

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LES CONTRATS NOMMÉS PRÉVUS AU

CODE CIVIL DU QUÉBEC

ET LA

FINANCE ISLAMIQUE

MÉMOIRE

PRÉSENTÉ

COMME EXIGENCE PARTIELLE

DE LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR

ABDELAZIZ EL HAMMAOUI

Juillet 2012

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

De prime abord, je tiens à remercier Allah, le Clément et Miséricordieux, de m'avoir donné la force, le courage et la patience durant mes études.

J'adresse aussi ma profonde gratitude à mon directeur de mémoire, le professeur Georges LeBel, pour avoir accepté de me diriger patiemment, pour son soutien pendant la rédaction de ce mémoire, sa disponibilité et ses conseils avisés.

Je souhaiterais remercier aussi Monsieur Pierre Bosset, directeur de la Maîtrise en droit de l'Université du Québec à Montréal (UQÀM); je remercie également l'ensemble du corps professoral de département de sciences juridiques, et plus précisément les professeures Anne Saris et Gaële Gidrol-Mistral d'avoir accepté de commenter mon projet de mémoire, et pour leurs commentaires constructifs.

Je suis aussi très reconnaissant au personnel du département des sciences juridiques de l'(UQÀM), spécialement Madame Claire Reeves pour tout le travail administratif concernant mon dossier académique.

J'adresse également mes plus profonds remerciements au personnel de la bibliothèque des sciences juridiques, également à la mémoire de Madame Moreault Liette décédée au cours de ma Maîtrise en droit.

Je tiens à remercier plus particulièrement toutes les personnes qui ont largement contribué à l'élaboration de ce mémoire : Essalhi Amine, Taha Mahamoud Sougueh, Aouhal Hakim, Yacine Cerme et Gauthier Josianne.

Enfin, je tiens à adresser mes remerciements à tous ceux qui m'ont suivi, soutenu, encouragé: à mes parents, mes frères, mes sœurs et mes amis.

TABLES DES MATIÈRE

LISTE DES TABLEAUX	ix
LISTE DES FIGURES	x
GLOSSAIRE DES TERMES UTILISÉS	xi
SIGLES ET ABRÉVIATIONS.....	xiv
RÉSUMÉ	xvi
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I	
INTRODUCTION AUX DEUX SYSTÈMES NORMATIFS	18
SECTION I	
VERS LA COMPRÉHENSION DE LA FINANCE ISLAMIQUE.....	19
1.1.1 La théorie financière islamique : un paradigme contemporain.....	19
1.1.2 Les fondements de la FI	22
1.1.2.1 L'interdiction de Riba (intérêt et usure)	22
1.1.2.1.1 Tout d'abord le Coran.....	23
1.1.2.1.2 En ce qui concerne la Sunna.....	25
1.1.2.1.3 Le Consensus	26
1.1.2.2 Le principe de Partage des Pertes et Profits (3P)	30
1.1.2.3 L'interdiction de la spéculation (gharar) et de l'incertitude dans les contrats (mayser)	31
1.1.2.4 Le principe d'existence d'un actif sous-jacent : Asset Backing.....	32
1.1.2.5 Le principe d'interdiction des actifs illicites	32
SECTION II	
PRÉSENTATION DU SYSTÈME BANCAIRE CANADIEN	34
2.1 L'organisation du système bancaire canadien.....	35
---La notion de la banque---	36
2.2 Les équivalents des principes de la FI en droit canadien.....	38

CHAPITRE II	
L'ÉTUDE COMPARATIVE	42
2.1 Contrat de prêt d'argent	45
2.1.1 Le prêt selon le C.c.Q	45
2.1.1.1 Définition et approche historique	46
2.1.1.1.1 Définition.....	46
2.1.1.1.2 Approche historique.....	46
2.1.1.2 Réglementation du contrat de prêt à intérêt.....	47
2.1.1.3 La stipulation de l'intérêt	47
2.1.2 Le concept islamique du prêt	48
2.1.2.1 Définition de Qard al-Hasan	48
2.1.2.2 Les catégories du Qard al-Hasan	48
2.1.2.3 Règles relatives à al-Qard al-Hassan	49
2.1.3 L'étude comparative.....	50
2.1.3.1 Les points en commun	50
2.1.3.2 Les points de divergence	51
2.1.4 L'adaptation des principes de la Charia' a aux instruments financières modernes : <i>Mourabaha</i>	52
2.1.5 Le Code civil est-il un cadre compatible pour le mode de financement alternatif? : Le taux d'intérêt et le taux de profit	53
2.2 La vente à tempérament	56
2.2.1 La vente à tempérament selon le C.c.Q	57
2.2.1.1 Définition	57
2.2.1.2 Les effets d'ordre juridique de l'opération de vente à tempérament	58
2.2.1.2.1 Le non transfert du droit de propriété	58
2.2.1.2.2 Le transfert des risques	58
2.2.1.3 Défaut du débiteur	58

2.2.2 La vente à tempérament selon le Droit musulman (bai bi-takssit).....	59
2.2.2.1 Définition de vente à terme (bai bi-takssit)	59
2.2.2.2 La licéité de la vente à crédit (bai bi-takssit)	60
2.2.2.3 Les règles propres au contrat de la vente à crédit exigées par la Charia' a	62
2.2.2.4 Les effets d'ordre juridique de l'opération de vente à crédit	63
2.2.2.4.1 Le transfert de propriété	63
2.2.2.4.2 Le transfert des risques	63
2.2.2.5 Défaut du débiteur	63
2.2.3 L'étude comparative	63
2.2.3.1 Opposition au principe de l'interdiction de l'intérêt	64
2.2.3.2 Opposition aux conditions relatives à l'objet du contrat	64
2.2.3.3 Opposition aux règles relatives au prix de vente aux modalités de paiement.	65
2.2.4 Le Code civil est-il un contexte compatible pour le mode de financement alternatif?	66
2.3 La vente faite avec faculté de rachat	68
2.3.1 La vente avec faculté de rachat selon le C.c.Q	69
2.3.1.1 Définition	69
2.3.1.2 L'effet du contrat à l'égard du client.....	70
2.3.1.3 L'effet du contrat à l'égard de la banque	70
2.3.2 La vente conditionnelle et le Rahn (hypothèque) dans le Droit musulman	71
2.3.2.1 Définition du contrat de Rahn (hypothèque)	71
2.3.2.2 La licéité du Rahn	72
2.3.2.3 Quelles sont les conditions de formation du contrat de Rahn?	72
2.3.2.4 Contrat de vente sous condition de rachat	73
2.3.3 L'étude comparative	74
2.3.4 Le Code civil est-il un cadre compatible pour le mode de financement alternatif?.....	74

2.4 Crédit bail.....	76
2.4.1 Le Crédit bail selon le C.c.Q	77
2.4.1.1 Définition	78
2.4.1.2 Types de Crédit bail	79
2.4.1.3 Particularités du contrat	79
2.4.1.4 Défaut du crédit preneur	80
2.4.2 Le Crédit bail selon le Droit musulman	81
2.4.2.1 Ijara (Louage)	81
2.4.2.1.1 Définition	81
2.4.2.1.2 La licéité de l'Ijara	81
2.4.2.1.3 Les effets d'ordre juridique de l'opération d'Ijara	82
2.4.2.1.3.1 Les obligations du locateur	82
2.4.2.1.3.1.1 L'obligation de délivrance	83
2.4.2.1.3.1.2 L'obligation d'entretien	83
2.4.2.1.3.1.3 Les garanties contre les troubles	83
2.4.2.1.3.2 Les obligations de crédit preneur	83
2.4.2.1.3.2.1 Payer le loyer	83
2.4.2.1.3.2.2 Utiliser le bien en personne raisonnable	83
2.4.2.1.3.2.3 Rendre le bien au locateur à l'expiration du bail	83
2.4.2.2 Ijara wa- Iqtina	83
2.4.2.2.1 Définition	83
2.4.2.2.2 Les règles particulières à l'Ijara wa-Iqtina	84
2.4.3 Convergence et divergence	85
2.4.4 Le Code civil est-il un contexte compatible pour le mode de financement alternatif?	87
2.5 L'affacturage.....	88
2.5.1 L'affacturage.....	89

2.5.1.1 Définition	89
2.5.1.2 Les différents types d'affacturage	90
2.5.1.3 Qualification civiliste	91
2.5.1.4 Marché primaire et secondaire	92
2.5.2 La vente de créances dans le droit musulman	93
2.5.2.1 Définition	93
2.5.2.2 Les conditions de la vente de créances	94
2.5.2.3 Les catégories de la vente des créances	94
2.5.3 L'étude comparative	95
2.5.3.1 Gestion du poste client	95
2.5.3.2 Le financement s'oppose au principe de l'interdiction de l'intérêt	96
2.5.3.3 La garantie des créances s'oppose au principe de l'interdiction de l'incertitude	96
2.5.3.4 La titrisation s'oppose à la tangibilité de l'actif	96
2.5.4 Le Code civil est-il un cadre compatible pour le mode de financement alternatif?.....	97
2.6 Le cautionnement.....	98
2.6.1 Le cautionnement selon le C.c.Q	100
2.6.1.1 Définition	100
2.6.1.2 Catégories du cautionnement	101
2.6.2 Le cautionnement 'Daman' selon le droit musulman	103
2.6.2.1 Définition	103
2.6.2.2 La licéité du cautionnement 'Daman'	104
2.6.2.3 Les catégories du cautionnement 'Daman'	105
2.6.2.4 Les règles particulières à cette opération exigées par la Charia' a	105
2.6.3 Étude comparative.....	107
2.6.4 Le Code civil est-il un contexte propice pour le cautionnement?.....	107
2.7 Dépôt bancaire	109

2.7.1 Le dépôt bancaire selon le Code civil du Québec	110
2.7.1.1 Définition	110
2.7.1.2 Les catégories de dépôts bancaires	111
2.7.1.2.1 Les dépôts à vue	111
2.7.1.2.2 Les dépôts à terme et plan d'épargne	111
2.7.1.3 La qualification juridique de dépôt bancaire	112
2.7.2 Le dépôt selon le droit musulman	113
2.7.2.1 Définition	113
2.7.2.2 Les catégories de dépôts bancaires	114
2.7.2.2.1 Les dépôts à vue	114
2.7.2.2.2 Le compte courant	114
2.7.2.2.3 Le compte d'épargne	115
2.7.2.2.4 Les dépôts d'investissement	115
2.7.3 Étude comparative.....	118
2.7.4 Le Code civil est-il un contexte compatible pour le mode de financement alternatif?	119
2.8 La donation.....	121
2.8.1 La donation selon le C.c.Q	122
2.8.1.1 Définition	122
2.8.1.2 Les effets de donation	123
2.8.1.3 La révocation de la donation pour cause d'ingratitude	125
2.8.2 La donation (Hiba) dans le droit musulman	125
2.8.2.1 Définition	125
2.8.2.2 Les effets de donation	126
2.8.3 Étude comparative	127
2.8.4 Le Code civil est-il un contexte propice pour la donation?	128
CONCLUSION	129
BIBLIOGRAPHIE	134

LISTE DES TABLEAUX

Tableau 1 : La FI dans l'Afrique du nord	3
--	---

LISTE DES FIGURES

Graphique 1 : Composition des actifs islamiques selon le type d'opérateur	6
Graphique 2 : Répartition des actifs islamiques selon le type de produit	20

GLOSSAIRE DES TERMES UTILISÉS

Charia' a	Loi canonique musulmane régissant la vie religieuse, politique, sociale et individuelle.
Coran	Livre saint des musulmans.
Dayn	Dettes.
Fatwa	Consultation juridique donnée par une autorité religieuse à propos d'un cas douteux ou d'une question nouvelle ; décision ou décret qui en résulte.
FI	Finance islamique.
Fiqh	Jurisprudence ; le corps des juristes dans la loi islamique.
Fikh Al'ibadat	Jurisprudence relative aux obligations religieuses.
Fikh Al Mou'amala	Jurisprudence commerciale islamique.
Gharar	Incertitude, hasard.
Hadith	Désigne une communication orale du prophète de l'islam Mohamed.
Ijara	Contrat financier islamique similaire à la location-vente.
Ijma'	Consensus en matière de jurisprudence.
Imam	Est une personne qui dirige la prière en commun. Toutefois, un certain nombre de personnages éminents portent le titre d'imam dans le sunnisme.
Islam	Troisième religion monothéiste, de même origine que le judaïsme et le christianisme.
Malikite	L'une des quatre écoles de jurisprudence (mādhhab) de l'islām sunnite.

