

Conférence sur l'arbitrage et les transactions islamiques

Intervention de Salim El Méouchi, le jeudi 1^{er} décembre 2005 à Paris, dans le cadre du Séminaire de présentation du Système Franco-Arabe de Conciliation, d'Arbitrage et d'Expertise, organisé par le Centre de Conciliation, d'Arbitrage et d'Expertise de la Chambre de Commerce Franco-Arabe.

En cette première heure de l'après-midi où l'attention a tendance à se relâcher, ma tâche première consistera à retenir votre attention; ceci sera d'autant plus facile que le sujet dont je vais traiter commence à retenir de plus en plus l'attention des milieux financiers occidentaux, notamment anglo-saxons.

Il s'agit de vous livrer une réflexion sur les transactions islamiques et l'arbitrage, plus précisément l'arbitrage international dans les transactions islamiques.

L'essor impressionnant de l'arbitrage international, surtout l'arbitrage international institutionnalisé d'une part, et d'autre part l'importance accrue ces dernières années des transactions islamiques au sein du monde arabe et dans certains pays occidentaux, importance accentuée par l'accroissement spectaculaire des revenus du pétrole, dont certains sont confiés à des institutions spécialisées tenues de les faire fructifier selon les préceptes de l'Islam, toutes ces considérations doivent nous inciter à porter notre attention sur le sujet en question afin de voir comment la communauté internationale des affaires peut bénéficier des mécanismes mis en place à cet effet dans le cadre des transactions islamiques, et en

faire profiter les investisseurs soucieux de se procurer des sources de financement avantageuses.

Les fonds investis ou disponibles pour des financements islamiques dépassent aujourd'hui 100 milliards de dollars américains, et sont véhiculés par 250 à 300 institutions spécialisées (chiffres de l'année 2004).

J'aborderai succinctement, afin de rester dans le temps qui m'est imparti, les principales règles que les transactions islamiques doivent respecter afin d'être en conformité avec les préceptes islamiques de la Sharia qui est l'œuvre de Dieu, et non pas la création de l'homme comme la loi et le droit positif, et qui régit aussi bien les rapport de l'homme avec Dieu que les rapports entre les hommes, enfin qui est constituée en premier lieu par le Coran, paroles de Dieu révélées au Prophète Mohamed et qui ne peuvent être modifiées par la législation d'un état quel qu'il soit (1), par la Sunna ou tradition du prophète regroupant tout ce qui est attribué au Prophète en paroles et actes (Hadith), tels que transmis par les premiers « pères » de l'Islam, et s'adressant notamment à des sujets que le Coran n'a pas nécessairement traités ou évoqués (2), constituée également par l'Ijtihad qui signifie l'effort (le Jouhd) et l'usage de la raison en vue de dégager des solutions appropriées dans des situations non prévues par le Coran et la Sunna, et ceci sur base de moyens d'interprétation tels que le Qiyas (ou analogie), l'Ijma (l'unanimité des docteurs de la loi islamique), l'Istihsan (ou déductions s'appuyant sur un raisonnement logique et une compréhension profonde du Coran et de la Sunna), la Maslaha (ou l'intérêt commun), enfin l'usage, le «Erf» (les us et coutumes).

Je procèderai très brièvement comme suit :

I- Les préceptes fondamentaux de la Sharia que les transactions islamiques doivent observer.

II- La nécessaire conformité de l'arbitrage international dans les transactions islamiques avec la Sharia.

III- Les recommandations afin d'encourager et de sécuriser les partenaires économiques et investisseurs à recourir aux transactions islamiques, notamment par la voie de l'arbitrage international institutionnalisé organisé de sorte à être en conformité avec les préceptes de la Sharia Islamique.

I- Les préceptes fondamentaux de la Sharia auxquels les transactions islamiques doivent se conformer.

