fonction dans d'autres entreprises publiques. La Cour a donc analysé les particularités propres à la fonction en cause¹⁶⁴.

2. *Schuth c. Allemagne*

Monsieur Schuth est employé, depuis le 15 novembre 1983, par une paroisse catholique en tant qu'organiste¹⁶⁵. Son contrat de travail contient, en son article 2, une clause spécifique de loyauté¹⁶⁶ en vertu de laquelle il est tenu de se conformer aux principes ecclésiastiques, au risque d'être licencié sans préavis. En cours d'exécution du contrat, le travailleur se sépare de son épouse, sans pour autant divorcer, ce qui conduira, dès lors, à aucune sanction spécifique. Toutefois, Monsieur Schuth, déjà père de famille, entretiendra une relation intime avec une autre femme que son épouse. Celle-ci tombe enceinte. Cela ne pose aucun problème particulier jusqu'à ce que son premier fils fasse état de la nouvelle au

¹⁶⁰Cour eur. D.H., arrêt *Obst c. Allemagne*, 23 septembre 2010, req. n°425/03, § 9.

¹⁶¹Cour eur. D.H., arrêt *Obst c. Allemagne*, 23 septembre 2010, req. n°425/03, § 31.

¹⁶²Cour eur. D.H., arrêt *Obst c. Allemagne*, 23 septembre 2010, req. n°425/03, § 53.

¹⁶³Cour eur. D.H., arrêt *Obst c. Allemagne*, 23 septembre 2010, req. n°425/03, § 48.

¹⁶⁴Communiqué du Greffier de la Cour européenne des droits de l'homme, « Employés ecclésiastiques licenciés pour adultère : le juge national doit mettre en balance les droits des deux parties et tenir compte de la particularité des fonctions exercées », 23 septembre 2010, disponible sur <http://www.echr.coe.int>.

¹⁶⁵Cour eur. D.H., arrêt *Schuth c. Allemagne*, 23 septembre 2010, req. n°1620/03, § 7.

¹⁶⁶Cour eur. D.H., arrêt *Schuth c. Allemagne*, 23 septembre 2010, req. n°1620/03, § 9.

sein de son école catholique¹⁶⁷. Au regard des principes ecclésiastiques, l'enfant est issu d'une relation adultère et est la représentation même du pêché. À la suite de cet événement, Monsieur Schuth est licencié.

Tout comme dans le premier arrêt que nous avons analysé, le requérant invoque le bénéfice de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour met, une fois de plus, en balance les droits de l'homme qui entrent en conflit dans ce cas concret, à savoir, le droit à la vie privée du travailleur et la liberté de religion, prise dans sa dimension collective, de l'Église catholique. Dans cette affaire, la Cour ne reconnaît pas la licéité du licenciement et donne donc raison à Monsieur Schuth¹⁶⁸. En effet, dans l'analyse des caractéristiques particulières de la fonction occupée par le requérant, la Cour précise que ce dernier ne représente pas, dans le cadre de son activité professionnelle, l'image de l'Église catholique en ce qu'il n'est, aucunement, tenu d'apporter divers conseils d'ordre religieux aux croyants mais exerce sa fonction de joueur d'orgue, de manière isolée¹⁶⁹. Aussi, la Cour précise que la profession de Monsieur Schuth a ceci de particulier qu'il n'est pas possible de l'exercer dans d'autres Églises ou institutions publiques.

3. *Siebenhaar c. Allemagne*

Madame Siebenhaar est une jeune femme catholique qui est employée, depuis 1997, comme éducatrice au sein d'un jardin d'enfants protestant. Son contrat de travail contient une clause de loyauté qui précise que « *le service au sein de l'Église et de la diaconie est déterminée par la mission de la proclamation de l'Évangile en paroles et en actes*¹⁷⁰ ». Au fil des années, la travailleuse devient protestante, membre de l'Église universelle de l'humanité pour laquelle elle milite et donne des cours d'initiation aux nouveaux adhérents. Lorsque cette information est connue de l'Église qui l'emploie, celle-ci procède, aussitôt, au licenciement de la jeune femme¹⁷¹.

Contrairement aux deux cas d'espèce que nous venons d'aborder, la requérante invoque, dans ce cas précis, sa liberté de pensée, de conscience et de religion contenu à l'article 9. Par conséquent, les parties au litige s'appuient, toutes deux, sur leur liberté de

¹⁶⁷Cour eur. D.H., *arrêt Schuth c. Allemagne*, 23 septembre 2010, req. n°1620/03, §§ 11-12.

¹⁶⁸Cour eur. D.H., *arrêt Schuth c. Allemagne*, 23 septembre 2010, req. n°1620/03, § 75.

¹⁶⁹ Communiqué du Greffier de la Cour européenne des droits de l'homme, « Employés ecclésiastiques licenciés pour adultère : le juge national doit mettre en balance les droits des deux parties et tenir compte de la particularité des fonctions exercées », 23 septembre 2010, disponible sur <http://www.echr.coe.int>.

¹⁷⁰Cour eur. D.H., C. *arrêt Siebenhaarc. Allemagne*, 3 février 2011, req. n°18136/02, § 9.

¹⁷¹Cour eur. D.H., C. *arrêt Siebenhaarc. Allemagne*, 3 février 2011, req. n°18136/02, § 11.

religion prise tantôt dans une dimension individuelle, tantôt dans une dimension collective. La Cour ne donnera, toutefois, pas raison à Madame Siebenhaar en ce qu'elle considère qu'il n'y a pas eu violation de l'article 9¹⁷². La requérante occupait des fonctions pédagogiques dans le jardin d'enfants. Pour cette raison, celle-ci représentait, en quelque sorte, l'image de l'Église. En outre, sa fonction est interchangeable étant donné qu'il lui est, tout à fait, possible, d'exercer son emploi dans d'autres jardins ératiques.

En résumé, dans les trois affaires précitées, chaque travailleur était soumis au respect d'une clause de loyauté prévue, initialement, dans le contrat de travail. C'est, d'ailleurs, la condition *sine qua non* pour qu'un employeur puisse tenir compte des convictions philosophiques ou religieuses de ses employés, en cours d'exécution du contrat de travail. La clause de loyauté doit, en effet, avoir été négociée, au préalable, entre les parties contractantes¹⁷³. En outre, la Cour européenne des droits de l'homme a, de façon systématique, analysé les particularités de la fonction exercée. Après avoir mis en balance, les droits et libertés en jeu, celle-ci a penché, à deux reprises, en faveur de l'Église lorsque le travailleur incarnait l'image de cette dernière et que, de surcroît, il lui était, tout à fait, loisible d'exercer sa fonction au sein d'une entreprise publique.

Au regard de l'ensemble des éléments que nous venons d'aborder au cours des développements antérieurs, nous pouvons sans doute affirmer que la banque islamique s'apparente à plusieurs égards à l'entreprise de tendance en ce qu'elle a vocation à fonder ses activités financières sur les principes éthiques issus de la Charia dont elle exige le respect. Partant de cette considération, il ressort de notre point de vue que l'employeur de la banque islamique aura la volonté accrue d'interroger, dans le cadre du recrutement de son personnel, les potentiels candidats sur leur vie privée et plus précisément sur leurs convictions philosophiques ou religieuses. L'objectif étant pour lui de veiller au respect et à l'application concrète des principes éthiques abordés précédemment et de proposer à sa clientèle, parfois très exigeante, des produits conformes à ces derniers. Cependant, comme nous avons pu le constater dans le cadre des divers arrêts abordés, l'ampleur de la prise en compte de tels éléments personnels dépend de la nature du poste convoité. En effet, le questionnement quant à la vie privée ne sera pas analogue selon que le candidat aspire à devenir directeur ou employé de banque. Tandis que le directeur incarne, en quelque sorte, la représentation de la banque et garantit le respect des principes éthiques sur lesquels elle se fonde, l'employé n'est

¹⁷²Cour eur. D.H., C. arrêt *Siebenhaarc*. Allemagne, 3 février 2011, req. n°18136/02, § 48.

¹⁷³F. GAUDU, « La religion dans l'entreprise », *op. cit.*, p. 66.

tenu d'effectuer qu'un simple travail d'exécution. Au surplus, la banque islamique a une finalité particulière, à savoir la promotion, à travers ses activités financières, des principes éthiques issus de la Charia. Dès lors, la banque n'a pas, pour but, de promouvoir la religion musulmane, au sens large, mais bien de limiter son champ d'action au secteur bancaire et financier. Ce qui compte, en réalité, c'est que ces principes appliqués au secteur financier soient respectés en tout état de cause. De ce point de vue, il serait, selon nous, tout à fait, envisageable d'engager des non-musulmans au sein de banques islamiques tant que ces derniers respectent, dans le cadre de leur travail, la prohibition de l'intérêt ou bien encore l'investissement dans des domaines licites. À cet effet, il existe, pour la banque islamique, un moyen certain de vérifier les connaissances en la matière des personnes qu'elle entend recruter ou qu'elle a déjà engagées étant donné que *l'Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions* (ci-après l'AAOFI), « *organisme islamique international autonome sans but lucratif, qui prépare la comptabilité, l'audit, la gouvernance, l'éthique et les normes de la charia pour les institutions financières islamiques*¹⁷⁴ », « *joue un rôle important en matière de formation et de perfectionnement des spécialistes de la finance islamique par la mise au point de programmes destinés au personnel de ses membres ainsi que par la délivrance de diplômes certifiant la capacité professionnelle de leurs titulaires*¹⁷⁵ ». Leur vie privée n'entrerait, dès lors, pas en ligne de compte puisqu'elle n'aurait, en réalité, aucune influence majeure sur la qualité de leur travail. Précisons d'ailleurs qu'il existe des guichets islamiques au sein de banques conventionnelles, telle que BNP Paribas¹⁷⁶.

L'adjectif « islamique » se réfère, en réalité, aux principes éthiques que la banque n'a de cesse de mettre en œuvre dans le cadre de ses activités et non au fait que son personnel est ou doit, absolument, être musulman. Cela étant, nous n'excluons pas l'hypothèse selon laquelle un employeur pourrait porter une attention particulière à la confession de son personnel. La banque islamique reste une entreprise particulière qui se fonde sur une éthique trouvant son origine au sein de la Loi islamique. De plus, la clientèle, en majeure partie

¹⁷⁴ I. BARI et B. RADI, « Au-delà de la crise. La finance islamique est-elle un moyen de régulation ? », *Éthique publique*, 2011, vol. 13, n°2, pp. 7-8, disponible sur <http://ethiquepublique.revues.org/871>, consulté le 10 juillet 2013.

¹⁷⁵ J. CHARBONNIER, *op. cit.*, p. 95.

¹⁷⁶ I. CHAPPELLIERE, « La finance islamique est-elle plus responsable », disponible sur http://www.metiseurope.eu/la-finance-islamique-est-elle-plus-responsable_fr_70_art_28770.html, 19 avril 2010, consulté le 20 avril 2013.

musulmane, s'interrogera certainement sur la croyance des responsables du guichet auxquels elle confie son argent¹⁷⁷.

Chapitre 4. La clientèle de la banque islamique

Si l'élément « religieux » de la banque islamique, qui la distinguerait indubitablement de toute autre banque conventionnelle, ne s'illustre pas de façon certaine dans le chef de son personnel, peut-être pouvons-nous nous demander si la banque islamique se singularise par le fait que sa clientèle est musulmane. Il s'agit, dès lors, de savoir si l'appellation « islamique » de la banque provient du fait que ses activités sont destinées, uniquement, à une clientèle de religion islamique, excluant toute autre personne.

Précisons d'emblée que la clientèle des banques islamiques est une donnée relativement éminente pour ces dernières. En effet, J. Charbonnier révèle que « *pour expliquer le succès de la plupart des établissements financiers islamiques, les motivations d'ordre religieux des clients viennent naturellement en tête*¹⁷⁸ ». Le phénomène s'explique, sans doute, par le fait que ces vingt dernières années se caractérisent par un regain de volonté de la population musulmane de mettre à exécution, dans l'ensemble des domaines de la vie privée, y compris celui de la finance, les principes édictés par la Loi islamique.

À cet effet, I. Karich laisse sous-entendre que la clientèle des banques islamiques se doit d'attester une foi certaine en Allah en précisant qu'« *il reste essentiel de garder à l'esprit que ce système ne peut être appliqué qu'à ceux qui portent cette foi et qui témoignent de cette croyance en Dieu, Ses prophètes, Ses livres, Ses anges, Son paradis, Son enfer,*¹⁷⁹ ». Par conséquent, il semble que le public auquel s'adresse la banque islamique ne peut être que musulman.