Mohamed	Ou Mahomet. Prophète pour les musulmans.
Moudharaba	Forme d'association dans laquelle une des deux parties prenantes fournit le capital et l'autre le travail.
Mourabaha	Contrat financier islamique selon les termes duquel le créancier achète un actif pour le compte du débiteur et le lui revend avec une marge.
Mousharakah	Contrat entre plusieurs associés qui contribuent ensemble tant au capital qu'à la gestion.
Maysir	Jeu de hasard interdit en Islam.
PPP	Partage des pertes et profits.
Qard Hasan	Prêt sans intérêt.
Qimâr	Une sorte de jeu de hasard.
Riba	Intérêt et usure.
Saftaja	Lettre de change.
Salam	Contrat de vente prévoyant le paiement à l'avance de marchandises livrées ultérieurement (advance purchase).
Sarraaf	Banquier.
Sourate	Chapitre du Coran.
Sunna	Faits et dires et approbation du Prophète Mohamed.
Sunnite	Sont, par définition, les hommes du Coran et de la sunna, c'est-à-dire de la tradition de tout l'enseignement du prophète Mohamed.
Soukouk	Obligation « islamique », similaire à une obligation adossée à un actif.
Takaful	Assurance islamique; celle-ci prend la forme d'une assurance coopérative avec mise en commun des fonds, selon le principe de l'assurance mutuelle.

Tarbit	Mot hébreu qui signifie, comme Riba en langue arabe, à la fois usure et intérêt.
Thésaurisation	Est le fait de vouloir garder son argent en dehors du circuit économique.
Zakat	Un des cinq piliers de l'islam, qui correspond à un impôt sur la richesse, principalement au bénéfice du pauvre et du nécessiteux.
Verset	Un petit paragraphe qui forme une division d'un chapitre dans un livre sacré (Coran).
Shariah boards	Comités consultatifs composés de spécialistes en loi islamique (shariah scholars) qui se prononcent sur la conformité à la Charia des produits financiers proposés.
Shariah compliant	Conforme à la loi coranique

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

AAOIFI	Accounting and Auditing Organization for Islamic Finance Institution.
Al Azhar	Al-Azhar est une des principales universités d'étude de l'Islam.
AMJA	Assembly of Muslim Jurists of America.
Asset Backing	Toute transaction financière doit être sous-tendue par un actif tangible identifiable.
C.c.Q	Code Civil du Québec.
BID	Banque Islamique de Développement.
FI	Finance Islamique.
HSBC	The Hong Kong and Shanghai Banking Corporation.
IDE	Investissement Direct à l'Étranger.
IFC	Institutions de Finance Conventiennelle.
IFI	Institutions Financières Islamiques.
IIRF	Institut Islamique de la Recherche et de la Formation.
IFA (OCI)	Islamic Fiqh Academy (Organisation of Islamic Cooperation).
PME/PMI	Petites et Moyennes Entreprises et Petites et Moyennes Industries.
REER	Régime enregistré d'épargne-retraite.
SCHL	Société canadienne d'hypothèques et de logement.
Shari'a Academy of America	Is an independent educational institution, with its head quarters. located in Tampa, Florida in the USA.
SWF	Sovereign Wealth Funds, fonds souverain.
UBS	Union Bank of Switzerland.

"Ce que l'on déteste avec le plus de raison, c'est la pratique du prêt à intérêt, parce que le gain qu'on en retire provient de la monnaie elle-même et ne répond plus à la fin qui a présidé à sa création. Car la monnaie a été inventée pour l'échange, tandis que l'intérêt multiplie la quantité de monnaie elle-même [...] car les êtres engendrés ressemblent à leurs parents, et l'intérêt est une monnaie née d'une monnaie. Par conséquent, cette dernière façon de gagner de l'argent est de toutes la plus contraire à la nature" (Aristote, les politiques).

RÉSUMÉ

Malgré le fait que la finance islamique soit exportée dans beaucoup de pays occidentaux, le Canada n'a pas encore montré son intérêt pour un tel mode de financement. La finance islamique se manifeste timidement au Canada et plus précisément au Québec depuis 1991 par l'intermédiaire des établissements non bancaires.

Dans ce contexte, une partie importante des canadiens de confession musulmane sont contraints de s'abstenir de conclure des contrats financiers car ceci se heurte à leurs convictions religieuses. Cette abstention ne rentre pas en conflit avec les conceptions de l'ordre public canadien, en l'occurrence les contrats nommés pratiqués par les banques.

En effet, l'arrivée des produits financiers islamiques au Canada suscite des débats sur la compatibilité de la finance islamique avec le paysage financier canadien dans la mesure où ses mécanismes de fonctionnement sont différents de ceux du secteur bancaire conventionnel. Ainsi, un certain nombre de réformes est nécessaire. Ces réformes peuvent apparaître d'ordre technique alors qu'elles sont d'ordre juridique.

Dans cette perspective, notre mémoire porte sur la réception éventuelle, dans la pratique bancaire canadienne, des contrats nommés prévus au *Code civil du Québec* et leur éventuelle compatibilité avec la Finance Islamique. Il s'agit d'une étude comparative qui vise, d'une part, à déterminer les obstacles auxquels les canadiens de confession musulmane peuvent faire face à propos des produits financiers conventionnels et, d'autre part, à savoir identifier si le *Code civil du Québec* constitue un contexte compatible pour les fenêtres islamiques des banques conventionnelles et les banques islamiques.

Pour ce faire, nous allons suivre, dans notre mémoire, une double analyse de la pratique bancaire et des dispositions de certains contrats nommés du *C.c.Q* qui les régissent.

Cette recherche porte uniquement sur les aspects juridiques des contrats nommés du *C.c.Q* tels qu'ils sont pratiqués par les banques sans égard aux autres lois et règlements fédéraux et provinciaux qui encadrent l'activité bancaire. Dans le même ordre d'idées, ce travail s'est limité aux sources du droit de transaction financière islamique 'sunnite'.

Mots-clés : Finance Islamique, contrats nommés, Fiqh, *C.c.Q.*, banque conventionnelle, banque islamique, contrat, prêt, Crédit-bail, vente à tempérament, vente-rachat, dépôt bancaire, cautionnement, donation, affacturage. Qard al-Hasan, bai bi-taksit, Rahn, Ijara, Ijara wa- Iqtina, Daman, Kafala, Morabaha, Modharaba.

INTRODUCTION

Dans la perspective de son intégration dans l'espace financier international¹, le Canada a amorcé en 1964 un vaste mouvement de réforme du secteur financier visant les institutions financières, les marchés financiers et les systèmes de paiement, de compensation et de règlement.

Malgré ces modifications législatives, le système bancaire est resté hostile aux banques étrangères qui ne parviennent pas à intégrer le marché canadien jusqu'en 1980². Toutefois, elles ont exercé des activités limitées par l'intermédiaire d'établissements non bancaires affiliés³. Par la suite, en 1980, des révisions ont permis aux banques étrangères de créer des filiales bancaires⁴.

Avant 1980, l'incorporation des banques constituait une compétence exclusive au parlement selon des procédures de la *Loi sur les banques*. À partir de cette date, deux méthodes peuvent être entreprises, via la *Loi des banques* ou par la lettre patente auprès du ministère des Finances. Cette dernière a été ajoutée pour faciliter l'incorporation des filiales de banques étrangères de l'annexe II. Il faut, toutefois, noter que les provinces peuvent autoriser les institutions financières, qui à leur tour exercent pleinement leurs activités. À cet égard, on peut citer La caisse Desjardins au Québec et Credit Union dans certaines provinces comme l'Ontario⁵.

En 1999, une Loi permet la création de succursales bancaires et établit une nouvelle catégorie de banques appelées « les banques étrangères autorisées ». Cependant, les

¹ L'Heureux, Édith Fortin et Marc Lacoursière, *Droit bancaire*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Balais, 2004, à la p. 11 [L'Heureux, Fortin et Lacoursière].

² Québec, Ministère des Finances, *Le Système financier canadien*, Publications et rapports, 2008 [Ministère des Finances].

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ Margaret H Ogilvie, *Canadian Banking Law*, 2nd ed., Scarborough, Carswell, 1998, à la p. 31 [H Ogilvie].

succursales de banques étrangères étaient limitées aux services en gros, puisqu'elles ne pouvaient pas accepter les dépôts de moins de 150 000\$⁶.

Parallèlement à cette phase d'évolution du système financier canadien vis-à-vis des banques étrangères, la finance islamique (FI)⁷ connaissait, dans d'autres pays, une progression en plusieurs phases à l'échelon interne et externe. En effet, elle a commencé par de simples contrats financiers pratiqués par des commerçants depuis le VI^{ème} siècle jusqu'à l'établissement d'un système d'intermédiation⁸ « banque islamique » par la création de la première banque islamique en 1973⁹.

L'indépendance des pays musulmans a permis la renaissance d'un financement qui respecte les principes islamiques en matière financière. Dans cette perspective, un principe de la FI, « la règle générale dans les transactions financières est l'autorisation », permet aux juristes de valider des montages financiers développés par les théoriciens économiques afin de mettre en place des banques islamiques.

Les premières initiatives pour l'établissement des institutions financières islamiques étaient prises par **des personnes privées** dans un objectif de réconciliation d'un désir de la réussite commerciale et le respect des exigences de la *Charia' a*. Elles auraient commencé en Malaisie, en 1962, avec le Pilgrim's Management Fund¹⁰. Puis, en Egypte

⁶ L'Heureux, Fortin et Lacoursière *supra* note 1, aux pp. 12 et 19. Ministère des Finances, *supra* note 2.

⁷ Nous utiliserons (FI) pour désigner par la suite le concept général de la finance islamique. Cette dernière est une nouvelle expression composée de deux mots : la finance qui se définit comme l'ensemble des activités qui organisent le financement des agents économiques ayant besoin de capitaux (comme les entreprises ou les Etats) par les agents ayant des surplus (typiquement les ménages épargnants). Et d'autre part, l'objectif islamique qui suppose le respect de l'ensemble des principes de la *Charia' a* en la matière.

⁸ Saadallah Ridha, «Le financement islamique: Concept et principes généraux », dans Introduction aux techniques islamiques de financement, IIRF- BID, Djeddah, Arabie Saoudite, 123, à la p.29.

⁹ Causse Geneviève, *La finance islamique*, Paris, Revue Banque, 2009, aux pp. 20 et 21 [Geneviève]; Zamir and Mirathor Abbas, *An introduction to Islamic Finance Theory and Practice*, Asia, John Wiley & Sons, 2009, à la p. 109 [Zamir and Mirathor].