Il ne s'agit pas d'être exhaustif, nous retiendrons par exemple :

1)- La prohibition de l'intérêt (ou Riba) :

En matière de prêt le droit musulman ne reconnaît pas l'intérêt en ce sens qu'il ne reconnaît pas à l'argent le droit de générer par lui-même des revenus du seul fait de l'écoulement du temps. Par contre le pourvoyeur de fonds peut obtenir une rémunération indirecte des fonds pourvus à travers les revenus générés par les biens ou l'activité qu'il a financés ; étant noté que la Sharia n'interdit pas que le mode de calcul de la rémunération soit basé sur le mode de détermination de l'intérêt. Toutefois la rémunération ne pourra intervenir que si un revenu est généré. Le pourvoyeur de fonds prend un risque commercial que certaines techniques commerciales ont pu parfois circonvenir (par les garanties du risque -Qafalat-).

2)- Autre prohibition : l'aléa ou le Gharar :

Le droit islamique prohibe tout élément de spéculation ou d'incertitude. Tel est le cas du taux variable de rémunération d'un financement ou les contrats de « futures ». Ici également des mécanismes ont été mis en place pour contourner cette interdiction (les sell/ buy-back par exemple).

3)- L'équilibre des prestations :

Seule la faute de l'emprunteur peut justifier l'application de sanctions à son encontre ; or le non respect des engagements peut ne pas être imputable à ce dernier, – cas des pénalités de retard (interdites) et comment contourner le problème – (une surprime est due à chaque échéance dont l'emprunteur sera dispensé s'il paye à temps).

4)- Quelques techniques de base de financement islamiques :

A- Les financements participatifs :

(a)- La Moudaraba : qui peut être assimilée à une commandite simple où le pourvoyeur de fonds fait office de commanditaire et se retire à l'échéance du terme convenu selon des conditions préétablies.

(b)- La Mousharaka, forme de société en participation où chacun des associés est tenu de réaliser un apport.

B- Les financements d'actifs (mourabaha) :

Le prêteur ici se fera rémunérer par le mécanisme de l'achat revente avec plus-value calculée sur base de l'intérêt ; étant noté que le bien devra exister au moment de la vente.

C- Vente à livraison différée (Istina' ; beï salam) :

L'istina' porte sur la vente de bien à construire ou à fabriquer, le paiement du prix étant échelonné ; ce mécanisme est utilisé dans le financement de projets de BOT notamment.

D- Le Crédit-Bail (ou Ijara) :

Le financier acquiert auprès d'un tiers un bien qu'il loue et met à la disposition de l'emprunteur ; à la fin de la location l'emprunteur pourra bénéficier d'une option d'achat qui devra être contenue dans un acte séparé.

5)- La nécessité de la conformité de ces techniques et des contrats y relatifs avec la Sharia :

Il est à craindre que ces techniques ne soient utilisées au-delà de leurs limites et ne servent uniquement qu'à contourner ce qui est interdit ; c'est pour cela que leur compatibilité avec la Sharia doit être étroitement surveillée et validée par des comités de Sharia *ad hoc* préalablement identifiés et agréés par les co-contractants. Ceci est d'autant plus nécessaire qu'il existe des interprétations parfois contradictoires émanant des différentes écoles de droit islamique, de l'inexistence d'un organisme suprême reconnu de tous, et de l'absence d'autorité de la chose jugée.

II- La mise en conformité de l'arbitrage international avec les préceptes de la Sharia islamique.

Nous retiendrons ici, sans être exhaustifs, les éléments d'information suivants :

1)- L'arbitrage est reconnu par la Sharia, il y a unanimité là-dessus, encore que selon certaines écoles, la convention d'arbitrage ne puisse pas nécessairement lier les parties sauf si elle a été agréée par le juge de droit commun, le Kadi.

2)- Restrictions quant à la personne de l'arbitre ou des arbitres :

A- L'arbitre doit être apte à assumer les fonctions de juge au regard de la Sharia.

B- L'arbitre doit réunir au moins certaines des qualifications requises du juge.

C- Il n'est pas nécessaire qu'il réunisse les dix conditions requises du juge par la majeure partie des docteurs de la loi. La mission peut être confiée à des personnes exerçant certaines professions.

D- Il suffit que l'arbitrage soit confié à un musulman.