À contrario, l'Islamic Bank of Britain avance que la confession de leur clientèle importe, en réalité, assez peu. En effet, cette banque précise : « *We believe firmly that our products and services will appeal to anyone, Muslim or non-Muslim, who is interested in holding an account with a bank with our exacting ethical standards*^{180 181} ».

¹⁷⁷ J. CHARBONNIER, *op. cit.*, pp. 128-129.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 114.

¹⁷⁹ I. KARICH, *Le système financier islamique. De la religion à la banque*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁸⁰ ISLAMIC BANK OF BRITAIN, « Personal banking », disponible sur <http://www.islamic-bank.com/personal-banking/>.

¹⁸¹ Traduction personnelle : « Nous croyons fermement que nos produits et services attireront quiconque, musulman ou non-musulmans, désireux de tenir un compte auprès d'une banque avec nos normes éthiques ».

Autrement dit, la banque n'établit pas de distinction entre ses clients selon leur appartenance à une religion spécifique mais envisage, plutôt, leur volonté d'adhérer aux principes éthiques sur lesquels se fondent la banque, indépendamment de cet élément spirituel et est, par conséquent, apte à répondre aux attentes de toute personne désireuse de se voir appliquer les quelque principes de base sur lesquels se fondent la banque.

In fine, il s'agit, de notre point de vue, de la solution qui semble être la plus appropriée. Bien que les fondements éthiques, sur lesquels s'appuie la banque islamique, sont issus de la Charia et *a fortiori* de la Loi qui s'applique à tout musulman, il n'en reste pas moins que rien se n'oppose à ce que tout un chacun puisse bénéficier de ces principes éthiques s'il est désireux de le faire. En outre, l'on peut s'interroger aux moyens dont disposerait la banque islamique pour vérifier l'appartenance de sa clientèle à telle ou telle religion. C'est pourquoi, il ne semble, donc, vraisemblablement, pas que la clientèle soit le signe distinctif de la banque islamique.

En définitive et relativement à l'ensemble des éléments que nous avons pu mettre en exergue tout au long de ce titre, il apparaît que nous sommes, à présent, en mesure de répondre à notre questionnement de départ qui consistait à se demander à quel endroit précis réside l'élément « religieux » de la finance islamique et qui la distingue incontestablement de la finance conventionnelle. À ce sujet, nous répondons, assurément, que la spécificité religieuse de la finance islamique demeure dans le fait qu'elle et à plus forte raison, l'ensemble de ses activités et contrats, sont soumis à des prescrits religieux stricts issus de la Charia en ce que l'Islam doit être compris comme un mode de vie qui entend, par conséquent, régir tous les aspects de la vie humaine. Ces principes régissant la finance islamique peuvent, de temps à autres, comme nous l'avons constaté, se répercuter sur d'autres éléments, tels que le personnel et leurs libertés fondamentales ou la clientèle de la banque mais ce n'est pas, à ces endroits précis, que nous pouvons, de manière indiscutable, révéler la référence religieuse de la finance islamique. Cet enseignement nous amène à penser qu'en ce qu'elle ne met pas, véritablement, en cause les libertés fondamentales des personnes qui gravitent autour d'elle et partant qu'il n'y a donc pas lieu d'y voir un système nuisible, la banque islamique pourrait tenter de surmonter les quelques différences et obstacles qui la distingue et l'éloigne de la finance conventionnelle afin d'espérer conquérir l'espace européen et par la même, d'offrir aux citoyens un moyen novateur pour pallier les quelques conséquences néfastes découlant de la crise financière récente.

I. Wouters¹⁸² précise que selon elle, la véritable spécificité religieuse de la finance islamique réside dans le fait qu'elle est la seule des trois religions monothéistes à avoir conservé, en matière financière, des principes dits « religieux » qui s'apparentent, en réalité, à des principes économiques et éthiques relativement universels. En effet, l'Islam se veut être la dernière révélation et ne se conçoit, dès lors, pas sans référence au passé et de surcroît aux principes mis en œuvre, initialement, par les religions juive et chrétienne. Elle poursuit en considérant que ce système financier n'a d'islamique que la conservation, la transmission et le développement de principes éthiques existant déjà depuis longtemps.

¹⁸²Entretien avec Maître INES WOUTERS, le 7 août 2013, à Bruxelles.

TITRE III. LE STATUT DE LA FINANCE ISLAMIQUE EN EUROPE

Nous avons conclu, au regard des éléments qui précèdent, que les réticences émises à l'égard de la finance islamique quant au fait qu'elle conduit à mettre en péril les libertés fondamentales de ses travailleurs ou bien encore, de sa clientèle, peuvent, aisément, être soulevées. De ce fait, elle pourrait espérer s'implanter sur le territoire européen afin de fournir aux nombreux investisseurs et acteurs financiers, un système ayant l'avantage de revêtir un caractère sécurisant.

À cette fin, nous analyserons, tout d'abord, dans le présent titre, dans quelles mesures, la transposition du modèle de la finance islamique en Europe, est possible. Nous entamerons, ensuite, une étude comparative entre les différents États membres afin d'analyser la manière dont ceux-ci réceptionnent ce système financier. Plus précisément, nous nous attarderons sur le cas particulier de l'État français. Enfin, nous nous pencherons sur l'opportunité de notre État, d'opter pour un système qui allie, non sans mal, finance et valeurs morales, en indiquant les forces et faiblesses d'un tel système.

Chapitre 1. La transposition du modèle de la finance islamique en Europe est-elle possible ? Jusqu'où ses prescrits percolent dans le système européen ?

Section 1. Économie conventionnelle vs. Économie islamique ?

D'après les avis convergents de plusieurs auteurs¹⁸³ de doctrine, il n'y a pas lieu d'établir une frontière infranchissable entre l'économie conventionnelle et l'économie islamique pour la simple et bonne raison que toutes deux répondent, de prime à bord, aux mêmes objectifs, à savoir, « *l'affectation et la distribution optimale des ressources mises à la disposition de l'homme*¹⁸⁴ ».

Ce n'est, par conséquent, pas au niveau de leur finalité que ces deux types d'économie s'individualisent. En réalité, la distinction¹⁸⁵ trouve sa raison d'être dans le fait que

¹⁸³ I. KARICH, *Le système financier islamique. De la religion à la banque*, op. cit., p.8 ; E. BRACK, « Banque et finance islamique en France », disponible sur <http://estellebrack.files.wordpress.com/2009/10/08-e-brack-r.pdf>, mai 2008, consulté le 2 juillet 2013.

¹⁸⁴ I. KARICH, *Le système financier islamique. De la religion à la banque*, op. cit., p.8.

¹⁸⁵ I. BARI et B. RADI, op. cit., pp. 6-10

l'économie islamique intègre en son sein des principes éthiques et moraux issus de la Charia, méconnus de l'économie conventionnelle tel que le principe de la prohibition de l'aléa, de l'intérêt ou celui de partage de profits et des pertes qui traduit la volonté de la Loi islamique de placer tous les agents économiques sur un pied d'égalité. En outre, comme nous l'avons souligné dans les développements antérieurs, la conception même de la notion d'argent diffère de celle que connaît l'économie conventionnelle puisque l'économie islamique le considère comme un instrument de mesure et d'échange et non comme une valeur en soi. Les fondements et modalités de l'économie et, à plus forte raison, de la finance islamique semblent donc, à priori, être aux antipodes du système économique conventionnel qui nous est familier.

Toutefois, malgré ces innombrables éléments divergents, il n'est pas impossible de dégager quelques points communs entre l'économie conventionnelle et l'économie islamique. À cet effet, J-M Moulin¹⁸⁶ parle même « *d'un fonds commun de règles qui embrassent toutes les religions monothéistes dans leur approche de la matière financière* ».

En effet, nous pouvons, mettre en évidence le fait que la prohibition de l'intérêt n'est pas une règle propre à la religion musulmane mais trouve, également, son équivalent, au sein des religions chrétiennes et juives¹⁸⁷. En effet, prohibé par le droit canon au sein du Nouveau Testament jusqu'en 1917, le prêt à intérêt ne sera autorisé par le droit français qu'en 1804¹⁸⁸ dans le Code Napoléon en vertu de l'article 1905 qui précise *ad litteram* qu'« *il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières* ». En effet, G. Mortier nous rappelle que le mécanisme de l'usure « *était interdit pendant la majeure partie de l'histoire économique de nos sociétés, car il favorisait (l'épargne) plutôt que l'activité (l'investissement). Il était fortement encadré par les gouvernants, voire passible d'excommunication par les grandes religions*¹⁸⁹ ». En outre, « *Aristotle rejected interest on the basis that "money is sterile"*¹⁹⁰ ». I. Wouters¹⁹¹ considère, pour ces raisons, que les principes sur lesquels s'appuie la finance islamique ont un caractère universel si bien que les populations occidentales n'auront pas de mal à se familiariser avec ce

¹⁸⁶ J-M. MOULIN, *op. cit.*, p. 502.

¹⁸⁷ I. A. PERVEZ, « Islamic finance », *op. cit.*, 262 ; J. CHARBONNIER, *op. cit.*, p. 45.

¹⁸⁸ J. CHARBONNIER, *op. cit.*, p. 46.

¹⁸⁹ G. MORTIER, *op. cit.*, p.14.

¹⁹⁰ I. A. PERVEZ, « Islamic finance », *op. cit.*, 262 .

¹⁹¹ Entretien avec Maître INES WOUTERS, le 7 août 2013, à Bruxelles.

mode de pensée étant donné, qu'il ne s'agit que de la réaffirmation contemporaine de principes ayant existé par le passé.

Par ailleurs, la finance islamique a déjà pu opérer certains aménagements¹⁹² au sein de son propre système afin d'espérer être, quelque peu, en conformité avec la finance conventionnelle, nonobstant les prescrits religieux auxquels elle est soumise. Nous parlons, notamment, du contrat de *Moudarabah* ou bien encore du *Salam*.

Section 2. Banque conventionnelle vs. Banque islamique ?

À priori, toute banque, qu'elle soit d'origine conventionnelle ou qu'elle véhicule certains principes éthiques importants, a le même rôle de base, à savoir celui d'intermédiaire financier¹⁹³.

De l'ensemble des éléments qui précèdent, nous pouvons, toutefois, préciser que la banque islamique a ceci de particulier qu'elle intègre et préconise dans le bon déroulement de ses activités, le respect de nombreux principes éthiques issus de la Loi islamique auxquels la banque conventionnelle n'a, par hypothèse, par, réellement, égard¹⁹⁴. Le respect de tels principes peuvent, parfois, s'avérer être de véritables éléments contraignants pour la banque islamique et occasionner certaines répercussions dans le fonctionnement de cette dernière.

Cependant, ce n'est pas parce que la banque conventionnelle, que nous connaissons, ne proclame pas, directement, son intérêt pour certains principes moraux, qu'elle ne s'en inquiète pas pour autant. C'est, en tout cas, ce qu'affirme E. Brack qui précise qu'il n'y a pas lieu d'établir, en tant que tel, une séparation imperméable entre les deux modes de fonctionnement et partant, d'y voir deux mécanismes diamétralement opposés. En effet, l'auteur précise que « *l'économie et la banque occidentale défendent aussi la notion d'intérêt général ; avec le respect de préceptes liés à la sauvegarde de l'individu (spiritualité, humanisme), figure une dimension éthique dans le comportement de l'agent économique que la banque conventionnelle peut prendre également en considération dans son mode de fonctionnement ainsi que dans les produits qu'elle propose*¹⁹⁵ ». À l'appui de ses prétentions, elle invoque, notamment, la protection du consommateur et le devoir concomitant

¹⁹²J-M. MOULIN, *op. cit.*, pp. 495-496.

¹⁹³S. Q. QADRI, « Islamic Banking. An introduction », *Bus. L. Today*, july/august 2008, 59.

¹⁹⁴K. BALZ, « Islamic law as governing law under the Rome convention. Universalist Lex Mercatoria v. Regional unification of law », *Unif. L. Rev.*, 2001-1, 38.