¹⁰ Achraf Azri, *Le système financier islamique*, mémoire de Maîtrise en Finance, Faculté des Sciences Économique et de Gestion de Sfax, en ligne : <http://www.memoireonline.com/12/09/2975/m_Le-systeme-financier-islamique2.html>.

en 1963 avec Mit Ghamr Saving Bank à Mit Ghamr par Ahmed Al Naggar. Cette institution est devenue, plus tard en 1971, Nasser Social Bank. Cette dernière était la première banque qui consacre, dans son acte constitutif, l'interdiction de traiter avec l'intérêt¹¹. Toutefois, de nombreux auteurs considèrent que Dubai Islamic Bank (personne morale du droit privé), qui a été créé en 1975, est la première véritable banque islamique¹².

Par la suite, **une intervention étatique** s'est manifestée dans certains pays musulmans pour soutenir cette démarche privée, non seulement pour réconcilier la pratique avec les convictions religieuses, mais surtout pour mobiliser des ressources supplémentaires qui étaient auparavant gelées¹³. D'autres pays musulmans n'étaient pas favorables à l'émergence de la FI. C'est ainsi que, par exemple, le sultanat d'Oman interdit légalement la FI¹⁴. Paradoxalement, l'introduction de cette dernière dans le Sultanat aurait été préjudiciable pour les banques conventionnelles, détenues majoritairement par des pays étrangers. De nombreuses questions se posent donc au niveau de la représentation légitime, l'intérêt national et la dépendance.

Tableau 1 : la FI dans l'Afrique du Nord

PAYS	Degré de développement de la finance islamique
Maroc	Il n'existe aucune banque islamique. Une filiale du groupe Attijariwafa bank commercialise un seul financement conforme à la Charia – désignés par "alternatifs" selon l'appellation officielle au Maroc.
Algérie	Il existe deux banques islamiques en Algérie, en l'occurrence Al Baraka Bank depuis 1991 et Al Salam Bank depuis 2008.

¹¹ Nassima Hachof, en ligne: <www.kantakji.com/fiqh/Files/Banks/34106.doc>.

¹² Said bin Saad Almrtn: Rapport des institutions appliquées à l'économie islamique, fenêtres islamiques des banques, à la p.8, en ligne : <<http://www.kantakji.com/>>.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Anouar Hassoune et Mohamed Damak, «Les habits neufs de la finance islamique». Paris, Standard & Poor's, 2007.

Tunisie	Il compte trois banques islamiques : Al Baraka Tunisia, Noor Bank et Bank Zitouna. Les sièges des deux premières sont situés dans le Golfe, mais elles interviennent en Tunisie en tant qu'institutions offshores, tandis que Bank Zitouna a été créée en mai 2010 en tant que banque de détail locale pour desservir le marché national.
Libye	Pas de banques islamiques ; pas de produits islamiques.
Mauritanie	Al Baraka Bank a créé une banque islamique dans le pays en 1985, la moitié du capital initial ayant été souscrite par des actionnaires saoudiens, 10 pour cent par la Banque centrale et les 40 pour cent restants par des hommes d'affaires mauritaniens.

Source : Banque africaine de développement, 2011.

Dans la première catégorie de pays, d'autres établissements financiers islamiques vont apparaître durant la même décennie. Nous pouvons nommer la Faysal Islamic Bank en 1977, la Banque Islamique de Bahreïn en 1979, l'Union internationale des banques islamiques en 1977, l'institut international pour les banques islamiques et de l'économie islamique à Chypre en 1983 et l'Organisation des institutions financières islamiques de la comptabilité et de la vérification en 1989.

Plusieurs facteurs semblent avoir ainsi favorisé le développement de la FI tels que le gonflement de l'épargne des pays du Machrek (l'Orion arabe) et le rapatriement de certains capitaux des investisseurs musulmans après le 11 septembre 2001¹⁵. Elle était aussi une activité florissante. C'est la raison pour laquelle elle a pris de plus en plus d'ampleur horizontalement, en se propageant non seulement au domaine bancaire, mais aussi aux assurances (Takaful)¹⁶, aux fonds mutuels, aux activités islamiques des banques conventionnelles, aux sociétés de leasing, aux sociétés de négoce des produits

¹⁵ Olivier Pastré et Krassimira Gecheva, «La finance islamique a la croisée des chemins», *Revue d'économie financière*, n° 92 (juin 2008), p. 197, à la p 202.

¹⁶ La première compagnie d'assurance est l'Islamic Insurance Company of Sudan en 1979. En 2005 il avait 82 sociétés. Dans Hossein Askari, Iqbal Zamir and Abbas Mirakhor, *New Issues in Islamic Finance and Economics : Progress and Challenges*, Asia, John Wiley & Sons, 2009, à la p. 30 [Askari, Iqbal and mirakhor].

de base et aux Islamic investment houses¹⁷. Le FMI estimait, qu'il existait, fin 2005, plus de 300 institutions financières islamiques dans plus de 75 pays, avec un taux de croissance de 15% par an sur les dix dernières années¹⁸. Verticalement, ce développement s'est concrétisé par l'internationalisation de la FI. Cette internationalisation a pris plusieurs formes qui correspondent à deux phases¹⁹.

La première phase s'est effectuée dans les pays musulmans. Elle s'est basée sur deux principaux facteurs, d'une part le succès des produits islamiques auprès d'une clientèle très large englobant les différentes confessions, et d'autre part le potentiel de développement important en Orient. Cette évolution a poussé des établissements occidentaux comme Barclays, the Hong Kong and Shanghai Banking Corporation (HSBC), l'Union Bank of Switzerland (UBS) et la Deutsche Bank à ouvrir des fenêtres islamiques durant les années 80. Citibank sera par ailleurs la première banque occidentale à établir une banque islamique (CIIB Bahrain) en 1996²⁰.

La deuxième phase correspond à une extension géographique dans les pays non musulmans par la création de banques islamiques dans les pays occidentaux. Parmi celles-ci, on peut citer la Banque Internationale Islamique au Danemark, l'Islamic bank of Britain (2004), l'European Islamic Investment Bank et la Bank of London and Middle East au UK ; plusieurs banques ont même créé des départements distincts spécialisés en services financiers islamiques sur leurs marchés nationaux²¹.

Au niveau du marché financier, cette internationalisation s'est consacrée par l'émission des *soukous*. À titre d'exemple, « en 2004, le Land allemand de Saxe-

¹⁷ M.Kabir Hassan and Mervyn K.Lewis, « Islamic banking: an introduction and overview », dans M.Kabir Hassan and Mervyn K.Lewis dir., *Islamic Finance*, Cheltenham, 2007, 1, à la p. 1.

¹⁸ Selon la lettre vernimme.net N°51 Octobre 2006. Voir aussi, Mohammed El Qorchi, « La finance islamique est en marche », (2005), *Finances&développement*.

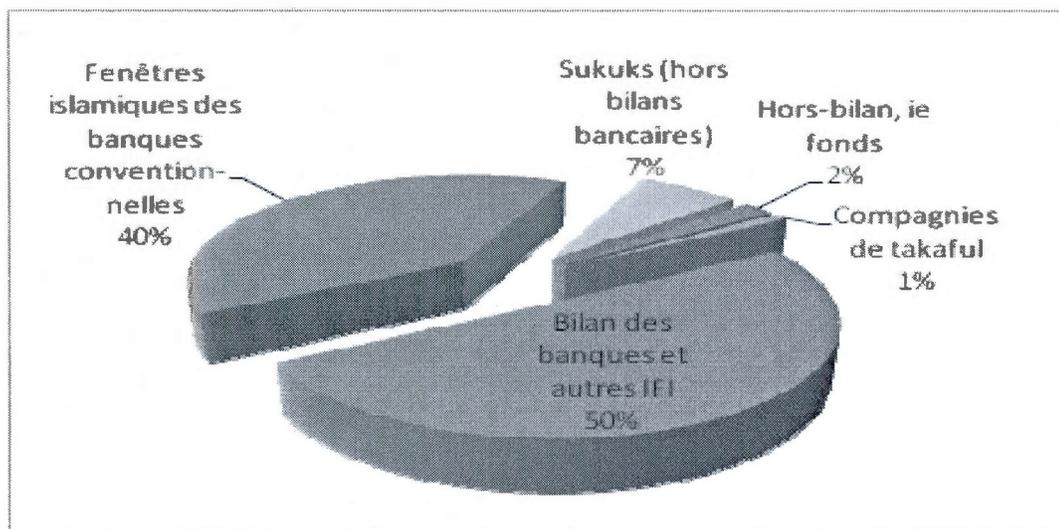
¹⁹ Geneviève, *supra* note 9, à la p.23.

²⁰ *Ibid*, à la p. 3. Voir aussi Iqbal Zamir and Abbas Mirathor, *supra* note 9, à la p.23, aux pp. 26 et 27.

²¹ Askari, Iqbal and mirakhor, *supra* note 16, à la p. 3.

Anhalt a émis un emprunt obligataire de finance islamique, appelé soukouk, de 100 millions d'euros (125,9 millions de dollars). En 2008, le gouvernement du Royaume-Uni l'a envisagé également, pour un montant de 2 milliards de livres (soit près de 3 milliards de dollars) »²². Ainsi qu'à la création d'indices boursiers (Dow Jones Islamic Market Index a New York et Financial Times Stock Exchange Global Islamic Index à Londres)²³.

Graphique 1 : Composition des actifs islamiques selon le type d'opérateur



Source : A. Hassoun, 2008.

²² L'Observateur de l'OCDE, Finance islamique, n° 272, 2009, en ligne :

<http://www.observateurocde.org/news/fullstory.php/aid/2381/Finance_islamique.html>.

²³ Il faut aussi signaler l'apparition de revues (Journal of Islamic Banking and Finance, International Journal of Islamic Financial Services, New Horizon et le Journal de la Finance Islamique) et d'institutions (Institut of Islamic Banking and Insurance, Institut Islamique de Recherche et de Formation, L'Ecole de management de Strasbourg (DU) et L'Université Paris-Dauphine (DU)) spécialisés en matière de finance islamique.

Cela a engendré différents cadres juridiques de la FI correspondant à trois catégories de pays²⁴ :

- Les pays qui ont connu une transformation totale ou une islamisation du cadre juridique du système financier comme le Soudan, le Pakistan et l'Iran.
- Une deuxième catégorie dans laquelle plusieurs ordres juridiques coexistent, à savoir l'ordre juridique colonial qui s'applique au système financier conventionnel, et la *Charia'a* qui s'applique au système financier islamique. Le Bahreïn et le Koweït²⁵ sont des exemples à cet égard.
- La dernière catégorie comporte des pays musulmans comme l'Algérie et la Tunisie et des pays non musulmans comme la France et le Danemark. Au sein de cette catégorie, les pays reconnaissent l'existence simultanée, au sein de leur ordre juridique, de deux règles de droit différentes. Contrairement aux banques appartenant à la deuxième catégorie, les banques islamiques ici ne bénéficient pas de facilités, elles sont soumises aux exigences du système financier conventionnel, en particulier au contrôle de la banque centrale²⁶.

Enfin, une quatrième catégorie n'a pas connu la création d'une banque islamique ou de départements distincts spécialisés en services financiers islamiques sur leurs marchés nationaux. C'est le cas de la Libye, le sultanat d'Oman et le Canada.