Il est considéré que seul un musulman peut posséder une connaissance de la Sharia telle qu'il puisse rendre une décision qui soit en accord avec les principes de cette dernière. Toutefois l'école Hanafite par exemple admet, pour sa part, qu'un non musulman puisse rendre la justice à un non musulman.

Il est à noter que l'Islam ne fait pas de distinction entre le musulman autochtone et le musulman étranger.

3)- Spécificités relatives à l'arbitrage international islamique :

A- La Sharia doit être la loi applicable, qu'elle ait été désignée comme telle dans le contrat ou pas, même si elle est en contradiction avec les lois positives dans le pays dont est ressortissant l'un des co-contractants.

B- Les dispositions de la Sharia sont fondées sur la justice et l'équité et l'on ne peut imaginer qu'une loi positive soit plus juste et équitable que la loi divine révélée aux hommes.

C- Si une sentence rendue par un arbitre international se fonde sur des dispositions qui sont en contradiction avec les règles de la Sharia, cette sentence ne sera pas susceptible d'exécution dans un pays de droit musulman.

D- La Sharia s'appliquera tant au plan de la procédure qu'au plan du fond. Nous retrouvons toutefois les règles traditionnelles de procédure, telle celle qui énonce que la preuve incombe au demandeur. En revanche, il est accordé plus d'importance au témoignage qu'à l'écrit, encore qu'en matière commerciale et en raison de la complexité des transactions, l'écrit reprend ses droits, de même que les us et coutumes et les usages commerciaux.

E- L'arbitrage procède de la fonction judiciaire.

En dépit des divergences existant entre les docteurs du Fiqh sur le point de savoir s'il est possible de renoncer à l'arbitrage avant que les arbitres ne rendent leur sentence, la doctrine s'accorde à assimiler l'arbitrage à un

procédé relevant de la fonction judiciaire et à considérer la sentence arbitrale rendue comme une décision ferme obligeant les parties.

F- La sentence des arbitres est susceptible d'exécution forcée; il est toutefois nécessaire de la soumettre à la justice de droit commun pour que celle-ci donne ou refuse son approbation au regard de sa conformité avec les dispositions de la Sharia.

III- Les recommandations.

Le problème des contrats établis sur base des préceptes de la Sharia réside dans le fait que les clauses d'attribution de compétence juridictionnelle et légale ne sont pas nécessairement sécurisantes pour la partie qui a recours au financement (partie censée être la plus faible).

En effet, le plus souvent le contrat prévoit la référence à un comité juridique *ad hoc* rattaché à l'institution qui pourvoit le financement et qui sera chargé de déterminer les textes de droit islamique qui doivent être applicables au conflit ; le contrat prévoit aussi l'attribution de compétence de juridiction à un arbitre ou une commission arbitrale dont les membres sont pré - sélectionné (s).

Je considère que les investisseurs, quels qu'ils soient, seraient fortement encouragés à adhérer aux transactions islamiques si le contrat devait prévoir une clause de rattachement et d'attribution de compétence qui prévoirait :

- 1- Un arbitrage international institutionnalisé rattaché à une institution internationalement reconnue et dotée d'un règlement *ad hoc* applicable au conflit relatif aux transactions islamiques, et conforme aux dispositions et préceptes de la Sharia islamique.
- 2- Le rattachement à la Sharia islamique bien entendu comme loi applicable au contrat.
- 3- Un comité islamique rattaché à l'institution internationale qui «déterminera le droit islamique ».
- 4- La nomination du ou des arbitres par l'institution internationale parmi les personnes présélectionnées par cette dernière et répondant tous aux critères et caractéristiques requis par la Sharia pour être agréés comme arbitres.

Il n'en demeure pas moins que beaucoup de problèmes restent à régler, que mes collègues ne manqueront pas de soulever dans leurs interventions, mais ceci en fait relève du travail quotidien qu'il y a lieu d'entreprendre avec détermination afin d'améliorer la performance des transactions islamiques, et de mettre en harmonie leurs dispositions tant avec les règles du droit islamique qu'avec celles du monde des affaires.