¹⁹⁵E. BRACK, « Banque et finance islamique en France », disponible sur <http://estellebrack.files.wordpress.com/2009/10/08-e-brack-r.pdf>, mai 2008, consulté le 2 juillet 2013.

d'information et de conseil des banquiers. Sur ce point, nous rencontrons l'avis d'E. Brack, notamment en matière de conseil en investissement défini comme « *la fourniture de recommandations personnalisées à un client, soit à sa demande soit à l'initiative de l'entreprise d'investissement en ce qui concerne une ou plusieurs transactions portant sur des instruments financiers*¹⁹⁶ ». En effet, la situation de l'investisseur lambda s'est, dans ce domaine particulier, nettement améliorée, depuis 2007, lors de la transposition en droit belge, de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers¹⁹⁷ qui classe, désormais, le conseil en investissement parmi les services d'investissement au sens large¹⁹⁸ et qui oblige, à présent, tout conseiller à se conformer à un certain nombre de règles de conduite¹⁹⁹ trouvant écho aux articles 27, 28 et 28bis de la loi du 2 août 2002²⁰⁰. Ces règles confèrent l'avantage, aux nombreux investisseurs, de pouvoir remettre beaucoup plus facilement en cause la responsabilité des conseillers concernés.

En outre l'auteur allègue, la protection des données à caractère personnel²⁰¹ qui est encadrée, au sein de notre ordre juridique, par la loi du 8 décembre 1992²⁰² relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

À contrario, d'autres auteurs²⁰³ mettent en avant un certain nombre de distinctions fondamentales qui vont nous occuper au cours des prochains développements. En effet, s'il est vrai que la banque conventionnelle ne se défait pas, complètement, de toute préoccupation relative à l'intérêt général, il n'en reste pas moins que les principes sur lesquels se fondent la

¹⁹⁶Loi du 6 avril 1995 relative au statut de contrôle des entreprises d'investissement, *M.B.*, 3 juin 1995, art. 46, 9°.

¹⁹⁷ Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, *JO*, 3 avril 2004, L 145.

¹⁹⁸ Loi du 6 avril 1995 relative au statut de contrôle des entreprises d'investissement, *M.B.*, 3 juin 1995, art. 46, 1° 5.

¹⁹⁹PH. LAMBRECHT, F. LONGFILS, « Du conseil en placements au conseil en investissements : ante et post-MiFID », in *Vanallemarkten, Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, p. 819.

²⁰⁰ Loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, *M.B.*, 4 septembre 2002, modifiée par l'arrêté royal du 27 avril 2007, *M.B.*, 31 mai 2007.

²⁰¹ E. BRACK, « Banque et finance islamique en France », disponible sur <http://estellebrack.files.wordpress.com/2009/10/08-e-brack-r.pdf>, mai 2008, consulté le 2 juillet 2013.

²⁰² Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993.

²⁰³I. KARICH, *Le système financier islamique. De la religion à la banque*, op. cit., pp. 61-69 ; J. CHARBONNIER, op. cit., pp. 99-106 ; K. JOUABER-SNOUSSI, op. cit., pp. 35-46 ; M. EL-GAMAL, *Finance islamique. Aspects légaux, économiques et pratiques*, op. cit., pp. 173-183 ; I. BARI et B. RADI, « Au-delà de la crise. La finance islamique est-elle un moyen de régulation ? », *Éthique publique*, 2011, vol. 13, n°2, pp. 7-8, disponible sur <http://ethiquepublique.revues.org/871>, consulté le 10 juillet 2013.

finance islamique se trouvent quelque peu renforcés et aboutis²⁰⁴. De notre point de vue, il ressort, par conséquent, que la banque islamique demeure à un échelon plus élevé dans la sauvegarde et la préconisation de l'intérêt général. De fait, *« dans le cadre de sa politique et au travers de la mise en œuvre de ses programmes, une banque islamique, à l'inverse d'une banque conventionnelle, accomplit toutes opérations susceptibles d'aboutir à un partage équitable des risques entre les déposants et la banque d'une part, et entre la banque et les entrepreneurs utilisateurs des fonds d'autre part »*²⁰⁵.

Une première disparité trouve, naturellement, son fondement au niveau des objectifs que la banque islamique cherche à atteindre et des *« principes d'action »*²⁰⁶ qu'elle met en œuvre. En effet, cette dernière a l'inébranlable volonté de répondre aux attentes légitimes de ses clients en leur proposant des produits et une gestion de leur argent qui soient conformes aux principes philosophiques régissant la finance islamique. À cet effet, *« la banque se distingue par son engagement ferme envers les valeurs islamiques et s'engage à perpétuer l'emploi qu'elle fait de sa richesse dans des actifs productifs, des investissements, des transactions et dans la création de valeurs pour la société dans sa totalité. En même temps, la banque se consacre au bien-être de ses employés et des communautés au sein desquelles elle travaille »*²⁰⁷. Du respect de ces objectifs et principes éthiques, découle la forme particulière des différents contrats de base proposés par la banque islamique que nous avons eu l'opportunité de détailler tout au long du second chapitre.

Il peut être intéressant de nous interroger quant aux véritables garanties qu'ont les multiples clients des banques islamiques de se voir réellement proposer des produits conformes aux principes éthiques dont ils exigent le plus ferme respect. À ce sujet, nous nous demandons sur quelle personne ou groupe de personnes repose, effectivement, la charge de garantie de conformité à la charia ?

À cet égard, nous pouvons faire ressortir un second élément distinctif entre la banque conventionnelle et la banque islamique, à savoir, le conseil de conformité à la Charia. En effet, l'AAOFI²⁰⁸ prévoit que chaque institution bancaire s'accompagne, obligatoirement, d'un groupe d'experts et de jurisconsultes indépendants, le *sharia board* dont le rôle est

²⁰⁴ O. AGHA, « Islamic finance : principle before profit », *op. cit.*, 135.

²⁰⁵ J. CHARBONNIER, *op. cit.*, p. 101.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 99.

²⁰⁷ F. GUERANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique*, Paris, Dunod, 2009, p. 203.

²⁰⁸ O. AGHA, « Islamic finance : principle before profit », *op. cit.*, 130.

d'exercer un pouvoir de contrôle et de vérifier la conformité des contrats et diverses transactions proposés par la banque aux principes éthiques ainsi qu'à la jurisprudence islamique afin de conduire à leur validation²⁰⁹ par l'émission d'un avis juridique religieux, le *fatwa*²¹⁰.

De cette manière, les clients ont l'assurance d'avoir accès à des services conformes à leur conviction ainsi qu'à un personnel qualifié en matière de finance islamique. En effet, pour rappel, l'AAOFI veille à la formation et au perfectionnement des spécialistes en matière de finance islamique²¹¹. De plus, le conseil religieux peut être saisi à la requête d'un client de la banque²¹².

K. Jouaber-Snoussi met en avant le fait qu'en matière de conseil de conformité à la Charia, certains désaccords d'opinion peuvent voir le jour entre les différents experts, en raison des contrastes notables qui existent entre les écoles juridiques demeurant au sein du droit musulman²¹³. En effet, l'on répertorie quatre écoles juridiques musulmanes, les écoles *hanéfite*, *malékite*, *chaféite* et *hanbalite* qui « *mettent toutes en avant la prééminence du Coran et de la Sunna, mais diffèrent ensuite sur l'importance à accorder aux autres sources*²¹⁴ ». Ce phénomène peut s'avérer problématique, d'autant plus que les experts émettent leur appréciation de manière, tout à fait, discrétionnaire²¹⁵ étant donné qu'il s'agit d'un système qui ne comporte aucun mécanisme de précédents jurisprudentiels²¹⁶. « *Islam has no central body or hierarchy and each scholar's opinion is equally valid. This creates particular challenges because what one scholar deems to be Islamically permissible might be impermissible to another*²¹⁷²¹⁸ ».

Au surplus, J. Charbonnier expose d'autres difficultés liées à cette technique de conformité. Parmi celles-ci, l'auteur signale l'insuffisance du nombre d'experts efficacement

²⁰⁹ K. JOUABER-SNOUSSI, *op. cit.*, pp. 35-36.

²¹⁰ H. SMITH, *Guide de la finance islamique*, 2009, disponible sur http://ribh.files.wordpress.com/2009/11/guide_finance_islamique_fr_240909.pdf, p. 4.

²¹¹ J. CHARBONNIER, *op. cit.*, p. 95.

²¹² *Ibid.*, p. 104.

²¹³ K. JOUABER-SNOUSSI, *op. cit.*, p. 36.

²¹⁴ J. CHARBONNIER, *op. cit.*, pp. 27-28.

²¹⁵ H. SMITH, *op. cit.*, p. 4.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 5.

²¹⁷ B. KHAN & E. A. CROWNE-MOHAMMED, « The value of Islamic Banking in the current financial crisis », *op. cit.*, 459.

²¹⁸ Traduction personnelle : « L'Islam n'a pas d'autorité centrale et l'opinion de chaque spécialiste est équivalent. Cela représente des défis particuliers parce que ce qu'un chercheur considère conforme, pourrait être interdit par un autre ».

qualifiés en matière canonique et principalement en matière bancaire, ce qui a pour conséquence déplorable de trouver sur le marché, des produits attentatoires aux principes régissant la finance islamique²¹⁹. Ce phénomène est plutôt analysé par H. Smith comme un avantage en ce que « *cela tend à harmoniser l'interprétation de la Charia entre les institutions et permet donc d'envisager à moyen terme une approche plus globale et plus cohérente de la Charia dans ce secteur d'activité*²²⁰ ». Tandis que J-M Moulin analyse la situation de manière beaucoup plus catégorique en considérant qu'il s'agit d'un élément faisant, très certainement, obstacle à l'éventuel établissement définitif de la finance islamique en Europe²²¹. Selon nous il s'agit, toutefois, d'un point de vue quelque peu pessimiste en ce que la formation d'experts afin d'en accroître le nombre reste, bel et bien, une solution tout à fait envisageable. En France, l'Ecole de management de Strasbourg délivre, depuis peu, des diplômes universitaires dans le domaine de la finance islamique²²².

Par conséquent, l'on peut considérer que le système répond, globalement, aux attentes légitimes de la clientèle des banques islamique qui entend obtenir des garanties incontestables sur les produits et activités financières qui lui sont proposés mais l'on ne peut affirmer, irrévocablement, qu'il soit, pour autant, sans failles.

En résumé, l'on peut dire, à première vue, que la banque islamique s'apparente, globalement, à la banque conventionnelle que nous connaissons. Cela étant, lorsqu'on l'observe d'un peu plus près, l'on se rend compte que certaines disparités sont à mettre en évidence, principalement au niveau, des objectifs éthiques que la banque islamique poursuit ainsi qu'au niveau de son mode de fonctionnement.

Section 3. La transposition du modèle de la finance islamique en Europe est-elle possible ?

S'il est possible d'esquisser quelques points de ressemblance entre la finance conventionnelle et la finance islamique, il n'en reste pas moins que son éventuelle implantation en Europe n'est pas, pour autant, chose aisée. L'un des principaux éléments qui pourrait engendrer certaines difficultés dans l'établissement de la finance islamique au sein de l'Union européenne, est le fait que cet événement conduirait les autorités étatiques des

²¹⁹ J. CHARBONNIER, *op. cit.*, pp. 105-106 ;

²²⁰²²⁰H. SMITH, *op. cit.*, pp. 4-5.

²²¹ J-M. MOULIN, *op. cit.*, pp. 507-508.

²²² B. NEUMANN et S. VANDENDOOREN, *op. cit.*, p. 33.

différents États membres concernés, à un réexamen forcé des normes législatives applicables au secteur bancaire et financier²²³. En effet, les règles en vigueur au sein de la finance islamique trouvant leur fondement dans la religion. Ces dernières sont, à cet égard, reconnues comme du droit positif mais peuvent diverger de ce qui est applicable sur le territoire européen.

La question se pose donc de savoir s'il est concevable d'intégrer de tels prescrits religieux au sein d'ordres juridiques qui par essence, ont vocation à séparer domaines religieux et juridique et au surplus, si cela est matériellement possible et réalisable.