Malgré que la finance islamique soit exportée dans beaucoup de pays occidentaux, le Canada n'a pas encore montré son intérêt pour un tel mode de financement. La finance islamique se manifeste timidement au Canada et plus précisément au Québec

²⁴ Jamal al-Din Attia, «Vers une compréhension du système bancaire islamique », (2000), encyclopédie islamique, en ligne : <<http://www.balagh.com/mosoa/eqtsad/24015nao.htm>> ; Geneviève, *supra* note 9, à la p. 45.

²⁵ Dans cette catégorie, les banques islamiques ne sont pas soumises aux exigences de système financier conventionnel, spécialement le contrôle de la banque centrale.

²⁶ Le Maroc n'a connu que récemment l'ouverture d'une fenêtre islamique d'une banque conventionnelle, la Tunisie a connu une inauguration officielle de Banque Zitouna en 2010 et l'Algérie a permis depuis 1991 l'installation du groupe al Baraka.

depuis 1991 par l'intermédiaire de Qurtuba : une coopérative d'habitation islamique, Al-Ittihad Investissements : une société d'investissement islamique et Al-Yusr : une association islamique de REER²⁷ pour répondre aux attentes de la communauté musulmane canadienne. Toutefois, leurs moyens limités ne suffisent pas à satisfaire la demande²⁸.

Pour pallier ce problème, la Société canadienne d'hypothèques et de logement (SCHL) a mené une étude afin d'accommoder les musulmans qui désiraient acheter une maison tout en respectant la *Charia' a*. Elle n'a pas été favorable à l'adaptation pour des raisons qui demeurent inconnues à ce jour²⁹.

Dans le domaine bancaire, les tentatives d'implantation de la FI au Canada sont limitées, jusqu'à date, au dépôt d'un dossier auprès du ministère des Finances à Ottawa par le groupe saoudien AlBassam³⁰.

Trois possibilités sont offertes donc aux banques islamiques pour s'établir au Canada : un bureau de représentation (Annexe II), une filiale (Annexe II) et une succursale (Annexe III)³¹. Pareillement, les neuf banques nationales peuvent aussi répondre aux besoins de la communauté musulmane par le biais de fenêtres islamiques.

²⁷ Régime enregistré d'épargne-retraite (REER).

²⁸ Site en ligne : <<http://www.qurtuba.ca/fr/presentation.html>>.

²⁹ Louis Mathieu Gagné, « La finance islamique émerge au Canada », Le Journal [de Montréal], (21 janvier 2008), en ligne : RIBH <<http://ribh.wordpress.com/2008/01/21/la-finance-islamique-emerge-au-canada/>>; Canada, SHCL, Report to Canada mortgage and housing corporation : Islamic Housing Finance in Canada by Gowling Lafleur Henderson LLP, Publications et rapports, 2010.

³⁰ Gazette du Canada, Avis et règlements projetés, vol.144, n 36, 2010, en ligne : <<http://canadagazette.gc.ca/rp-pr/p1/2010/2010-09-04/html/misc-divers-fra.html>>.

³¹ L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 16.

Contexte Québécois

Les besoins de la communauté musulmane ne sont pas assurés actuellement par les produits financiers conventionnels. Un grand nombre de canadiens de confession musulmane sont contraints de s'abstenir de conclure des contrats financiers qui heurtent leurs convictions religieuses. Cette abstention ne rentre pas en conflit avec les conceptions de l'ordre public canadien. Au-delà de cette abstention, des initiatives morales et 'juridiques' ont vu le jour afin de permettre aux canadiens de confession musulmane de placer ou de recevoir des financements compatibles avec leurs croyances religieuses.

L'initiative 'juridique' se matérialise, tout d'abord, par des établissements non bancaires qui ont été créés afin de répondre aux besoins financiers et commerciaux de première nécessité de la communauté musulmane³². L'initiative morale, quant à elle, est assumée par des agents financiers des banques conventionnelles qui se présentent dans les mosquées pour présenter à la communauté musulmane des promesses de respecter lesdites règles islamiques.

La deuxième catégorie ne va pas au-delà d'une promesse morale basée sur la confiance entre le client et l'agent, qui fait le plus souvent partie de la communauté musulmane ; celle-ci n'a aucune valeur juridique. À mon humble avis, je doute que l'agent puisse tenir ses promesses dans le domaine de l'investissement. S'il peut éviter les secteurs d'investissement illicites, il ne peut pas *de jure*, réaliser la tangibilité de l'actif³³, et respecter le principe de 3P³⁴, car ses dernières peuvent s'opposer à la législation en vigueur.

³² À titre d'exemple : la coopérative d'habitation Qurbuta.

³³ C'est-à-dire l'actif une opération qui doit être obligatoirement adossé à un actif tangible.

³⁴ Le principe du partage des profits et pertes.

En effet, la première catégorie se compose des contrats qui sont juridiquement valides car ils ne font l'objet d'aucun régime juridique spécifique, tout en respectant les règles générales de la théorie des contrats. Cette validité dépend de la situation de non-litige entre les deux parties contractantes. Force est de constater que ces contrats seront vidés de leur substance en cas de litige car le juge au Québec, *de jure* va qualifier par exemple *Ijara* de crédit bail, ce dernier étant un contrat nommé réglementé par le législateur et correspondant à une catégorie juridique précise. Ceci peut aller à l'encontre de l'intention des parties contractantes. À titre d'exemple, nous pouvons citer l'affaire *Beximco*³⁵.

Face à cette situation, la conciliation des spécificités du droit musulman avec les exigences du droit canadien³⁶ apparaît comme une voie rationnelle de règlement de conflit de normes. De même, elle pourrait être les prémices d'un développement économique³⁷ pour les raisons suivantes :

- En 2006, on compte entre 783 700 et 930 600 individus de confession musulmane au Canada, ce qui représente 2,5 % de la population du pays. Dans dix ans, ce nombre aura plus que doublé et atteindra 4,5 %³⁸. Par conséquent, il existe un potentiel de demande réel pour les produits qui respectent l'éthique islamique en matière financière au Canada.

³⁵ *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others*, Morison J pour la décision de la Commercial Court du 1er août 2003 [2003] EWHC 2118 (Comm), [2003] 2 All ER (Comm) 849, et Potter L.J. Pour l'arrêt de la Court of Appeal du 28 janvier 2004 [2004] EWCA Civ 19, [2004] 4 All ER 1072. Voir par Georges Affaki, «L'Accueil de la finance islamique en droit français : Essai sur le transfert d'un système normatif», *Finance islamique*, (2008), aux pp. 164-167 [Affaki]; Jeffrey A. Talpis, « L'accommodement raisonnable en droit international privé Québécois », dans Jean-François Gaudreault-DesBiens (dir.), *Le droit, la religion et le 'raisonnable'*, Montréal, Montréal, Editions *Thémis*, 2009, aux pp. 343 et s.

³⁶ Roderick A. Macdonald, «L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées», (2002-03) 33 R.D.U.S. (2002).

³⁷ Jacques Vanderlinden, *le pluralisme juridique : Essai de synthèse*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles aux pp. 36 et s.

³⁸ Statistique Canada, *Projections de la population des groupes de minorités visibles*, Canada, provinces et régions, 2001-2017, aux pp. 69-61.

- L'intégration de la FI empêchera les effets négatifs sur l'économie canadienne dus aux ressources financières gelées pour des raisons religieuses.
- La notoriété du système islamique : en effet, la FI a bien su résister aux effets de la crise financière internationale de 2008, beaucoup mieux que l'ont fait ses consœurs du domaine bancaire conventionnel.
- La finance alternative, et en particulier la FI, peut contribuer à la reprise économique :
 - ✓ Sur le marché financier : Le Rapport Jouini-Pastré a estimé qu'en fin 2008, les réserves monétaires (FI) atteignaient environ 5 000 milliards de dollars. Le Canada peut participer à la gestion de cette « poche d'épargne »³⁹.
 - ✓ Sur le marché monétaire : Le profit tiré de la demande des Canadiens de confession musulmane. Surtout que la réalité des faits démontre l'incapacité des activités des établissements non bancaires à répondre à tous les besoins de la communauté musulmane. À cet effet, on peut citer l'initiative de la SCHL et de la Banque Royale d'introduire des produits conformes à l'éthique financière islamique.
- L'intégration de la FI accroît les possibilités des banques canadiennes permettant ainsi d'engager les fonds arabes dans les activités d'infrastructures, entre autres. Surtout que certaines banques canadiennes « Banque Royale, Banque de Montréal » sont déjà impliqués dans le secteur de la FI. Ces Banques gèrent des produits conformes à la *Charia'* a pour les clients du Machrek (l'Orion arabe).

Cependant, il existe d'autres raisons qui peuvent, en quelque sorte, affaiblir les arguments mentionnés plus haut :

³⁹ Elyès Jouini, Olivier Pastré, *La finance islamique: une solution à la crise?*, Paris, Économica : Paris Europlace, 2009, à la 14 [Jouini et Pastré].

Au premier abord, certains juristes⁴⁰ autorisent exceptionnellement le musulman qui vit dans un pays non musulman d'avoir le recours aux crédits bancaires pour l'acquisition d'un logement. Il a été confirmé que cette position peut s'appliquer même dans un pays musulman en raison de l'absence de banques islamiques comme c'est le cas au Maroc⁴¹.

Cet avis a suscité beaucoup de polémiques entre les juristes⁴². Il reste que l'avis en question n'a pas autorisé le *Riba*⁴³. Il a tout simplement concilié deux principes : le principe de l'interdiction de l'intérêt et la règle de la nécessité⁴⁴. Cette conciliation a toujours existé, sauf que la méthode en vigueur était celle du cas par cas (méthode subjective), ce qui la rendait peu évidente. L'avis juridique (Fatwa) de Cheikh Qaradawi⁴⁵ a étendu cet avis sous un aspect général (objectif), c'est-à-dire qu'il considère qu'elle peut s'appliquer pour toute personne remplissant certaines conditions. Enfin, il faut noter que ce recours est limité à l'acquisition de la résidence principale.

Ensuite, la Fatwa de Muhammad sayyed Tantawi, ex cheikh d'Al Azhar qui porte sur le dépôt bancaire. Le cheikh considère que les intérêts payés par les banques sur ces dépôts ne sont pas du *Riba* mais des frais de fonctionnement⁴⁶.

Enfin, le billet à capital protégé respectant les principes de la *Charia' a*, offert par la

⁴⁰ Déclaration finale, quatrième session du Conseil Européen de Fatwa, Dublin, 2000 ; Déclaration finale, premier Congrès, Conférence de l'association des spécialistes de la Chari'a en Amérique du nord, Detroit, 2000.

⁴¹ Voir notamment Nadia Lamlili, Fatwa. Et si Al Qaradawi avait raison ?, TelQuel Magazine, N242, (2011), en ligne : <www.telquel-online.com/242/maroc2_242.shtml>.

⁴² Voir par ex, Salah Assawi, *réflexion sur la légalisation du prêt à intérêt pour financer l'achat de logements dans les sociétés occidentales*, Dar Al Andalous al kgadraa, Djedda, 2000.

⁴³ Le *Riba*, c'est un mot arabe signifiant à la fois usure et intérêt.

⁴⁴ Le recours à un prêt à intérêt lorsque celui-ci est le seul moyen d'obtenir une somme d'argent suffisante pour répondre à une nécessité vitale ou à un besoin réel.

⁴⁵ Président du Conseil européen des fatwas et de la recherche.

⁴⁶ Zamir and Mirakhor *supra* note 9, à la p. 74.

Banque Royale, n'a pas suscité une demande importante au Canada⁴⁷.