En réalité, cela semble admissible en ce que la majeure partie des règles propres à la finance islamiques peuvent trouver leur analogue au sein de la finance conventionnelle²²⁴ et partant, ne sont pas, véritablement, incompatibles avec celle-ci. Les conditions de validité des conventions sont, par exemple, quasiment identiques de celles que l'on connaît. Il revient, en fait, à chaque État membre, désireux d'accueillir en son sein la finance islamique, de prendre le temps de se pencher sur la question afin de tenter de soulever les quelques obstacles qui existent au niveau législatif. Cela peut s'avérer être un travail de longue haleine mais qui toutefois, sera, à terme, très certainement en mesure de porter ses fruits. Certains États membres de l'Union européenne se sont penchés sur la question et sont, de surcroît, devenus une terre d'accueil pour la finance islamique.

Chapitre 2. L'essor de la finance islamique : sa réception dans certains Etats européens

Section 1. Quelques Etats européens

Outre l'implantation, dès les années 80, de la finance islamique en terre africaine²²⁵, américaine²²⁶ ou encore asiatique²²⁷, cette dernière commence, tout doucement, à gagner du terrain au sein de l'Union européenne. En effet, l'on commence à y porter un regard

²²³ N. D. MILLER, J. CHALLONER, A. ATTA, « UK welcomes the sukuk », *IFLR.*, May 2007, 24-25.

²²⁴ J.-M. MOULIN, *op. cit.*, p. 490.

²²⁵ La première banque islamique a vu le jour en Égypte, en 1963 ; I. A. PEREZ, *op. cit.*, 259.

²²⁶ K. J. TACY, « Islamic finance : a growing industry in the United States », *N. C. Banking Inst.*, 2006, vol. 10, 355-378 ; B. SABAHI, « Islamic financial structures as alternatives to international loan agreements : challenges for U.S financial institutions », *Ann. Rev. Banking & Fin. L.*, 2005, vol. 24, 487-503.

²²⁷ M. ZAVADSKI, « La finance islamique s'installe en Asie », *Courrier international*, 13 au 19 mars 2008, n° 906, p. 62 ; R. J. THOMAS, « Islamic banking and finance – Regulatory regimes in Malaysia and Singapore », *Sing.L.Rev.*, 2011, 165-190.

relativement intéressé, surtout en ce temps de crise et de recherche perpétuelle vers un mode de régulation alternatif, plus rassurant. La finance islamique représente une industrie en pleine expansion qui, en 2008, comptait près de 300 institutions dans 75 pays²²⁸.

La Grande-Bretagne constitue l'un des premiers²²⁹ États membres de l'Union à s'être montrée favorable à la finance islamique. En effet, après quelques tentatives d'implantation dès les années 90 et suite au lobbying de la population musulmane vivant sur le territoire britannique²³⁰, c'est en septembre 2004²³¹ que la première banque islamique a vu le jour dans le pays, « The Islamic Bank of Britain ». Cette dernière connaît, depuis lors, un succès fulgurant puisqu'en 2009 le réseau bancaire en question comptait près de 42 000 clients²³². Ce processus novateur est le fruit d'un groupe de travail ayant réfléchi sur les techniques rendant possible l'accueil de la finance islamique sur le territoire britannique²³³. Ce dernier a « *clairement démontré que les obstacles légaux et fiscaux peuvent facilement être dépassés*²³⁴. » À cet égard, les méthodes utilisées afin de pallier ces difficultés sont diverses et variées et rendent admissible le développement de la finance et des banques islamiques « *soit en modifiant [la] législation fiscale, soit à travers la Financial Services Authority qui a su autoriser l'émission d'obligations islamiques, soit encore au moyen de la Banque d'Angleterre qui a autorisé l'implantation des banques islamiques sur le territoire du Royaume Uni*²³⁵ ».

Mais la Grande-Bretagne n'est pas le seul état membre européen à avoir porté de l'intérêt à la finance islamique. De fait, le Luxembourg a également été séduit par l'idée du développement de cette finance sur son territoire. Plus particulièrement, « *les activités d'émission/cotation de sukuk au Luxembourg profitent des mêmes atouts que pour la finance conventionnelle. [...] En conséquence, le Luxembourg est devenu le principal centre de cotation de sukuk en Europe aux côtés de Londres*²³⁶ ».

²²⁸ I. SALAH, « Islamic finance in the current financial crisis », *Berkeley J. Middle E. & Islamic L*, 2009, vol. 2 :1, 138.

²²⁹ B. NEUMANN et S. VANDENDOOREN, *op. cit.*, p. 32.

²³⁰ I. KARICH, « Le marché de la finance islamique : le cas du crédit immobilier », *op. cit.*, p. 353

²³¹ J. CHARBONNIER, *op. cit.*, p. 123

²³² B. NEUMANN et S. VANDENDOOREN, *op. cit.*, p. 37.

²³³ N. D. MILLER, J. CHALLONER, A. ATTA, « UK welcomes the sukuk », *op. cit.*, 24-25.

²³⁴ I. KARICH, *Le système financier islamique de la religion à la banque*, *op. cit.*, p. 354.

²³⁵ J.-M. MOULIN, *op. cit.*, p. 495.

²³⁶ Rapport E. JOUINI et O. PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris. Dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros », *Paris Europlace*, 8 décembre 2008, p. 95. disponible sur <http://www.etudes-fiscales-internationales.com/media/00/01/1704560976.pdf>, consulté le 20 juillet 2013.

D'autres pays européens n'ont, toutefois, pas encore franchi un tel pas. C'est le cas, notamment, de l'Allemagne qui, malgré quelques timides tentatives d'implantation²³⁷ de la finance islamique sur son territoire, ne peut se targuer d'être parvenue au même degré d'aboutissement que la Grande-Bretagne. Certains expliquent ce phénomène par le fait que l'« *un des principaux obstacles [...] est la difficulté de rendre conformes les produits financiers islamiques aux standards de reporting et de supervision allemands*²³⁸ ». Ou bien encore de la Belgique dont les politiques se penchent sur la question que depuis peu de temps²³⁹, sans être, à ce jour, parvenus à trouver le moyen de rendre possible l'accueil de la finance islamique au sein de notre État.

Section 2. Le cas particulier de la France

Depuis la fin de l'année 2008, la France s'intéresse de très près à la finance islamique dans le but ultime « *d'attirer les capitaux des pays du golfe et de concurrencer la Place de Londres sur ce marché*²⁴⁰ ».

À cette fin, deux professeurs, Elyès Jouini et Olivier Pastré, ont rendu, le 8 décembre 2008, un rapport intitulé « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris. Dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros²⁴¹ ». Ce rapport a été publié par l'association Paris Europlace et s'est avéré, particulièrement, influant en la matière.

Cependant, comme nous le savons, l'implantation d'un tel système, au sein de l'espace européen, n'est pas simple et pour cause, elle se heurte à quelques obstacles dont le plus conséquent est, sans nul doute, lié aux « *difficultés d'ordre juridique et fiscal susceptibles de freiner l'utilisation des techniques de financement islamiques*²⁴² ». Pour cette raison, les pouvoirs publics français, accompagnés de quelques spécialistes en matière de finance islamique²⁴³, ont tenté de mettre en place un arsenal juridique²⁴⁴ permettant aux opérations financières respectant les principes issus de la Charia, de s'implanter sur le territoire français.

²³⁷ *Ibid.*, p. 98.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ R. MEULDERS, « Bruxelles lorgne les capitaux islamiques », *La Libre*, 22 novembre 2012, pp. 26-27.

²⁴⁰ A. LEMEUX, « Le Règlement « Rome I » et le contrat de finance islamique : un accueil uniforme, une application multiforme ? », *op. cit.*, p. 388.

²⁴¹ Rapport E. JOUINI et O. PASTRÉ, *op. cit.*

²⁴² A. LEMEUX, « Focus finance islamique », *Euredia*, 2010/3, p. 431.

²⁴³ *Ibid.*, p. 431.

²⁴⁴ J-M. MOULIN, *op. cit.*, p. 489.

Face à cet engouement soudain des pouvoirs publics français pour la finance islamique, certains se sont montrés réticents et n'ont pas hésité à souligner « *le caractère contraire à laïcité française d'une telle démarche*²⁴⁵ ». D'autres ont considéré qu'en raison du principe de laïcité, la volonté des pouvoirs publics d'établir la finance islamique en France, était un pari perdu d'avance²⁴⁶.

Déjà présent lors de la rédaction de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en son article 10, il s'avère que le principe de laïcité est l'une des bases fondamentales de la démocratie française. Le concept se présentera sous différentes formes et dans divers articles de loi au fil du temps. À cet effet, nous citerons la loi du 9 décembre 1905²⁴⁷ ayant pour objet la laïcisation de l'État, avant d'être véritablement consacré constitutionnellement par l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958, qui dispose que : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion²⁴⁸ ». À la lecture de cet article nous comprenons qu'en vertu du principe de laïcité, l'État de France ne met en avant ni ne privilégie aucune croyance et ne dispose pas de religion officielle. Ce qui a pour conséquence de conférer au domaine spirituel un caractère tout à fait personnel et privé. En effet, N. Deffains²⁴⁹ rappelle le fait que le concept de laïcité s'articule autour de deux principes essentiels. À savoir, la laïcité-séparation et la laïcité-neutralité. En vertu du premier principe, il y a effectivement bien séparation entre l'État et le culte qui relève du domaine privé. En vertu du second, l'État se doit d'être neutre et tolérant vis-à-vis de toutes les religions sans favoriser l'une d'entre elle.

Face à ces hésitations, les auteurs du rapport précité ont mis fin aux idées préconçues et ont fait part du fait que selon eux, l'implantation d'un tel système au sein d'un État laïque n'entraîne aucunes conséquences néfastes. En effet, ces derniers précisent qu'« *un contrat financier, qu'il soit islamique ou non, est construit sur la base de règles de droit explicites. Si les principes éthiques de l'Islam peuvent être pris en compte dans le montage de produits financiers, ils ne peuvent en aucun cas se substituer aux règles de droit en vigueur, ni être utilisés comme prétexte pour contourner ces mêmes règles. Un contrat rédigé en droit*

²⁴⁵ J. AMAR, « Quand la finance islamique s'implante en France ... », *Controverses*, 2009, n°11, pp. 250-251, disponible sur http://www.controverses.fr/pdf/n11/amar1_11.pdf, consulté le 20 juillet 2013.

²⁴⁶ F. SADDY, « Islamic Community Banking in France. The Tayssir Bank Experiment », *RBF*, 6/2007, p. 356.

²⁴⁷ Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, *JORF*, 11 décembre 1905.

²⁴⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Dogru c. France*, 4 décembre 2008, req. n°27058/05, §18.

²⁴⁹ N. DEFFAINS, « Le principe de laïcité de l'enseignement public à l'épreuve du foulard islamique », *R.T.D.H.*, 1998, p. 204.

*français, même s'il concerne un montage financier islamique, se doit, d'abord et avant tout, d'être conforme aux règles du droit français et ne peut être contesté que sur la base de ces règles*²⁵⁰ ».

Les auteurs poursuivent en précisant que les juges anglais tranchent, en tout cas, dans ce sens. A. Lemeux indique que « *les tribunaux anglais ont toujours refusé d'appliquer la Charia dans les contrats de finance islamique qui leur ont été soumis sans d'ailleurs se poser la question de savoir quelle place la loi anglaise accordait à la Charia*²⁵¹ ». Dans l'affaire *Beximco*²⁵², la loi anglaise a été choisie comme loi d'application du contrat. À l'appui de leur argumentation, les juges de la Court of Appeal, ont avancé, tout d'abord, que la Charia n'est pas un droit étatique au sens de la réglementation européenne et qu'ensuite, un contrat ne peut, en aucun cas, être régi par deux lois différentes²⁵³. En effet, le contrat litigieux contenait une clause libellée comme suit, « *subject to the principles of the Glorious Shariah, this agreement should be governed by and construed in accordance with the laws of England*²⁵⁴ ».

D'un point de vue légal²⁵⁵, le règlement « Rome I »²⁵⁶ précise à l'alinéa 1 de son article 3 que « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties* ». Cependant, A. Lemeux s'interroge quant à l'éventuelle possibilité qu'ont les parties de faire référence à un droit non-étatique et à fortiori, à la Charia en ce que le règlement applicable reste muet au sujet de cette éventualité²⁵⁷. L'auteur indique, à cet effet, que la proposition de la Commission européenne présentée le 15 décembre 2005 conférerait aux parties, à l'alinéa 2 de son article 3, la faculté « *d'ériger le droit non-étatique au même niveau que le droit étatique puisque les parties auraient pu le choisir comme droit applicable sans passer par la loi objectivement applicable à leur relation*²⁵⁸ », mais cette formulation a été abandonnée lors de l'adoption du règlement « Rome I ». En outre, il ressort du libellé de l'article 3 dudit règlement que les parties

²⁵⁰Rapport E. JOUINI et O. PASTRÉ, *op. cit.*, pp. 16-17.

²⁵¹A. LEMEUX, « Le Règlement « Rome I » et le contrat de finance islamique : un accueil uniforme, une application multiforme ? », *op. cit.*, p. 395.

²⁵²*Shamil Bank of Bahrain EC vs Beximco Pharmaceuticals Ltd and others* (2004), Court of Appeal [2004] EWCA.

²⁵³N. H. D. FOSTER, « Islamic finance law as an emergent legal system », *op. cit.*, 173-174.

²⁵⁴N. JESSOP, « The taxation of islamic finance in the UK : an introduction », *Tax'n Fin. Products*, 2009, vol. 8, 20.

²⁵⁵K. BALZ, « Islamic law as governing law under the Rome convention. Universalist *Lex Mercatoria* v. Regional unification of law », *op. cit.*, 43.

²⁵⁶Règlement (CE) 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *J.O.*, 4 juillet 2008, L 177.

²⁵⁷A. LEMEUX, « Le Règlement « Rome I » et le contrat de finance islamique : un accueil uniforme, une application multiforme ? », *op. cit.*, p. 389.

²⁵⁸*Ibid.*, p. 390.

contractantes choisissent nécessairement un droit étatique²⁵⁹. Toutefois, A. Lemeux est interpellé par le considérant n°13 du règlement précité en ce que celui-ci précise que « *le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non-étatique ou une convention internationale* ». Cela signifie, par conséquent, qu'il est possible de faire référence à la Charia, dans un contrat. Cependant, cette référence sera considérée comme une « *simple stipulation contractuelle* » si bien que « *ce sera à la loi objectivement applicable qu'il appartiendra de définir la place qu'elle consent à accorder aux règles non-étatiques choisies par les parties, la Charia en l'espèce*²⁶⁰ ».

Comme nous l'avons souligné précédemment, les juges anglais refusent systématiquement d'appliquer la Charia dans les contrats qui leurs sont soumis, ce qui conduit à opérer une requalification du contrat de finance islamique en un contrat de finance conventionnelle²⁶¹. A. Lemeux précise que les parties trouveraient une solution à ce problème dans « *la rédaction de contrats, qui, sans référence directe à la Charia, intégreront ses effets*²⁶² ». Face au silence de la loi française, les juges français n'ont, quant à eux, toutefois, pas encore été confrontés à ce problème mais il semblerait que dans pareille situation, ils « *accueilleraient vraisemblablement les règles compatibles avec la Charia incorporées dans les clauses du contrat dès lors que lesdites clauses n'heurtent pas les règles impératives françaises et communautaires dans le domaine concerné*²⁶³ ».

À côté des réticences relatives à la contrariété au principe de laïcité, il s'avère que d'autres problèmes plus conséquents faisaient obstacles à l'implantation de la finance islamique en France, à savoir, ceux liés à l'incompatibilité des règles issues de la Charia avec celles émanant de l'arsenal juridique français.

En réalité, les obstacles juridiques auxquels l'État était confronté n'étaient pas, à ce point, insurmontables puisqu'il disposait « *d'un système juridique déjà largement compatible avec ceux servant de support à la finance islamique*²⁶⁴ » si bien que ces derniers pouvaient, aisément, trouver leurs équivalents au sein de l'ordre juridique français. En guise d'illustration, J-M Moulin avance que « *les obligations indexées peuvent servir de support au financement d'actif via le musharaka, [que] le crédit-bail de droit français peut permettre le*

²⁵⁹*Ibid.*, p. 391.

²⁶⁰*Ibid.*, pp. 392-393.

²⁶¹*Ibid.*, p. 396.

²⁶²*Ibid.*, p. 397.

²⁶³*Ibid.*, pp. 394-395.

²⁶⁴J-M. MOULIN, *op. cit.*, p. 495.

financement d'actifs dans les mêmes termes que l'ijara, [ou bien encore que] le régime du marchand de biens en matière de financement d'actifs immobiliers permet de procéder à des financements empruntant à la figure de la murabaha de droit islamique²⁶⁵ ». De surcroît, le droit français avait d'autres principes en commun avec la Charia tels que « la prohibition de l'usure²⁶⁶, l'encadrement du jeu²⁶⁷ et le respect des bonnes mœurs²⁶⁸²⁶⁹ » ou bien encore²⁷⁰, les conditions de validité des conventions, comme nous l'avons précisé antérieurement, ainsi que le principe du partage de profits et des pertes²⁷¹.

Toutefois, en dépit de ces quelques points de convergence, certains problèmes subsistaient, notamment sur le plan fiscal²⁷². C'est pourquoi, « à l'instar de son homologue britannique et dans la foulée de réflexions menées par Paris Europlace, le gouvernement français a souhaité sécuriser davantage tout en le rendant non dissuasif au plan fiscal, le régime applicable à deux des principaux outils de la finance islamique : la Murabaha et les Sukuks²⁷³ ».

En ce qui concerne la *Murabaha*, la difficulté était liée au double changement de propriété qui survient en cours de contrat et qui conduit, normalement, à opérer un double droit d'enregistrement²⁷⁴. En réponse à cette problématique, il a été décidé d'assurer la neutralité fiscale de cette opération²⁷⁵.

En matière de *Sukuks*, le problème était lié à la retenue à la source de la rémunération versée sur ces derniers²⁷⁶. Pour pallier ce problème, « l'Administration fiscale [...] reconnaît, sous certaines conditions, que les Sukuks appartiennent à la catégorie des produits de dettes

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 496.

²⁶⁶ V. C. Conso., art L 313-3.

²⁶⁷ V. C. civ., art. 1965 précisant que « La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari ».

²⁶⁸ V. C. civ., art. 6 précisant qu' « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

²⁶⁹ B. NEUMANN et S. VANDENDOOREN, op. cit., p. 34.

²⁷⁰ J-M. MOULIN, op. cit., p. 495.

²⁷¹ V. C. civ., art. 1844-1 précisant que « La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire ».

²⁷² A. LEMEUX, « Focus finance islamique », op. cit., p. 431.

²⁷³ J-M. MOULIN, op. cit., p. 496.

²⁷⁴ K. BALZ, « Islamic finance for European muslims : the diversity management of Shari'ah-compliant transactions », *Chi. J. Int'l L.*, 2007, vol. 7, n°2, 562.

²⁷⁵ A. LEMEUX, « Focus finance islamique », op. cit., p. 431.

²⁷⁶ J. CHARBONNIER, op. cit., p. 128.

*ce qui permet de déduire la rémunération versée du résultat imposable de l'entreprise qui utilise, in fine, le bien qui a justifié l'opération*²⁷⁷ ».

Aujourd'hui, à la suite de nombreux efforts réalisés par les autorités publiques, il est tout à fait possible que la France accueille sur son territoire, la finance islamique. En effet, des instructions fiscales ont été publiées à la date du 24 août 2010, celles-ci permettent de soulever les principales difficultés liées aux divergences observables entre les opérations financières islamiques et l'arsenal juridique français²⁷⁸. À l'heure actuelle, ne sont observables en France que des banques d'affaires, tandis que les banques de détail « *sont (pour le moment) totalement absentes des processus d'ouverture à la finance halal*²⁷⁹ ».

Chapitre 3. Une finance islamique en Belgique ?

Section 1. Le contexte actuel

Il ne fait aucun doute, le secteur bancaire traditionnel belge est, actuellement en pleine évolution. En effet, la banque BNP Paribas Fortis, a annoncé, récemment, qu'elle est sur le point de fermer 150 de ses agences d'ici 2015 en restructurant dans son personnel²⁸⁰. À cet égard, il peut être intéressant de parler de mutation du système bancaire et financier conventionnel.

Ce désintérêt pour le secteur bancaire traditionnel trouve, inévitablement, sa source dans le fait qu'une grande partie de la population belge attribue aux banques la cause de la crise, ce qui n'est pas, tout à fait, exacte. En effet, il est plus correct d'affirmer que les banques ont, probablement, été un élément déclencheur²⁸¹. Cependant, il n'empêche qu'en raison de la crise financière actuelle, la population belge, poussée dans des situations parfois relativement précaires, souhaite exprimer sa volonté ferme de punition vis-à-vis des banques

²⁷⁷J.-M. MOULIN, op. cit., p. 498.

²⁷⁸V. MARTIN, « La finance islamique : un nouveau pas vers une finance éthique ? », *Gérer et comprendre*, juin 2012, n°108, p. 25, disponible sur <http://www.thinktandifferent.com/upload/article-ga-rer-et-comprendre.pdf>, consulté le 25 juillet 2013.

²⁷⁹*Ibid.*

²⁸⁰BELGA, « BNP Paribas Fortis va réduire ses coûts et ses effectifs », *La Libre*, 25 mars 2013, disponible sur <http://www.lalibre.be/economie/actualite/article/805538/bnp-paribas-fortis-va-reduire-ses-couts-et-ses-effectifs.html>, consulté le 28 mars 2013 ; BELGA, « BNP Paribas Fortis fermera 150 agences d'ici 2015 », *Le Soir*, 25 mars 2013, disponible sur <http://www.lesoir.be/213970/article.economie.2013-03-25/bnp-paribas-fortis-fermera-150-agences-d-ici-2015>, 25 mars 2013, consulté le 28 mars 2013.

²⁸¹. DE CORDT, C. DELFORGE, T. LEONARD et Y. POULLET, op. cit., pp. 135-136.

conventionnelles en se désintéressant, pas à pas, de ces dernières au profit d'institutions prônant des valeurs morales.

D'autant plus qu'il apparaît, actuellement, qu'aucune banque belge ne poursuit des objectifs d'intérêt général contrairement à ce que l'on peut observer partout ailleurs au sein de l'Union européenne²⁸². Sur ce point, il semble, par conséquent, que la Belgique constitue l'exception²⁸³. En effet, notre paysage bancaire est constitué, essentiellement, de banques commerciales classiques qui ont pour fonction « *de collecter de l'épargne et de distribuer les prêts dans l'économie locale*²⁸⁴ ».

Ce constat serait, donc, sur le point de changer afin de laisser place à un secteur bancaire poursuivant des objectifs d'intérêt général en faveur de ses clients.

Tel est le cas de la banque *New B* dont la création est, tout à fait, récente. B. Bayot, directeur du réseau financement alternatif et le président de la banque *New B*, précise les valeurs et caractéristiques de cette nouvelle création²⁸⁵. Il avance qu'il s'agit d'une banque coopérative dont les objectifs semblent rencontrer les souhaits actuels de la population belge. En effet, elle sera, avant tout, un outil de base pour ses clients, à savoir, une banque qui « *permet de recueillir des dépôts et donner des crédits sans spéculer sur les marchés financiers*²⁸⁶ ». Il précise qu'elle est, en outre, une banque coopérative dont les clients décident des grandes orientations. De plus, il s'agit d'une banque locale qui investit, uniquement, dans l'économie belge. Enfin, elle est aussi une banque durable puisque « *les crédits seront accordés sur le double critère de la viabilité économique et de l'impact social et environnemental* »²⁸⁷. Projet plutôt alléchant pour les citoyens belges qui souhaitent faire changer radicalement les choses et passer par un retour à l'éthique et à l'utilisation de l'argent d'épargne près de chez eux.

Lors de sa création, la banque n'existait pas encore, en tant que telle²⁸⁸. Le projet n'était, donc, pas, réellement, abouti. La décision définitive visant à donner naissance durable

²⁸² P. AEBY, « L'expérience de la banque Triodos », *op. cit.*

²⁸³ G. DE BOCK, « New B : la banque qu'on attendait ? », *Moustique*, 10 avril 2013, p. 14.

²⁸⁴ G. MORTIER, *op. cit.*, pp. 65-66.

²⁸⁵ G. DE BOCK, « New B : la banque qu'on attendait ? », *Moustique*, 10 avril 2013, p. 14.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ D. VELLANDA, « New B : ceci n'est pas (encore) une banque », *L'avenir*, 23 mars 2013, disponible sur http://www.lavenir.net/article/detail.aspx?articleid=DMF20130323_00286635, consulté le 28 mars 2013.