Malgré les deux avis juridiques, certains musulmans restent réticents, car cela va à l'encontre de leurs convictions. L'avis du Qaradawi aurait eu une influence en Europe, car il a fait l'objet d'une décision du conseil européen de la Fatwa. En Amérique du nord, AMJA⁴⁸ n'a adopté aucune des décisions mentionnées plus haut. Pour le billet à capital protégé, la Banque Royale s'appuie sur une Fatwa des jurisconsultes aux E-U. La faible demande sur le billet est probablement due à l'absence des garanties juridiques. Cela dit, la Fatwa n'a pas de force juridique au Canada.

Certes, des divergences existent entre les deux champs d'analyse. Toutefois, les recherches qui s'inscrivent dans cette thématique permettront de réduire ces divergences et de trouver des pistes de rapprochement. Une telle démarche nécessite la réponse à des questions primordiales que nous allons développer dans notre problématique

Problématique

L'arrivée des produits financiers islamiques au Canada suscite des débats sur la compatibilité de la FI avec le paysage financier canadien dans la mesure où ses mécanismes de fonctionnement sont différents de ceux dans le secteur bancaire conventionnel⁴⁹. Ainsi, un certain nombre de réformes est nécessaire. Ces réformes peuvent apparaître d'ordre technique alors qu'elles sont d'ordre juridique.⁵⁰ Il est très important de se pencher sur cette question de «la compatibilité juridique», car le

⁴⁷ Information tirée du Journal de la Finance Islamique, en ligne : [<https://ribh.wordpress.com/category/america-canada/canada/page/3/>](https://ribh.wordpress.com/category/america-canada/canada/page/3/).

⁴⁸ Assembly of Muslim Jurista of America.

⁴⁹ Jouini, Pastré, *supra* note 39, à la p. 7.

⁵⁰ *Ibid* à la p.9.

contexte financier international et socio-politique interne⁵¹ serait favorable à une modification d'ordre juridique.

Question de recherche

La problématique de recherche à laquelle ce travail tente d'apporter des réponses consiste à vérifier la compatibilité de la finance islamique avec le paysage financier canadien, et ce au regard des lois et règlements qui régissent ce dernier. Ceci relève d'une compétence fédérale et provinciale des activités bancaires. Afin de répondre à ces interrogations, nous avons choisi de focaliser nos recherches sur la province du Québec. L'analyse des textes se concentrera sur les contrats nommés du *C.c.Q*⁵² pratiqués par les banques, sans égard aux autres lois et règlements fédéraux et provinciaux qui encadrent ladite activité. Nous n'étudierons les contrats nommés que dans la mesure où ils sont pertinents aux opérations bancaires qui sont le point focal de notre recherche.

Dans le même ordre d'idées, la recherche s'est limitée aux sources du droit de transaction financière islamique 'sunnite'. Ceci est dû à deux facteurs: Le premier est relatif aux controverses importantes sur les sources, alors que le deuxième est lié à la part considérable du marché présentée par la majorité sunnite⁵³.

⁵¹ Le contexte financier international : d'une part, la crise financière et d'autre part, les poches d'épargne considérables dans les pays musulmans; le contexte socio-politique interne : immigration de musulmans au Canada.

⁵² Tout contrat bancaire conclu au Québec doit être interprété selon les principes du droit civil. Dans L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 1.

⁵³ Le Sunnisme représente aujourd'hui environ 85 pour cent de l'Islam dans le monde. Dans Karim Djarouane et Chucri J.Serhal, « La désignation de la loi applicable dans les contrats de financement islamique », *RDAI/IBLJ*, N°2, (2009), à la p. 117.

Méthodologie

Le présent mémoire traitera d'un phénomène en émergence « la finance islamique » dans le contexte « canadien »⁵⁴.

Dans le premier chapitre, nous exposerons les deux ordres normatifs. Nous présenterons, dans un premier temps, la finance islamique en nous intéressant à l'historique de cette dernière. Ensuite nous analyserons ses principes. Dans un deuxième temps, nous introduirons le système bancaire canadien en nous penchant sur l'organisation de ce dernier. Puis nous finirons par l'étude des équivalents des principes de la FI en droit canadien.

Dans un deuxième chapitre, et afin de déterminer les obstacles auxquels les canadiens de confession musulmane et les musulmans résidant au Canada peuvent faire face concernant les produits financiers conventionnels, et pour savoir identifier si le *Code civil du Québec* constitue un contexte compatible pour que les fenêtres islamiques des banques conventionnelles et les banques islamiques puissent exercer leurs activités en conformité avec les principes de la FI, nous allons suivre, dans notre recherche, une double analyse de la pratique bancaire et des dispositions de certains contrats nommés du *C.c.Q.* qui les régissent. Cela dit, ce choix est justifié par les raisons suivantes :

- Outre le *C.c.Q.*, les opérations réalisées par les banques sont soumises à d'autres lois.
- La pratique bancaire ne reflète pas forcément toutes les possibilités accordées par le *C.c.Q.* Par exemple premièrement, le cautionnement peut être conclu

⁵⁴ Jouini et Pastré, *supra* note 39, à la p. 9.

gratuitement ou contre une rémunération selon le *C.c.Q.*⁵⁵, alors que la pratique bancaire propose une seule possibilité. Cette dernière rend le contrat nul vis-à-vis de la législation islamique. En revanche, la notion du cautionnement, selon le *C.c.Q.*, est plus large, ce qui la rend compatible avec les dispositions islamiques en la matière.

Deuxièmement, la vente à tempérament, selon le *C.c.Q.*, peut se concrétiser sous deux formes : une relation bilatérale ou une relation triangulaire. Dans le domaine bancaire «conventionnel», les banques au Québec jouent un rôle d'intermédiaire entre le vendeur, à qui ils versent le prix comptant, et l'acheteur qui les paie généralement⁵⁶ en plusieurs tranches. Or la vente à tempérament, selon l'islam, est un contrat bilatéral. Cela veut dire que la pratique bancaire constitue un obstacle pour les canadiens de confession musulmane. En revanche, la définition du *C.c.Q.* incarne les deux modes de financement, celui pratiqué par les banques conventionnelles, et l'autre exercé par les banques islamiques où le financement est assuré directement par l'institution financière sans aucun intermédiaire.

Dans cette recherche, nous traiterons d'abord le contrat du prêt prévu par le *Code civil du Québec*. Nous aborderons ensuite diverses modalités de la vente, à savoir : La vente à tempérament et la vente avec faculté de rachat. Puis, nous présenterons les types de financement particuliers comme le crédit-bail, l'affacturage et diverses formes d'engagement bancaire autonome : cautionnement, dépôt. Enfin, nous traiterons la donation.

⁵⁵ Art. 2333 du *C.c.Q.*

⁵⁶ Voir notamment : Pierre-Gabriel Jobin et Michelle Cumyn, *La vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, à la p.348[Jobin et Cumyn].

Pour élaborer ce travail, nous nous sommes basés sur les décisions d'Islamic Fiqh Academy (OCI)⁵⁷, les travaux réalisés par la Banque Islamique de Développement et par l'Institut Islamique de la Recherche et de la Formation ainsi que sur différents ouvrages liés au sujet (Monographies, revues spécialisées, articles académiques...). De plus, dans l'objectif d'obtenir des informations fiables, j'étais suivre des cours à Charia Academy of America⁵⁸.

⁵⁷ Islamic Fiqh Academy is an Academy for advanced study of Islam based in Jeddah, Saudi Arabia, It was created at the decision of the second summit of the *Organisation of Islamic Cooperation* (OCI) 1974 and inaugurated in February 1988.

⁵⁸ Sharia'a Academy of America is an independent educational institution, with its headquarters located in Tampa, Florida in the USA, en ligne : <<http://www.shariaacademy.com/>>.

CHAPITRE I

INTRODUCTION AUX DEUX SYSTÈMES NORMATIFS

Pour revenir à la comparaison de certains contrats nommés du *Code civil de Québec* pratiqués par les banques conventionnelles et d'autres connus dans les recueils de *Fiqh*, il convient d'introduire les deux systèmes qui feront l'objet de notre étude comparative.

SECTION I

VERS LA COMPRÉHENSION DE LA FINANCE ISLAMIQUE

Après avoir présenté, brièvement, une approche historique de la FI (1.1.1), nous allons développer les fondements sur lesquels elle se base (1.1.2).

1.1.1 La Théorie Financière Islamique : Un paradigme contemporain

Au premier lieu, l'examen de la littérature montre la grande difficulté à parvenir à une définition spécifique de la banque islamique.

Mabid Ali Al-Jarhi et Munawar Iqbal, dans un document périodique de l'institut islamique de la formation et de la recherche de la banque islamique de développement, définissent la banque islamique comme suit :

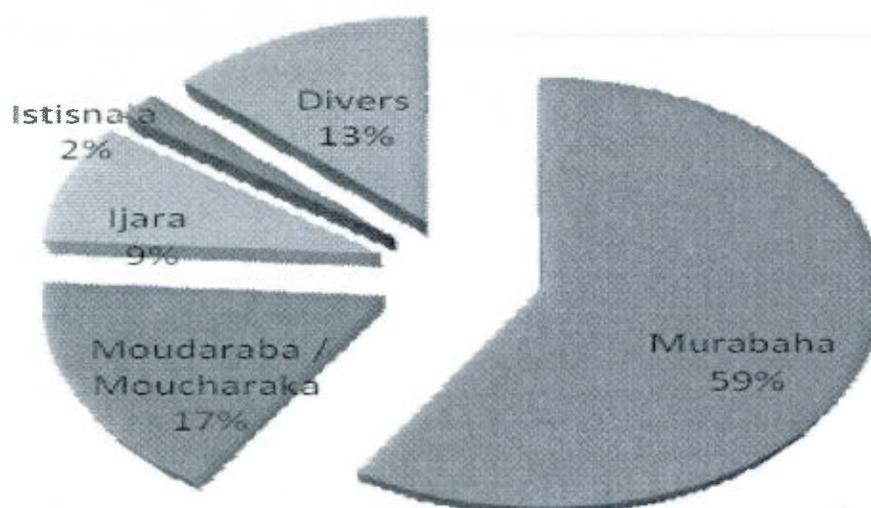
«Une banque islamique est une institution qui reçoit des dépôts et mène toutes les activités bancaires à l'exception de l'opération de prêt et d'emprunt à intérêt....Elle accepte aussi les dépôts à vue qui sont considérés comme des prêts sans intérêts des clients envers la banque, et de ce fait, ils sont garantis.... Elle joue le rôle d'un manager d'investissement vis-à-vis des déposants dont les fonds appartiennent à la catégorie des dépôts d'investissement....

La banque islamique partage ses gains nets avec ses déposants au prorata de la date et du montant de chaque dépôt. Les déposants doivent être informés en amont de la formule de partage des profits avec la banque.»⁵⁹.

⁵⁹ Mabid Ali Al-Jarhi Et Munawar Iqbal « Banques islamiques : Réponses à des questions fréquemment posées » (2002), IIRF- BID, Djeddah, Arabie Saoudite (2002), 147, à la p. 25; Jahel selim, « Droit des affaires et religions », RIDC, vol. 53, n°4, 879, à la p. 10; Document Périodique n° 4. En ligne : < <http://storage.canalblog.com/54/57/24250/9966894.pdf>>.

Au deuxième lieu, contrairement à la banque islamique qui est une création contemporaine, la pratique de la finance islamique n'est pas récente. Elle remonte au 7ème siècle après J.C. D'ailleurs le Prophète, lui-même, a pratiqué la *Moudharaba*⁶⁰ avec son épouse Khadîdja⁶¹. La *Moudharaba* est un instrument financier qui représente une part importante des activités des banques islamiques contemporaines.