à la banque *New B* a été prise dans le courant du mois de juillet 2013²⁸⁹. Avant l'annonce officielle de sa création définitive, le projet séduisait, déjà, fortement puisque deux jours après l'annonce de la création de la coopérative, 10 000 collaborateurs²⁹⁰ avaient souscrit une part au sein de celle-ci. Par conséquent, nous pouvons espérer qu'il s'agisse d'un phénomène prometteur qui de plus, traduit un mouvement populaire souhaitant faire, définitivement, changer les choses.

À côté de la banque *New B* et dans le cadre de ces mouvements perpétuels vers le changement du secteur bancaire traditionnel, de nombreux articles de presse traduisent la volonté de l'État belge de considérer d'un peu plus près la finance islamique. Le 22 novembre 2012²⁹¹, le Ministre bruxellois de l'Économie et du Commerce extérieur, Benoît Cerexhe, exprimait sa volonté d'attirer les moyens financiers qu'il juge colossaux de la finance islamique en mettant en exergue l'accueil de cette dernière par des capitaux européennes importantes. En effet, d'après les chiffres, elle représenterait, actuellement, plus d'1 100 milliards de dollars. Les banques islamiques sont pour lui, dans un contexte de crise financière, nécessaires afin de mobiliser des capitaux pour des investissements et souhaitent, dès lors, les attirer au sein de notre capitale moyennant, comme nous l'avons appris antérieurement, certains aménagements législatifs inévitables. En outre, la banque marocaine Chaabi à Bruxelles a lancé un compte courant charia compatible²⁹². Tant d'éléments qui traduisent l'engouement progressif de notre pays pour cette nouvelle manière de réguler le secteur financier.

Mais est-il possible que la finance islamique s'implante, à terme, de manière durable au sein de notre État, comme tel est le cas dans d'autres États européens ? Quels sont les avantages et inconvénients d'un tel phénomène ? Telles sont les questions auxquelles nous allons tenter de répondre.

²⁸⁹ BELGA, « L'AG de NewB valide la création de la banque coopérative », *L'Echo*, 8 juillet 2013, disponible sur http://www.lecho.be/actualite/entreprises_finance/L_AG_de_NewB_valide_la_creation_de_la_banque_cooperat_ive.9372149-3027.art?ckc=1, consulté le 20 juillet 2013.

²⁹⁰ C. LALLEMAND, « LA banque New B atteint les 10 000 coopérateurs, 48h après son lancement », *Le Vif*, 26 mars 2013, disponible sur <http://www.trends.levif.be/economie/actualite.banque-et-finance/la-banque-new-b-atteint-les-10-000-cooperateurs-48h-apres-son-lancement/article-4000268663268.htm>, consulté le 28 mars 2013.

²⁹¹ R. MEULDERS, *op. cit.*

²⁹² *Ibid.*, p. 27.

Section 2. Les avantages d'une finance islamique en Belgique

Tout d'abord, un élément substantiel réside dans le fait que la finance islamique a fait ses preuves lors de la crise financière de 2008. En effet, à cette période, il s'agissait d'une industrie en pleine expansion²⁹³.

Ensuite, comme nous le savons, la finance islamique, grâce au respect des prescrits issus de la Charia, véhicule des principes éthiques et moraux à la fois séduisants et rassurants, principalement en ce temps malheureux de crise économique²⁹⁴. Comme nous l'avons souligné, précédemment, les citoyens belges ont fait connaître leur volonté de modifier la manière de concevoir le secteur bancaire. À cette fin, la finance islamique pourrait constituer une parfaite alternative au régime actuel qui répond aux attentes de la population belge. En effet, il semble que ce nouveau mode de régulation réduise la charge des risques pour ses clients, élément non négligeable pour ces derniers qui n'ont, de surcroît, pas à craindre que la banque spéculé avec leur argent dans des domaines pour lesquels ils n'ont pas marqué leur accord puisque cela est prohibé. En outre, nous savons qu'au sein de la finance islamique, chaque partie est placée sur un pied d'égalité, ce qui pourrait fortement séduire les potentiels clients. Les banques islamiques « *sélectionnent davantage les projets, car le risque étant plus présent par le système de partage de profits et des pertes, elles investissent sur des projets moins risqués* »²⁹⁵.

En outre, les chiffres sont particulièrement séduisants. En effet, la finance islamique pesait, en termes de capitaux, près d'1 100 milliards de dollars en 2011²⁹⁶. Ses actifs connaissent une augmentation d'environ 15% par année²⁹⁷. Cette finance est donc en perpétuel essor et il serait, par conséquent, opportun de l'attirer au sein de notre État. D'autres États membres de l'Union européenne n'ont pas hésité à se lancer dans l'aventure. Peut-être faudrait-il donc s'en servir à titre d'exemple. En outre, tout laisse à penser que l'essor actuel que connaît la finance islamique n'est pas prêt de s'arrêter étant donné qu'au fil du temps, cette dernière s'est répandue, très rapidement, à travers le monde entier, comme nous l'avons souligné précédemment.

²⁹³ I. SALAH, « Islamic finance in the current financial crisis », *op. cit.*, 138.

²⁹⁴ J. CHARBONNIER, *op. cit.*, p. 131.

²⁹⁵ I., CHAPPELLIERE, *op. cit.*

²⁹⁶ R. MEULDERS, *op. cit.*, p. 26.

²⁹⁷ I. SALAH, « Islamic finance in the current financial crisis », *op. cit.*, 140.

Par ailleurs, nous savons qu'aucune²⁹⁸ banque de ce type n'existe encore sur le territoire belge au sein duquel nous ne trouvons pratiquement que des banques commerciales classiques. Dès lors, notre État pourrait profiter de cette opportunité afin d'y relever un challenge prometteur. Les banques islamiques ont l'avantage d'être très solvables²⁹⁹ et expérimentées dans ce secteur.

Enfin, notre État est l'un de ceux qui abrite, en son sein, une part importante de population musulmane. En effet cette communauté comptabilise près de 450.000 individus³⁰⁰. Cette dernière désire, depuis plusieurs années, mettre en correcte application les prescrits religieux auxquels elle est soumise. Ce phénomène s'observe, notamment, dans le secteur alimentaire³⁰¹, au sein duquel de plus en plus de commerces au label « Hallal » voient le jour. Il a, en outre, vocation à s'étendre à d'autres domaines de la vie courante, dont celui de la finance. C'est pourquoi, l'on peut, légitimement, être amené à penser que lorsque de telles institutions bancaires verront le jour, la population musulmane vivant au sein de notre État se ralliera, très certainement, à celles-ci³⁰².

Section 3. Les inconvénients d'une finance islamique en Belgique

Bien que les avantages à l'implantation de la finance islamique, au sein de notre État, soient nombreux et très attrayants, il n'en reste pas moins que le processus est parsemé de quelques embûches qui peuvent avoir le désavantage de rendre celui-ci, particulièrement, long.

En effet, à l'image des diverses situations que nous avons abordées lors des précédents développements, un inconvénient majeur, à une éventuelle implantation de la finance islamique réside dans le fait qu'il existe un réel obstacle législatif³⁰³ nécessitant de nombreux aménagements.

À cet égard, I. Karich³⁰⁴ met en lumière le fait qu'il existe un obstacle à l'établissement des banques islamiques au sein de notre État, à travers une disposition de l'Association Belge des Banques qui précise que « *les succursales d'établissements de crédit*

²⁹⁸ B. NEUMANN, S. VANDENDOOREN, *op. cit.*, p. 36.

²⁹⁹ A. HASSOUNE, « La solvabilité des banques islamiques : forces et faiblesses », *REF*, 2003, vol. 72, pp. 2-5, disponible sur http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ecofi_0987-3368_2003_num_72_3_4884.

³⁰⁰ I. KARICH, « Le marché de la finance islamique : le cas du crédit immobilier », *op. cit.*, p. 354.

³⁰¹ *Ibid.*, pp. 352-353.

³⁰² B. NEUMANN et S. VANDENDOOREN, *op. cit.*

³⁰³ I. KARICH, *Le système financier islamique de la religion à la banque*, *op. cit.*, p. 85.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 85.

ne relevant pas d'un Etat-membre de l'Union Européenne sont soumises aux mêmes règles que les établissements de crédit de droit belge ... La Commission Bancaire et Financière peut ... refuser un agrément à la succursale d'un pays ne faisant pas partie de l'UE si elle estime que la protection des épargnants ... requiert la création d'une société de droit belge. »

L'auteur précise ensuite qu'une banque belge est, uniquement, en mesure de pratiquer des activités qui sont énumérées, de manière exhaustive, par les articles 3, §2, alinéa 1^{er} à 14 de la loi du 22 mars 1993³⁰⁵. Cependant, « *les opérations commerciales réalisées dans le cadre des contrats de Murabaha ne sont pas couverts par la loi et ne peuvent donc être appliqués en Belgique*³⁰⁶. » Pour rappel, ce contrat est « *une vente à terme qui permet au client d'effectuer un achat sans avoir à contracter un emprunt portant intérêt (vente comprenant une marge clairement convenue entre les parties*³⁰⁷ » et ne connaît pas d'équivalent au sein de notre système bancaire conventionnel. Bien que ce contrat puisse être très aisément reçu par notre législation bancaire, il n'en reste pas moins que ce dernier laisse, tout de même, paraître quelques inconvénients. En effet, le contrat de Murabaha engendre, comme nous le savons, un double droit d'enregistrement du bien immobilier puisque la propriété de ce dernier passe des mains du banquier qui achète de le bien au vendeur à celui du client, l'acquéreur, en très peu de temps³⁰⁸. À cet effet, I. Karich³⁰⁹ précise que ce produit financier pourrait être régi par la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation³¹⁰ et serait exclu de la loi du 4 août 2002 sur le crédit hypothécaire³¹¹ en ce qu'il s'agit d'une vente immobilière et non d'un crédit en tant que tel.

Parmi les autres contrats de base autorisés au sein de la finance islamique, certains peuvent, plus facilement, être envisagés au sein de notre système bancaire et financier conventionnel en ce qu'ils ressemblent fortement à ce que ne nous connaissons. À titre d'exemple, citons le contrat d'Ijara qui peut être assimilé au contrat de leasing³¹².

De notre point de vue, il ressort que ces quelques obstacles législatifs pourraient être, aisément, soulevés moyennant quelques aménagements, à l'image de ce qui se fait dans

³⁰⁵ Loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, *M.B.*, 19 avril 1993.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 86.

³⁰⁷ M. EL-GAMAL, *La banque et la finance islamiques*, *op. cit.*, p.54.

³⁰⁸ K. BALZ, « Islamic finance for European muslims: the diversity management of Shari'ah-compliant transactions », *op. cit.*, 562.

³⁰⁹ I. KARICH, « Le marché de la finance islamique : le cas du crédit immobilier », *op. cit.*, p. 355.

³¹⁰ Loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 9 juillet 1991.

³¹¹ Loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, *M.B.*, 19 août 1992.

³¹² I. KARICH, « Le marché de la finance islamique : le cas du crédit immobilier », *op. cit.*, p. 355.

d'autres États-membres de l'Union européenne, tels que le Royaume-Uni et la France. Il suffirait, par conséquent, au regard de notre arsenal juridique, de voir ce qui est, actuellement, possible de faire ou non.

À côté des obstacles législatifs, certains se montrent sceptiques au sujet d'autres éléments et se demandent « *si la dénomination islamique n'est pas une simple stratégie de marketing voulant attirer les banquiers ruinés par la crise, ne servant que « d'appât » pour une clientèle cherchant la nouveauté et l'éthique après des années de mascarades financières ?*³¹³ ». D'autant plus que « *les arguments affirmant la supériorité de la finance islamique à garantir une stabilité du système financier global ne sont bien évidemment valides que si le respect de ses principes est réellement présent dans toutes les opérations de financement islamique et si la finance islamique n'avait pas tendance à se rapprocher parfois excessivement de la finance conventionnelle dans son fonctionnement réel*³¹⁴. »

³¹³J. HAVERALS, « La finance islamique, une manne », *La Libre*, 16 mars 2009, disponible sur <http://www.lalibre.be/economie/libre-entreprise/article/4888472/finance-islamique-une-manne.html>, consulté le 27 juillet 2013.

³¹⁴I. CHAPPELLIERE, *op. cit.*

CONCLUSION

Cela ne fait aucun doute, la finance islamique est actuellement au cœur de nombreuses attentions. Et pour cause, la crise financière de ces dernières années, a encouragé les citoyens à faire entendre leur voix auprès des politiques qui sont, par conséquent, contraints de repenser un certain nombre de domaines de la vie courante avec un facteur plus rassurant, le facteur éthique. Alors que certaines entreprises deviennent sciemment plus responsables en intégrant, dans le cadre de leur activité et au-delà de la recherche du profit, des préoccupations d'ordre moral telles que la sauvegarde des droits de l'homme ou le développement durable, ou bien encore, en véhiculant une idéologie particulière, la finance éthique, de son côté, se caractérise par le fait que ses pratiques prennent en considération des valeurs éthiques et solidaires qui permettent, indéniablement, de la distinguer de la finance conventionnelle qui se cantonne, quant à elle, à atteindre un haut niveau de rentabilité.

En ce qu'elle est régie par des principes moraux issus de la Charia, la finance islamique s'apparente à une forme particulière de finance éthique. En effet, l'on peut, assurément, affirmer que la religion n'est rien d'autre que la dimension collective de l'éthique avec qui elle partage de nombreux principes. La finance islamique met en évidence le fait que l'argent ne doit pas être considéré comme une valeur réelle mais uniquement comme un moyen de transaction et que seule la fourniture d'un effort peut conduire à la fructification du capital. Tous les principes qui régissent la finance islamique découlent de ces considérations. Par conséquent, dès l'instant où l'on se familiarise avec ses préoccupations, il est très aisé de comprendre la raison d'être de cette finance. D'autant que si l'on s'y penche d'un peu plus près, l'on se rend rapidement compte que la finance islamique ne fait que réaffirmer des principes connus, par le passé, des populations occidentales.

Les réticences émises à l'égard de la finance islamique quant au fait que l'intégration d'un ordre moral, en son sein, trouvant son fondement dans la religion est susceptible de réduire considérablement une partie des libertés fondamentales des individus, peuvent être soulevées. En effet, il ressort de notre analyse que la spécificité religieuse de la finance islamique s'illustre, essentiellement, à travers les principes éthiques émanant de la Charia que la banque islamique n'a de cesse de mettre en œuvre et qui se répercutent, tout logiquement, sur les produits qu'elle entend proposer. Bien qu'à certains égards, la banque islamique

puisse, de notre point de vue, s'identifier à une entreprise de tendance en ce qu'elle se fonde, incontestablement, sur des valeurs issues de la Loi islamique, il n'en reste pas moins que ses employés ne doivent pas absolument être musulmans. Rappelons, à cet effet, que certaines banques conventionnelles proposent des guichets islamiques sans que cela ne pose un quelconque problème. Dès lors, l'élément essentiel réside dans le respect et la mise en œuvre concrète des principes financiers issus de la Charia sans que l'on ne requière du personnel de la banque qu'il atteste une foi certaine en Allah. En outre, toute personne qui souhaite pouvoir bénéficier des principes éthiques mis en œuvre par la banque islamique est en droit de la faire. Par conséquent, la clientèle de ladite banque ne doit pas, forcément, être musulmane.

Au-delà des quelques réticences émises à l'encontre de la finance islamique, l'on observe que cette dernière connaît, depuis une vingtaine d'années, un succès fulgurant et notamment, au sein de l'Union européenne. En effet, après la Grande-Bretagne et le Luxembourg, la France n'a pas hésité à se montrer favorable à l'implantation de la finance islamique sur son territoire, en déjouant les obstacles législatifs et fiscaux. Cela a également été rendu possible grâce au fait que l'on ne peut réellement ériger une frontière infranchissable entre la finance islamique et la finance conventionnelle. De fait, il s'avère qu'elles partagent de nombreux principes.

D'autres États membres n'ont cependant pas encore osé franchir un tel pas. C'est le cas de la Belgique. Pourtant, l'on compte de nombreux avantages à l'éventuel établissement de la finance islamique au sein de notre état. Parmi ceux-ci, nous répertorions le fait qu'elle reflète, grâce aux principes moraux qu'elle véhicule, un caractère rassurant pour les citoyens qui n'ont pas manqué de faire connaître leur volonté de faire changer radicalement le système bancaire et financier actuel. Ensuite, il s'agit d'un système financier en perpétuel essor. En outre, l'état belge abrite une part importante de la population musulmane qui, le cas échéant, n'hésitera pas à se rallier aux banques islamiques. Enfin, la finance islamique pourrait apporter une contribution majeure à l'évolution actuelle des choses. Aux côtés de ces avantages, nous ne nions pas qu'un inconvénient majeur puise son origine dans les obstacles législatifs auxquels pourrait se heurter l'implantation de la finance islamique en Belgique. Toutefois, notre État n'est pas un pionnier en la matière. D'autres pays sont parvenus à surmonter ces obstacles, ce qui démontre bien qu'il ne s'agit pas d'une tâche irréalisable.

De notre point de vue, la finance islamique gagne à être connue. En effet, il s'agit d'un système financier compréhensible, simple d'accès et aisé d'application, pour le citoyen lambda qui se sent rassuré et plus confiant. Dès lors que l'on se familiarise avec les principes de base qu'il véhicule, il est très facile de comprendre les raisons d'être d'un tel système et partant, d'innover en la matière. En effet, les contrats de la finance islamique sont très souples puisque tout ce qui n'est pas formellement interdit, est autorisé. Ces contrats pourraient donc, très bien, évoluer. Selon nous, les politiques belges ont, par conséquent, tout intérêt à creuser vers ce domaine particulier qui s'apparente à la finance éthique et dont les principes ne nous sont, finalement, pas si étrangers. Cela ne pourrait être que bénéfique, dans l'état actuel des choses !

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	9
TITRE I. LE STATUT JURIDIQUE DES ETHIQUES PARTICULIERES EN EUROPE	11
Chapitre 1. L'entreprise et l'éthique	12
Section 1. Responsabilité sociale des entreprises	12
Section 2. Culture d'entreprise	14
Section 3. Labellisation d'éthique	15
Section 4. Entreprise de tendance	16
Chapitre 2. Finance éthique et religion	16
Section 1. Finance éthique	16
Section 2. Finance éthique et religion	17
§1. L'éthique et la religion	17
§2. Le cas particulier de la finance islamique	18
1. Interdiction de l'intérêt	19
2. Interdiction de l'aléa ou de l'incertitude.....	21
3. Interdiction de la spéculation	22
4. Investissement dans des domaines licites	22
5. Partage de Profits et des Pertes	23
TITRE II. LA SPECIFITE RELIGIEUSE DE LA FINANCE ISLAMIQUE	24
Chapitre 1. Les principaux contrats de base respectant les préceptes de l'Islam	24
Section 1. Les conditions de validité des conventions	24
Section 2. Murabahah	25
Section 3. Salam	28
Section 4. Ijara	30
Section 5. Musharakah	30
Section 6. Mudarabah	31
Section 7. Sukuks	32
Chapitre 3. Le personnel de la banque islamique	33
Section 1. Les libertés fondamentales en jeu	34

§1. La liberté de pensée, de conscience et de religion	34
1. Les sources	34
2. Le domaine de la garantie	34
3. Les limites	35
§2. Le droit au respect de la vie privée et familiale	36
1. Les Sources	36
2. Le domaine de la garantie	36
3. Les limites	36
Section 2. L'entreprise de tendance	37
§1. Définition	37
§2. Cadre légal et effets juridiques	38
§3. Jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme.....	42
1. <i>Obst c. Allemagne</i>	43
2. <i>Schuth c. Allemagne</i>	44
3. <i>Siebenhaar c. Allemagne</i>	45
Chapitre 4. La clientèle de la banque islamique	48
TITRE III. LE STATUT DE LA FINANCE ISLAMIQUE EN EUROPE	51
Chapitre 1. La transposition du modèle de la finance islamique en Europe est-elle possible ? Jusqu'où ses prescrits percolent dans le système européen ?	51
Section 1. Économie conventionnelle vs. Économie islamique ?	51
Section 2. Banque conventionnelle vs. Banque islamique ?	53
Section 3. La transposition du modèle de la finance islamique en Europe est-elle possible ?	57
Chapitre 2. L'essor de la finance islamique : sa réception dans certains Etats européens ..	59
Section 1. Quelques Etats européens	59
Section 2. Le cas particulier de la France	60
Chapitre 3. Une finance islamique en Belgique ?	66
Section 1. Le contexte actuel	66
Section 2. Les avantages d'une finance islamique en Belgique	68
Section 3. Les inconvénients d'une finance islamique en Belgique	70
CONCLUSION.....	72

BIBLIOGRAPHIE

Législation

- ***Union européenne***

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955.

Directive 2000/78/CE du conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JO*, 2 décembre 2000, L 303.

Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, *JO*, 3 avril 2004, L 145.

Règlement (CE) 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *J.O.*, 4 juillet 2008, L 177.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 25 octobre 2011, intitulée « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », [COM (2011) 681 final], inéd.

- ***Belgique***

Codes

Code civil.

Lois

Loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 9 juillet 1991.

Loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, *M.B.*, 19 août 1992.

Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993.

Loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, *M.B.*, 19 avril 1993.

Loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises, *M.B.*, 3 juin 1995, modifiée par la loi du 2 août 2002 août 2002, *M.B.*, 4 septembre 2002 et l'arrêté royal du 27 avril 2007, *M.B.*, 31 mai 2007.

Loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, *M.B.*, 4 septembre 2002, modifiée par l'arrêté royal du 27 avril 2007, *M.B.*, 31 mai 2007

Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007.

- **France**

Codes

Code civil.

Code de la consommation.

Code du travail.

Lois

Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, *JORF*, 11 décembre 1905.

Doctrine

- **Ouvrages et articles**

ABDALLAH, A., « Un nouveau concept dans le paysage bancaire et financier : la finance islamique », *Actualités du droit bancaire*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 95-104.

AEBY, P., « L'expérience de la banque Triodos », *RBF*, 1/2011, pp. 49-52.

AGHA, O., « Islamic finance : Principle before profit », *Berkerly J. Middle E. & Islamic L.*, 2009, vol. 2 :1, 125-135.

AHMED, A. A., MOGHUL, V. F., « Contractual forms in Islamic finance law and Islamic Inv. Co. Of the Gulf (Bahamas) LTD. V. Symphony Gems N. V. & ors. : A first impression of islamic finance », *Fordham Int'l L. J.*, 2003, vol. 27, 150-194.

AMAR, J., « Quand la finance islamique s'implante en France ... », *Controverses*, 2009, n°11, pp. 250-253, disponible sur http://www.controverses.fr/pdf/n11/amar1_11.pdf.

ARDANT, Ph., « Les libertés du citoyen dans l'entreprise. Introduction au débat. », *Dr. soc.*, 1982, p. 428.

BALLET, J., DE BRY, F., CARIMENTRAND, A., JOLIVET, P., *L'entreprise et l'éthique*, Paris, Seuil, 2011.

BALZ, K., « Islamic law as governing law under the Rome convention. Universalist Lex Mercatoria v. Regional unification of law », *Unif. L. Rev.*, 2001-1, 37-49.

BALZ, K., « Islamic finance for european muslims : the diversity management of Shari'ah-compliant transactions », *Chi. J. Int'l L.*, 2007, vol. 7, n°2, 551-567.

BARI, I. et RADJ, B., « Au-delà de la crise. La finance islamique est-elle un moyen de régulation ? », *Éthique publique*, 2011, vol. 13, n°2, pp. 2-18, disponible sur <http://ethiquepublique.revues.org/871>.

BERGER, A., QUERAN, F., « Les banques et la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) », *Euredia*, 2011/4, pp. 441-450.

BRACK, E., « Banque et finance islamique en France », disponible sur <http://estellebrack.files.wordpress.com/2009/10/08-e-brack-r.pdf>, mai 2008.

CHARBONNIER, J., *Islam : Droit, Finance et Assurance*, Bruxelles, Larcier, 2011.

CHAPELLIERE, I., « La finance islamique est-elle plus responsable », disponible sur http://www.metiseurope.eu/la-finance-islamique-est-elle-plus-responsable_fr_70_art_28770.html, 19 avril 2010.

CHRISTIANS, L-L., « Diversité au travail. Entre cultures et consciences, entre identité et éthique. Enjeux juridiques des recompositions postmodernes du religieux », in *X. Le droit et la diversité culturelle*, sous la direction de RINGELHEIM, J., Bruxelles, Bruylant, pp. 623-653.