Graphique 2 : Répartitions des actifs islamiques selon le type de produit



Source : Rapport moral sur l'argent dans le monde (2005), Association d'Economie Financière.

⁶⁰ Ce terme désigne le contrat conclu entre, d'une part, un ou plusieurs investisseurs (Rab al mal) qui fournissent le capital et un entrepreneur qui assure le travail nécessaire pour fructifier ces fonds (Moudareb ou l'Agent). Les profits dégagés de cet investissement sont partagés selon une clé de partage prédéterminée. Les pertes sont entièrement supportées par l'investisseur sauf en cas de négligence, fraude ou mauvaise exécution du contrat. Ce type de contrat est assimilable à une société en commandite.

⁶¹ M.Kabir Hassan and Mervyn K.Lewis, Han, «Islamic banking: an introduction and overview », dans M.Kabir Hassan and Mervyn K.Lewis, Han dir., *Handbook of Islamic Banking*, Edward Elgar, 2007, 1, à la p. 3.

Sur le plan financier, malgré l'absence des institutions financières, l'utilisation des moyens de paiement comme le chèque et la lettre de change « Saftaja » était connue depuis le 4ème siècle après l'hégire (11e siècle)⁶². Elle devint courante à Basra en Irak en 400 AH = 1010AD⁶³.

D'autre part, la période entre 295-320 AH/ 908-932 AD a été marquée par la naissance de spécialistes en finance, connus sous le nom de *Sarrafs*. Ces derniers assuraient les services de base des banques modernes, car ils avaient leurs propres marchés. Cependant, les *Sarrafs* n'étaient pas des banques dans le sens technique et strict moderne, Udovitch préférait les appeler « banquiers sans banques »⁶⁴.

Sur le plan juridique, la finance islamique est régie par la jurisprudence des transactions financières (*Fiqh Al Mu'amalat Al maliya*). Ce terme est d'utilisation récente, depuis l'émergence de la FI. Il dérive de la jurisprudence des transactions (*Fiqh Al Mu'amalat*) qui se différencie de la jurisprudence rituelle religieuse (*Fiqh Al Ibadat*).

La jurisprudence des transactions financières se compose des contrats ancrés dans les recueils de *Fiqh*, dans le cadre des quatre principales écoles juridiques (Hanafite, Malikite, Chafite et Hanbalite). Ces écoles se basent essentiellement sur les sources principales, à savoir : le Coran, la Sunna, le consensus (*Ijmaa*) et l'analogie (*Qiyas*), et d'autres secondaires : l'opinion personnelle (*Istihsan*), la prise en considération de l'intérêt général (*Istislah*), la coutume, etc. Toutefois, la validation des contrats innommés est liée au respect des règles générales de la théorie des contrats et les principes de la FI.

⁶² Sami Hassan Homoud, *Islamic banking*, London, Univesity Press Cambridge, 1985, à la p. 22[Sami Hassan].

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Pour plus de détails voir généralement : M Umer Chapra et Tariqullah Khan, « Réglementation et contrôle des banques islamiques », IIRF- BID, Djeddah, Arabie Saoudite (2001), aux pp.18-19.

1.1.2 Les fondements de la FI

La Finance islamique repose sur cinq préceptes fondamentaux :

1.1.2.1 L'interdiction de Riba (intérêt et usure)

Le premier fondement est l'interdiction des intérêts (*Riba*) sur les opérations financières et commerciales. L'intérêt est défini, dans son sens général, comme le loyer de l'argent⁶⁵. Or, l'intérêt réunit deux caractéristiques qui entraînent sa prohibition dans l'Islam : l'absence du travail du prêteur, et surtout, l'absence du risque pour celui-ci (Omar El-Kettani)⁶⁶.

L'intérêt est une forme de *Riba* (*Riba* signifie indifféremment usure et intérêt). Al Imam Al Aloussi définit le *Riba* "comme un surplus qui ne reflète pas une contrepartie dans une transaction financière"⁶⁷.

Les juristes distinguent entre le *Riba* dans les échanges⁶⁸ et le *Riba* dans les crédits⁶⁹.

L'interdiction de *Riba* dans le droit musulman trouve son origine dans trois sources fondamentales : le Coran, la Sunna et le Consensus des juristes.

Dans son étude des textes relatifs au *Riba*⁷⁰, Dr. Kawtar Kamel Ali a démontré qu'il

⁶⁵ Définition tirée de vernimmen, en ligne : <<http://www.vernimmen.net/>>.

⁶⁶ Omar El-Kettani «L'endettement dans la législation musulmane» dans Boualem Bendjilali dir., *Les Sciences de la Chari'a pour les Economistes*, IIRF- BID, Djeddah, Arabie Saoudite , 2001, 226, à la p. 228[El-Kettani].

⁶⁷ Voir : Mohamed Hessin Yakob, «La théorie de Prêt dans la Chari'a islamique», à la p. 17, en ligne : <http://www.yaqob.com/web2/index.php/maqalat/maqal/74>: (نظرية القرض في الشريعة الإسلامية: (محمد حسين يعقوب) [M Yakob].

⁶⁸ Le *Riba* dans les échanges (*Riba* par supplément de valeur). La vente ou l'échange d'un bien contre un autre de même nature avec un surplus.

⁶⁹ Le *Riba* dans les crédits (*Riba* de temporisation). C'est la somme payée pour l'usage de capitaux empruntés ou en contrepartie d'un rééchelonnement dans le paiement d'une dette. C'est-à-dire vous donnez un crédit à quelqu'un, qu'il vous rembourse plus tard la somme accompagné d'un surplus. Voir par exemple Mohamed El habib Tijkani, «législation des ventes», dans Boualem Bendjilali dir., *Les Sciences de la Chari'a pour les Economistes*, IIRF- BID, Djeddah, Arabie Saoudite , 2001, 147, aux 155-159 [El habibTijkani].

y a eu un processus progressif dans l'abolition de ce dernier. Le *Riba* de temporisation a été abrogé, dans une première étape par le Coran et la Sunna du Prophète. L'interdiction du *Riba* par supplément de valeur a eu lieu, quant à elle, dans une phase ultérieure⁷¹.

1.1.2.1.1 Tout d'abord le Coran

Lorsque le Prophète Muhammad reçut la révélation, le *Riba* était une pratique courante dans la société arabe. Il était florissant et profondément ancré dans la pratique des gens à tel point que beaucoup d'entre eux continuèrent à le pratiquer même après la révélation des deux premiers versets coraniques le concernant. De ce fait, l'islam a pris en compte cet attachement car l'introduction de l'interdiction de *Riba* a eu lieu progressivement. En effet, elle fut enfin prononcée explicitement et catégoriquement dans le verset 275-2 : "...Allah autorise le négoce et interdit le *Riba*..."

Ce processus s'est étalé sur une période de plusieurs années, qui s'articule autour de quatre révélations coraniques⁷².

Le premier verset qui mentionne le *Riba* est celui de la sourate *Les bysantins*⁷³:

"Sachez que ce que vous consentez en crédit usuraires pour accroître vos fortunes, au détriment d'autrui, n'aura aucune valeur auprès d'Allah. Par contre, ce que vous consentez en aumône pour chercher [à voir] la Face d'Allah, Allah vous en payera

⁷⁰ Kawther Kamal Ali, « Le Riba vu l'islam : Etude comparative », université al-Azhar, en ligne : <<http://www.badlah.com/page-1135.html>> / كوثر كامل علي (بحث مقارن) [Kamal Ali].; Sami Hassan, *supra* note 62, aux pp. 64-99.

⁷¹ M Yakob, *supra* note 67.

⁷² Kamal Ali, *supra* note 70. Zamir and Mirakhor, *supra* note 9 aux pp.72 et 73. Geneviève, *supra* note 9. Aux pp. 34 et 35. Fazlur Rahman, « Riba and Interest », dans M.Kabir Hassan and Mervyn K.Lewis dir., *Islamic Finance*, Cheltenham, 2007, 22, aux pp. 24-28 [Fuslur]. Zamir and Mirakhor *supra* note 9, aux pp. 72-74.

⁷³ Coran, sourate 30 : les bysantins (الروم), verset 39.

au multiple la valeur". L'auteur constate que ce dernier ne stipule aucune interdiction. Par contre, il met l'accent sur l'incompatibilité de cette pratique avec l'esprit de la solidarité que prône l'islam. Après la révélation de ce verset, les transactions usuraires continuaient à être vues comme des pratiques «autorisées» quoiqu'elles fussent considérées socialement et religieusement indésirables⁷⁴.

Le deuxième verset portait sur la pratique des juifs, qui prélevaient des sommes usuraires en dépit de son interdiction. "... *C'est à cause de leur iniquité que Nous avons interdits aux Juifs les bonnes nourritures qui étaient licites pour eux. C'est aussi parce que, souvent, ils incitaient les gens à se détourner de la voie d'Allah, qu'ils pratiquaient l'usure alors qu'elle leur était prohibée et qu'ils s'emparaient des biens d'autrui par des procédés frauduleux....*"⁷⁵. Selon Dr. Kawtar Kamel Ali, le *Riba* n'était pas encore explicitement interdit de façon décisive pour les musulmans.

La troisième phase correspond au texte suivant: "*Ô vous qui croyez ! Ne vivez pas d'usure en cherchant à multiplier abusivement vos profits! Craignez Allah en vue de vous en sortir heureux!*"⁷⁶. Nous constatons une interdiction explicite, mais partielle, car elle concerne spécifiquement l'interdiction d'un seul type d'usure, celui qui se répétait à plusieurs reprises⁷⁷.

Enfin, la dernière révélation interdit le *Riba* qu'il soit minime ou abusif. "*Ceux qui se nourrissent de l'usure ne se relèveront [de leurs tombes] qu'en chancelant. Leur démarche convulsive sera pareille à celle d'un possédé par les démons. N'ont-ils pas affirmé que l'usure était comme le négoce ? Or Allah autorise le négoce et interdit le Riba. Celui qui s'en abstient, obéissant à l'ordre venu de son Seigneur, aura son*

⁷⁴ Kamal Ali, *supra* note 70.

⁷⁵ Coran, Sourate 4 : les Femmes (النساء), verset 161.

⁷⁶ Coran, sourate 3 : la Famille d'Imran (آل عمران), versets 130-132.

⁷⁷ Kamel Ali, *supra* note 70.

passé absout et son sort relèvera d'Allah. Mais celui qui récidive sera parmi les hôtes du Feu où il demeurera pour toujours. »⁷⁸

Par la suite, un verset à effet rétroactif remet en cause toutes les opérations en cours :
«Ô vous qui croyez ! Craignez Allah ! Renoncez, quant au reste, à toutes les opérations du Riba, si vous êtes vraiment croyants. Si vous ne le faites pas, sachez que vous entrez en conflit ouvert avec Allah et Son Messager. Mais si vous vous repentez, vous conserverez votre capital [en principal], sans léser personne et sans être vous-mêmes lésés. »⁷⁹.

1.1.2.1.2 En ce qui concerne la Sunna⁸⁰

Mohamed Hendaz a souligné que la clarté des textes ne laisse aucune ambiguïté sur leur contenu. En effet il, existe plusieurs *Hadiths* relatifs, au sujet, dont les quatre suivants⁸¹ :

- *"Le Prophète a maudit celui qui consomme le Riba, celui qui le donne à consommer, celui qui libelle (la transaction) et les témoins. Ils sont tous pareil"*⁸².
- *Le Prophète a dit : "Eloignez-vous des sept fautes dévastatrices. Il énuméra parmi les sept la consommation du Riba"*⁸³.
- *Le Prophète a dit: "Le Riba possède soixante-treize portes, la moindre est comparable à ce qu'un homme commette l'adultère avec sa propre mère"*⁸⁴.
- *Le Prophète avait dit en rappelant la gravité du Riba lors de l'un de ses sermons : "*

⁷⁸ Coran, sourate 2: la vache (البقرة) verset 275.