COULOMB, R., « Quand la finance suit les préceptes de l'Islam », *Regards croisés sur l'économie*, 2008/1, pp. 255-256, disponible sur <http://cairn.info/revue-regards-croises-sur-l-economie-2008-1-page-255.htm>.

DANCHIN, P. G., « Islam in the Secular Nomos of the European Court of Human Rights », *Michigan Journal of International Law*, 2011, 2-83.

DE BAERDEMAEKER, R. et KOKOT, M., « Relations de travail et de discriminations (II) : examen de jurisprudence », *Orientations*, février 2010, n°2, pp. 15-20.

DE CANNART D'HAMALE, E., « La responsabilité sociale des entreprises, soft law ou hard law ? », *J.T.*, 20/2007, pp.413-421.

DE CORDT, Y., DELFORGE, C., LEONARD, T. et POULLET, Y., *Manuel de droit commercial*, Limal, Anthemis, 2011.

DEFFAINS, N., « Le principe de laïcité de l'enseignement public à l'épreuve du foulard islamique », *R.T.D.H.*, 1998, p. 204.

DEMOUSTIEZ, A., BAYOT, B., *L'investissement socialement responsable. 1, Le contexte législatif et politique*, Bruxelles, Crisp, 2005.

EL-GAMAL, M., *Finance islamique. Aspects légaux, économiques et pratiques*, Bruxelles, De Boeck, 2010.

EVERAERTS, H., STEENSELS, R., « Corporate social responsibility (CSR) as enabler for sustainable », *RBF*, 8/2009, pp. 490-491.

FABRE-ALIBERT, V., « La loi française du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant son appartenance religieuse dans les écoles collèges et lycées publics : vers un pacte social laïque ? », *R.T.D.H.*, 2004, liv. 59, p. 595.

FOSTER, N. H. D., « Islamic finance law as an emergent legal system », *Arab L. Q.*, 2007, vol. 21, 170-188.

GARDES, D., « La religion dans l'entreprise », *Les Cahiers Lamy du CE*, mai 2011, n°104, pp. 2-4.

GAUDU, F., « La religion dans l'entreprise », *Droit social*, janvier 2010, pp. 65-71.

GOHAR, B., « Islamic finance : alternatives to the western model », *Fletcher F. World Aff.*, 1999, vol. 23 :1, 145-159.

GUERANGER, F., *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique*, Paris, Dunod, 2009.

HASSOUNE, A., « La solvabilité des banques islamiques : forces et faiblesses », *REF*, 2003, vol. 72, pp. 2-5, disponible sur http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ecofi_0987-3368_2003_num_72_3_4884.

JESSOP, N., « The taxation of Islamic finance in the UK : an introduction », *Tax'n Fin. Products*, 2009, vol. 8, 17-26.

JOUABER-SNOUSSI, K., *La finance islamique*, Paris, La Découverte, 2012.

JOUINI, E. et PASTRE, O., « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris. Dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros », *Paris Europlace*, 8 décembre 2008, disponible sur <http://www.etudes-fiscales-internationales.com/media/00/01/1704560976.pdf>

KARICH, I., « La finance islamique, lorsque l'argent et la religion font bon ménage », *RBF*, 4/2004, pp. 225-231.

KARICH, I., « Le marché de la finance islamique : le cas du crédit immobilier », *RBF*, 6/2007, pp. 352-355.

KARICH, I., *Le système financier islamique de la religion à la banque*, Cahiers financiers, Bruxelles, Larcier, 2002.

KHAN, B. & CROWNE-MOHAMMED, E. A., « The value of Islamic Banking in the current financial crisis », *Rev. Banking & Fin.*, 2009-2010, vol. 29, 441-464.

LAMBRECHT, PH., LONGFILS, F., « Du conseil en placements au conseil en investissements : ante et post-MiFID », », *Van allemarken, Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, p. 819.

LE PETIT LAROUSSE, Paris, Larousse, 2009.

LEBBAL, D., « L'Eglise, une entreprise a tendance », in *Religions, Eglises et Droit*, sous la direction de G. BOLLENOT, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, pp. 315-321.

LEMEUX, A., « Focus finance islamique », *Euredia*, 2010/3, pp. 431-432.

LEMEUX, A., « Le règlement « Rome I » et le contrat de finance islamique : un accueil uniforme, une application multiforme ? », *Euredia*, 2009, liv. 3, pp. 387-398.

MAIRY, C., « Protection de la vie privée dans le cadre du recrutement et de la sélection », *Orientations*, mai 2005, n°5, pp. 18-24.

MARIE-JEANNE, C., « Finance et éthique : la réconciliation ? », *REF*, 2004, n°74, pp. 1-14, disponible sur http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ecofi_0987-3368_2004_num_74_1_5047.

MARTIN, V., « La finance islamique : un nouveau pas vers une finance éthique ? », *Gérer et comprendre*, juin 2012, n°108, pp. 15-26, disponible sur <http://www.thinktankdifferent.com/upload/article-ga-rer-et-comprendre.pdf>

MILLER, N. D., CHALLONER, J., ATTA, A., « UK welcomes the sukuk », *IFLR.*, May 2007, 24-25.

MORTIER, G., *Finance éthique : le grand malentendu*, Limoges, Fyp, 2013.

MOULIN, J-M., « La finance islamique : nouveau paradigme de la finance française ? », *Les défis actuels du droit financier*, Paris, Joly éditions, Lextenso éditions, 2010, pp. 487-510.

NADER, F. B., « The legal structure of islamic finance and privatization », *Y. B. Islamic & Middle E.*, 1996, 32-39.

NIZAMI, S. M., « Islamic finance : The United Kingdom's drive to become the globac Islamic finance hub and the United States' irrational indifference to islamic finance », *Suffolk Transnat'l L. Rev.*, 2011, vol 34 : 1, 219-254.

PERVEZ, I. A., « Islamic finance », *Arab L. Q.*, 1990, 259-281.

QADRI, S. Q., « Islamic Banking. An introduction », *Bus. L. Today*, july/august 2008, 59-61.

RICHARDSON, E., « The Shari'ah prohibition of interest », *Trinity C. L. Rev.*, 2008, vol. 11, 78-101.

ROBERT, F., « La relation de travail face à l'entreprise socialement responsable. Entre les tics et les tocs », *DAOR*, 2010/93, pp. 71-91.

SABAHI, B., « Islamic financial structures as alternatives to international loan agreements : challenges for U.S financial institutions », *Ann. Rev. Banking & Fin. L.*, 2005, vol. 24, 487-503.

SADDY, F., « Islamic Community Banking in France. The Tayssir Bank Experiment », *RBF*, 6/2007, p. 356-360.

SALAH, I., « Islamic finance in the current financial crisis », *Berkerley J. Middle E. &Islamic L*, 2009, vol. 2 :1, 137-157.

SIMONT, L., DE GAVRE, J. et FORIERS, P. A., « Examen de jurisprudence (1981 à 1991) : les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1999, p. 795.

SMITH, H., *Guide de la finance islamique*, disponible sur http://ribh.files.wordpress.com/2009/11/guide_finance_islamique_fr_240909.pdf, 2009.

TACY, K. J., « Islamic finance : a growing industry in the United States », *N. C. Banking Inst.*, 2006, vol. 10, 355-378.

THEVENET, M., *La culture d'entreprise*, Paris, Puf, 1993.

THOMAS, R. J., « Islamic banking and finance – Regulatory regimes in Malaysia and Singapore », *Sing.L.Rev.*, 2011, 165-190.

VERLAERS, J., FOBLETS, M-C., « L'appréhension du fait religieux par le droit – À propos des minorités religieuses », *R.T.D.H.*, 1997, *Numéro spécial. La protection des minorités*, pp. 276-277.

WACQUET, PH., « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », extrait du colloque *Travail, liberté et vie personnelle du salarié*, Gaz. Pal, tome III, p. 1427.

- **Articles de presse**

BELGA, « Triodos : la banque éthique affiche aussi d'excellents résultats », *Trends-tendances*, 29 février 2008, disponible sur <http://trends.levif.be/economie/actualite/banque-et-finance/triodos-la-banque-ethique-affiche-aussi-d-excellents-resultats/article-1194641945481.htm>.

BELGA, « BNP Paribas Fortis fermera 150 agences d'ici 2015 », *Le Soir*, 25 mars 2013, disponible sur <http://www.lesoir.be/213970/article.economie.2013-03-25/bnp-paribas-fortis-fermera-150-agences-d-ici-2015>.

BELGA, « BNP Paribas Fortis va réduire ses coûts et ses effectifs », *La Libre*, 25 mars 2013, disponible sur <http://www.lalibre.be/economie/actualite/article/805538/bnp-paribas-fortis-va-reduire-ses-couts-et-ses-effectifs.html>.

BELGA, « L'AG de NewB valide la création de la banque coopérative », *L'Echo*, 8 juillet 2013, disponible sur http://www.lecho.be/actualite/entreprises_finance/L_AG_de_NewB_valide_la_creation_de_la_banque_cooperative.9372149-3027.art?ckc=1.

DE BOCK, G., « New B : la banque qu'on attendait ? », *Moustique*, 10 avril 2013, pp. 14-15.

HAVERALS, J., « La finance islamique, une manne », *La Libre*, 16 mars 2009, disponible sur <http://www.lalibre.be/economie/libre-entreprise/article/4888472/finance-islamique-une-manne.html>.

LALLEMAND, C., « LA banque New B atteint les 10 000 coopérateurs, 48h après son lancement », *Le Vif*, 26 mars 2013, disponible sur <http://www.trends.levif.be/economie/actualite.banque-et-finance/la-banque-new-b-atteint-les-10-000-cooperateurs-48h-apres-son-lancement/article-4000268663268.htm>.

MEULDERS, R., « Bruxelles lorgne les capitaux islamiques », *La Libre*, 22 novembre 2012, pp. 26-27.

NEUMANN, B., VANDENDOOREN, S., « L'Europe fait les yeux doux à la finance islamique », *Trends- Tendances*, 12 mars 2009, pp. 32-37.

VELLANDA, D., « New B : ceci n'est pas (encore) une banque », *L'avenir*, 23 mars 2013 disponible sur http://www.lavenir.net/article/detail.aspx?articleid=DMF20130323_00286635.

ZAVADSKI, M., « La finance islamique s'installe en Asie », *Courrier international*, 13 au 19 mars 2008, n° 906, p. 62.

- **Sites internet**

<http://www.diversite.be>

<http://economie.fgov.be>

<http://www.islamic-bank.com>

<http://www.triodos.be>

<http://www.vedura.fr>

Jurisprudence

- ***Jurisprudence européenne***

Cour. eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n° 6833/74.

Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, req. n°7525/76.

Cour eur. D.H., arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, req. n°14307/88.

Cour eur. D.H., arrêt *Dogru c. France*, 4 décembre 2008, req. n°27058/05.

Cour eur D.H., arrêt *Bigaeva c. Grèce*, 28 mai 2009, req. n°26713/05.

Cour eur. D.H., arrêt *Obst c. Allemagne*, 23 septembre 2010, req. n°425/03.

Cour eur. D.H., arrêt *Schuth c. Allemagne*, 23 septembre 2010, req. n°1620/03.

Cour eur. D.H., C. arrêt *Siebenhaar c. Allemagne*, 3 février 2011, req. n°18136/02.

Cour eur. D. H., arrêt *Chaplin c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, req. n° 59842/10.

Cour eur. D. H., arrêt *Eweida c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, req. n°48420/10.

- ***Jurisprudence belge***

Cass., 8 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 921.

Cass., 15 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1068.

Liège, 22 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1205.

C. trav. Bruxelles, 15 janvier 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 140.

- ***Jurisprudence française***

Cass. fr. (soc), 17 avril 1991, n°90-42.636, disponible sur

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007026634&dateTexte=>.

- ***Jurisprudence anglaise***

Shamil Bank of Bahrain EC vs Beximco Pharmaceuticals Ltd and others (2004), Court of Appeal [2004] EWCA.

Divers

Commission des communautés européennes, Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, 18 juillet 2001, COM (2001) 366 final, inéd.

Communiqué du Greffier de la Cour européenne des droits de l'homme, « Employés ecclésiastiques licenciés pour adultère : le juge national doit mettre en balance les droits des deux parties et tenir compte de la particularité des fonctions exercées », 23 septembre 2010, disponible sur <http://www.echr.coe.int>.