⁷⁹ Coran, sourate 2: la vache (البقرة) versets 278 et 279.

⁸⁰ La Sunna est l'ensemble des paroles et des actes du Prophète.

⁸¹ Mohamed Hendaz « Retour aux sources de l'Islam sur l'interdiction de l'usure et des intérêts», (2009), ACERFI, en ligne : http://www.acerfi.org/user-res/fichiers/interdiction_riba_sources.pdf ; Fazlur, *supra* note 72, aux pp. 29-37.

⁸² L'Authentique de Muslim. Dans Ibn Hajar al-Asqalani, *Fath ul-Bari fi Sharh Sahih al-Bukhari*, Dar Al Rayyan, 1986. Livre de la vente, à la p. 36. (فتح الباري شرح صحيح البخاري ابن حجر العسقلاني).

⁸³ L'Authentique de Bukhari; L'Authentique de Muslim.

⁸⁴ *Ibid.*

*Un dirham du Riba consommé par un homme est plus grave comme faute auprès de Dieu que trente-six fornications commises par un homme*⁸⁵.

Les versets et les *Hadiths* auxquels nous nous sommes référés découragent le *Riba* mais reste de portée générale et ne touchent qu'au *Riba* de temporisation. Par contre, le *Hadith* ci-après fait mieux ressortir l'interdiction des deux formes de *Riba* mentionnées par les jurisconsultes : Le Prophète a dit : "*l'or contre l'or d'égal à égal, l'argent contre l'argent d'égal à égal, dattes contre dattes d'égal à égal, blé contre blé d'égal à égal, sel contre sel d'égal à égal, orge contre orge d'égal à égal. Celui qui surajoute ou demande un ajout use de l'intérêt. Vendez l'or contre l'argent à votre guise de main à main et vendez de l'orge contre des dattes à votre guise de main à main*"⁸⁶. Ces deux formes de *Riba* s'appliquent à des produits spécifiques appelés, dans la législation islamique, matières usuraires.

Les quatre principales écoles de jurisprudence islamique divergent sur la raison de l'interdiction de *Riba* par supplément de valeur. L'avis malékite⁸⁷ soutient qu'elle réside dans le fait que les matières usuraires sont d'ordre soit pécuniaire soit alimentaire. Par exemple, l'or et l'argent relèvent de la monnaie, tandis que les dattes, le blé, l'orge et le sel sont des denrées alimentaires.

1.1.2.1.3 Le Consensus

S'appuyant sur ces textes, la quasi-unanimité de jurisconsultes (anciens et contemporains) et d'organisations islamiques⁸⁸ ont établi le fait que les prêts bancaires avec intérêts sont prohibés, et c'est, en vertu des versets coraniques et des *Hadiths* que le *Riba* est très sévèrement condamné. Toutefois, Dr. Kawtar Kamel Ali garde le silence sur certaines exceptions à cette unanimité.

⁸⁵ Al-Hakim, al-Mustadrak.

⁸⁶ L'authentique de Muslim, N°: 1 / 920.

⁸⁷ L'une des quatre écoles de jurisprudence (*madhhab*) de l'Islam sunnite.

⁸⁸ Voir l'unanimité des jurisconsultes et organisations islamiques sur l'interdiction du *Riba* dans. OCI, Décision 133 (14/7)/ AIF de l'académie du 11 Janvier 2003 relatives au retard de paiement dans les IFI, [2003], Magazine de l'académie.

Mahmoud A. El-Gamal, dans son ouvrage « Islamic Finance » a cité la première exception. En s'appuyant sur le Hadith "*C'est bien dans la temporisation qu'il y a Riba*"⁸⁹, certains compagnons du prophète, dont l'immense jurisconsulte Ibn Abbas, exigent le facteur temps comme critère de prohibition du Riba par supplément de valeur⁹⁰. Cette thèse s'oppose aux Hadiths mentionnés plus haut "... *Celui qui surajoute, ou demande un ajout use de Riba...*", toutefois, Ibn Abbas a renversé son opinion et rejoint l'opinion de la majorité sur la prohibition du *Riba* par supplément de valeur⁹¹.

Iqbal Zamir et Abbas Mirakhor ont mis l'accent sur un autre avis lié au dépôt bancaire, celui de Muhammad Sayyid Tantawi, ex cheikh d'Al Azhar, dont il fut président⁹², et par la suite du conseil islamique supérieur de l'université d'Al-Azhar⁹³. Il a été conclu que l'investissement des fonds « dépôt » dans les banques qui précise, *ex-ante* la rémunération est autorisée en vertu de la Loi islamique. Cet avis reçut maintes critiques de forme et de fond de la part des autres jurisconsultes. Il reflète, à mon avis, une ignorance de l'aspect juridique, économique et financier du contrat de dépôt bancaire. C'est un avis politique, qui ne se base pas sur des arguments juridiques⁹⁴.

⁸⁹ L'Authentique de Muslim, N°: 1 / 596.

⁹⁰ Cela rend licite le surplus de monnaie dans les opérations de change de même espèce. ...Le Prophète a interdit le surplus dans les opérations de même espèces (...Le Prophète rétorqua alors : " ne fais pas cela !, vends plutôt les [dattes ordinaires] contre de la monnaie et achète avec celle-ci les dattes succulentes ") L'authentique de Muslim, N°: 1 / 594.

⁹¹ Pour plus de détails voir notamment : Mahmoud A. El-Gamal, *Islamic finance: law, economics, and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, à la p. 51 ; Fazlur, *supra* note 72, aux pp.34-36. El habib Tijkani, *supra* note 69, aux pp. 157-159. Abu al-Hasan Ali Ibn Muhammad Ibn Habib al-Mawardi, *Al-Hawi al-Kabir fi Fiqh Madhhab al-Imam al-Shafi*, Dar al-Kotob al-Ilmiyah, livre de la vente, chapitre Riba. (الحوای الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري).

⁹² Son avis avant qu'il prit les fonctions de président d'Al azhar a été toujours l'interdiction, voir par exemple son avis sur les intérêts bancaires, Q n515, C142, 20-02-1989. En ligne :

<http://www.qaradawi.net/site/topics/article.asp?cu_no=2&item_no=2981&version=1&template_id=6&parent_id=1>

⁹³ Le conseil islamique supérieur de l'université d'Al-Azhar depuis sa création a toujours qualifié les intérêts bancaires du Riba illicite. Le changement a eu lieu avec l'arrivée de Muhammad Sayyid Tantawi à la présidence de cette dernière.

⁹⁴ Il s'appuie sur ce verset "*Ô vous qui croyez! Ne vous dépossédez pas les uns les autres de vos biens*

On notera que l'avis parle des banques de dépôt et non des banques d'investissement, car ces dernières, à la différence des premières, ne reçoivent pas de dépôts des particuliers. L'examen de la littérature montre que les économistes considèrent la banque comme une entreprise qui fait le commerce de l'argent. Dans cet ordre d'idées, la banque emprunte l'argent avec un taux d'intérêt faible, elle le vend ensuite avec un taux supérieur⁹⁵. Cela remet en cause son premier argument qui assimile le dépôt à l'investissement. Juridiquement parlant, tous les juristes musulmans et non musulmans qualifient le contrat de dépôt comme étant un contrat de crédit. Ceci remet en cause les arguments de Tantawi qui stipule que la banque est un mandataire qui investit l'argent pour le compte de son client. Dans un commentaire sur l'avis de Tantawi, Miriam Sophia Netzer dit

"To begin with, Tantawi's definition of the depositor/bank relationship is one of principle/agent. In doing so, he rhetorically distances himself from the concept of interest, associated with a lender/borrower relationship. By making the bank his agent, the bank, in taking his deposited funds and reinvesting them, owes the principle investor a percentage of the profits, as well allowing itself a 'fee,' in recompense for agency work.

However, and we shall see this clearly in the rebuttal to Tantawi's fatwa, even in an agency relationship, profit/loss sharing must be tied to profits, not percentage of capital, barring which there is no risk for the investor, and

par des procédés malhonnêtes ! Que vos échanges soient fondés sur des transactions librement consenties...." (Les Femmes: 29). Le verset parle du consentement mutuel et du commerce. Certes, le consentement existe dans un contrat du dépôt. Par contre, le commerce n'existe pas. Cela dit, le dépôt est un contrat du crédit. Voir notamment: Miriam Sophia Netzer, *Riba in islamic jurisprudence: the role of 'Interest,' in discourse on law and state*, Master of Arts in Law and Diplomacy Thesis, The Flecher School, 2004, [non publiée].

⁹⁵" Dans le système bancaire classique, le rôle d'une banque est de collecter des fonds et de les utiliser pour des opérations de prêts, généralement à long terme, c'est-à-dire pour opérer l'intermédiation financière. La banque tire ses revenus en jouant sur les taux d'intérêts créditeurs et débiteurs. Contrairement à la banque islamique, elle ne se livre pas à des transactions commerciales, industrielles ou agricoles ". Dans Lachemi Siagh, *Le fonctionnement des organisations dans les milieux de culture intense, le cas des banques islamiques*, Thèse de doctorat en administration, HEC Université de Montréal, 2001, à la p.39 [Lachemi].

no earned reward"⁹⁶.

Quelques idées méritent d'être mentionnées au sujet du *Riba* :

Les premiers à avoir revendiqué l'interdiction de l'intérêt sont les philosophes grecques comme Platon (Platon, la République) et Aristote (Aristote, la politique) et romains, Cicéron. Par ailleurs, toutes les religions monothéistes ont interdit cette pratique⁹⁷.

Voici un bref aperçu de cette interdiction dans le Judaïsme et le Christianisme⁹⁸ et de ce qui les différencie de l'Islam tel que présenté par André MARTENS dans son article *La finance islamique : Fondements, Théorie et Réalité*.

"Dans le Pentateuque de l'Ancien Testament, qui est la Torah des Juifs, et en particulier dans l'Exode (chapitre 22, verset 25)⁹⁹ et le Lévitique (chapitre 25, versets 34 à 46), la pratique de l'usure est condamnée, amenant l'interdiction du **tarbit**, mot hébreu qui signifie, comme *Riba* en langue arabe, à la fois usure et intérêt. Les Juifs, dans leur interdiction du **tarbit**, furent cependant plus sélectifs que les musulmans : le **tarbit** était interdit entre Juifs, mais permis entre Juifs et non Juifs, ce qui contribua sans aucun doute à l'essor de la banque juive dans les pays chrétiens et musulmans du Moyen Age. Cet essor fut d'ailleurs renforcé par le fait que les Chrétiens eux-mêmes avaient condamné l'usure et, dans sa foulée, le prêt à intérêt, se basant sur la tradition aristotélicienne et le Nouveau Testament, dont l'Evangile selon Luc (chapitre 6, versets 34 et 35) (Lapidus, 1987). En 1312, les évêques de France, réunis en concile, menacèrent même d'excommunication ceux qui prêtaient à intérêt aussi les seigneurs qui le

⁹⁶ *Ibid*

⁹⁷ *Ibid*, aux pp. 69-72.

⁹⁸ Mervyn K.Lewis, «Comparing Islamic and Christian attitudes to usury», dans M.Kabir Hassan and Mervyn K.Lewis, *Handbook of Islamic Banking*, Edward Elgar, 2007, 64, aux pp. 64-79.

⁹⁹ Exode (chapitre 22, verset 25) : "si tu as prêté de l'argent à l'un de mes serviteurs, ne te comporte pas avec lui comme un usurier et ne fais pas de profit sur lui".

leur permettraient.

En bref, il n'est peut-être pas abusif de croire que l'interdiction du *Riba* ne fut que le résultat de l'adoption par les Musulmans d'un principe judaïque, voire judéo-chrétien¹⁰⁰.

1.1.2.2 Le principe de Partage des Pertes et Profits (3P)

KHAN a défini ce principe comme suit "un mécanisme financier qui lie le capital financier à l'industrie et au commerce sans utiliser un intérêt". Dans son analyse, S.Ordody de Ordod dispose qu'à l'opposé du modèle économique et financier contemporain qui est fondé sur un taux d'intérêt fixe et prédéterminé, le modèle économique et financier islamique est fondé sur le principe du partage des profits et pertes, ce qui correspond à un partage contractuel, entre le prêteur et l'emprunteur, des pertes et profits escomptés d'une opération de financement. Ceux-ci sont définis comme étant la différence entre le total des recettes anticipées et le total des coûts estimés sur la période considérée¹⁰¹. Par conséquent, Jouini et Pastré disposent que le transfert de l'ensemble des risques sur une seule partie prenante dans une transaction financière se heurte aux principes financiers islamiques¹⁰².

D'après ce qui est précède, il semble évident que la principale différence entre la banque islamique et la banque conventionnelle, c'est que cette dernière détermine ex-ante un taux d'intérêt ou précise un taux variable en fonction d'un indice de référence¹⁰³, alors que, dans la première, les bénéfices et les pertes sont partagés en fonction de la proportion de la participation respective de chaque partie (banque et

¹⁰⁰ André Martens, *La finance islamique : fondements, théorie et réalité*, Montréal : Université de Montréal, Centre de recherche et développement en économique, 2001, à la p.7 [André].

¹⁰¹ S.Ordody de Ordod, «Le principe du partage des profits et pertes et la fonction transactionnelle de la monnaie (tontines et modèle financier islamique)» dans Mavor Michel Agbodan Mavor dir., *les facteurs de performance de l'entreprise*, John Libbey, 1996, 125, aux pp. 125 et s.

¹⁰² Jouini et Pastré, *supra* note 39, à la p. 18.

¹⁰³ Il est alors indexé soit sur l'inflation (il augmente quand l'inflation est en hausse et baisse lorsqu'elle diminue), soit sur un taux de référence du marché monétaire.

client)¹⁰⁴.

Enfin, même si ce principe reflète les valeurs de la justice, de l'égalité sociale et de la fraternité, cela n'empêche pas que ce principe puisse induire des risques plus élevés pour les banques islamiques par rapport à ses consœurs conventionnelles¹⁰⁵, ainsi que pour les clients qui ne sont pas à l'abri d'assumer une perte probable.

1.1.2.3 L'interdiction de la spéculation (gharar) et de l'incertitude dans les contrats (maysir)

Le terme *gharar* signifie littéralement «incertitude, hasard». Le *gharar* est interdit en vertu du *hadith* suivant : "Le prophète a interdit l'achat d'un animal non né dans la matrice de sa mère, la vente du lait dans la mamelle sans mesure, l'achat d'un butin de guerre avant sa distribution, l'achat des dons de charité avant leur réception et l'achat de ce qu'a pêché un pêcheur avant sa pêche"¹⁰⁶.

Le Professeur Mustafa Al-Zarqa définit la vente interdite à cause du *gharar* comme étant "la vente d'objets probables dont l'existence probables ou les caractéristiques ne sont pas certaines, et dont la nature risquée de ce qui rend la transaction semblable ou équivalente s'apparente aux jeux de hasard"¹⁰⁷. De cette définition, on peut déduire que dans une transaction commerciale, le *gharar* se réfère à différentes formes pouvant être classées en cinq catégories selon Dr. Mohamed El habib : l'incertitude dans la validité ou la nullité d'un contrat, l'ignorance de l'objet évalué

¹⁰⁴ Abbas Mirakhor and Iqbal Zaidi, «Profit and loss sharing contracts in Islamic finance», dans M.Kabir Hassan and Mervyn K.Lewis, Han dir., *Handbook of Islamic Banking*, Edward Elgar, 2007, 49, à la p. 49.

¹⁰⁵ Karim Cherif, 2008, *la finance islamique : Analyse des produits financiers islamiques*, Travail de Bachelor en finance, HEG Genève, 2001, aux pp. 18-19 [Cherif].

¹⁰⁶ Imane Karich, *Le système financier islamique : de la Religion à la Banque*, Bruxelles. Édition Larcier, 2002, à la p. 44.

¹⁰⁷ Mustafa Ahmad Al-Zarqa, *Introduction general au Fiqh*, Dar Al Qalam, Beyrouth, 1998, vol 1, à la p. 74. (المدخل الفقهي العام/ مصطفى احمد الزرقا).

dans le contrat, l'incertitude dans une promesse de vente, l'ignorance dans le prix en tant qu'objet du contrat et l'ignorance dans le délai¹⁰⁸.

Une autre sorte d'incertitude sont le *Maysir* et *Qimâr*. Ils se définissent comme toute forme de contrat dans lequel le droit des parties contractantes dépend d'un événement aléatoire. C'est notamment ce principe que l'on trouve dans les jeux de hasard et les pariages avec mise.

L'interdiction du Maysir et du Qimâr est explicitement citée dans le Coran : *“O vous qui avez cru ! Le vin, la divination par les entrailles des victimes ainsi que le tirage au sort (jeu de hasard : Maysir) ne sont qu'un acte impur de ce que fait Satan. Évitez-le !...Le diable ne cherche qu'à introduire parmi vous les germes de la discorde par l'animosité et par la haine à travers le vin et le jeu (de hasard) et à vous détourner de l'invocation de Dieu et de la prière. Allez – vous donc y mettre fin?”*¹⁰⁹.

1.1.2.4 Le principe d'existence d'un actif sous-jacent : Asset Backing

Toute transaction financière doit être sous-tendue par un actif tangible identifiable. Il s'agit donc d'un principe clé d'une finance réelle non virtuelle¹¹⁰.

1.1.2.5 Le principe d'interdiction des actifs illicites

Aucune transaction financière ne doit être dirigée vers des secteurs non conformes à la *Charia* 'a, comme les boissons alcoolisées, le tabac et les jeux d'argent.

À l'instar de la finance d'éthique, le système financier islamique proscrit tout investissement dans certaines activités illicites. Nous pouvons mentionner les distilleries, l'industrie pornographique, les jeux de hasard, les charcuteries,

¹⁰⁸ El habib Tijkani, *supra* note 69, aux pp. 149-155.

¹⁰⁹ Coran, sourate 5 : la Table Servi (المائدة) verset 90 et 91.

¹¹⁰ Voir Rachel Cado et Samir Kouradine, « La finance islamique : une alternative financière et durable pour les territoires », (2009), Kosset Finance et Global Secure Finance, à la p. 4.

l'armement et les banques commerciales classiques. En effet, celles-ci utilisent l'intérêt, que ce soit pour prêter ou pour emprunter.

La majorité des auteurs s'alignent sur lesdits principes comme fondement de la FI. Certains ajoutent à tort la *Thésaurisation*¹¹¹ et la *Zakat*¹¹². Ces dernières font partie du fondement de l'économie islamique. Cela dit, il n'en reste pas moins que les auteurs reflètent une vision financière des fondements de la finance islamique.

D'un point de vue juridique, la FI est basée sur des contrats connus « nommés » dans le *Fiqh* «*The Islamic economic system has a set of core contracts, which serve as building blocks for designing more sophisticated and complex financial instruments*»¹¹³. Toutefois, n'importe quel contrat innommé est considéré à priori valide en vertu du principe de la liberté contractuelle, à condition de respecter les règles générales de la théorie du contrat et certains principes flexibles et d'autres stables comme la prohibition de l'intérêt¹¹⁴.

Afin d'assurer le respect de ces principes, chaque banque islamique est dotée d'un conseil de conformité «*Charia 'a Board*»¹¹⁵ qui vérifie *ex-ante* la validité des produits financiers proposés au regard des règles et principes de la *Charia 'a*. Cette institution est composée de quatre à sept membres ou plus. Toutefois, la Malaisie a à la fois une banque centrale et une supervision de conformité centralisée¹¹⁶.

¹¹¹ La Thésaurisation est le fait de vouloir garder son argent en dehors du circuit économique.

¹¹² La Zakat est un des cinq piliers de l'Islam, qui correspond à un impôt sur la richesse, principalement au bénéfice du pauvre et du nécessiteux.

¹¹³ Zamir et Mirakhor *supra* note 9, à la p. 77.

¹¹⁴ *Ibid*; Issa Abdo, *Les contrats qui régissent les transactions financières contemporaines*, Riyad, 1977, Librairie de l'économie islamique, à la p.9 ; Mustafa Ahmad Al-Zarqa, 1 éd., *Les contrats nommés dans la jurisprudence islamique : contrat de la vente*, Dar Al Qalam, Beyrouth, 1999, à la p. 8. (العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع. مصطفى أحمد الزرقا).

¹¹⁵ Les membres sont des juristes, mais ils ont aussi une compétence avancée en matière bancaire et financière

¹¹⁶ Lachemi, *supra* note 95, aux pp. 44-46.

SECTION II

PRÉSENTATION DU SYSTÈME BANCAIRE CANADIEN

Chaque pays a un système financier qui lui est propre. Le système financier canadien est organisé autour de quatre piliers. Le système s'appuyait donc sur les banques, les institutions para-bancaires¹¹⁷, les sociétés d'assurance et les courtiers en valeurs mobilières.

Le Canada a mené dans les années 80 une autre méthode qui consiste à penser le système financier dans sa globalité et non pas en le divisant en plusieurs sous-disciplines. Par la suite, la notion des quatre piliers a disparu et les banques se sont étendues vers les autres secteurs financiers canadiens¹¹⁸.

Les banques sont au cœur du système financier canadien, elles proposent du travail à plus de 267 000 personnes au Canada, en 2010¹¹⁹. Quant au nombre de personnes employées à l'extérieur du Canada, il s'élève à 94 000 personnes¹²⁰. Il rapporte un total de 2.55 trillion\$¹²¹.

Dans cette section, et après avoir présenté l'organisation du système bancaire, nous examinerons les équivalents des principes de la FI en droit canadien.

¹¹⁷ Les sociétés de fiducie et de prêts hypothécaires, les caisses populaires et credit unions.

¹¹⁸ Racette, Daniel « Les marchés financiers », (2011), 2011, 39 p, à la p. 13, en ligne : <http://zonecours.hec.ca/documents/380084_B0851BB7-4209-4CE3-9919-52454691BA48.3800J2.pdf>.

¹¹⁹ Voir Association des banquiers canadiens, en ligne : <<http://www.cba.ca/?lang=fr>>.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Nicholls Christopher C., *Financial institutions the regulatory framework*, LexisNexis Canada, 2008, à la p. 16 [Nicholls].

2.1 L'organisation du système bancaire canadien

Le système bancaire canadien se compose d'une Banque Centrale, de banques commerciales et d'organes de surveillance.

En vertu de la Loi sur la Banque du Canada¹²², la Banque du Canada est la Banque Centrale du pays. Elle a été fondée en 1934 sous la forme d'une société privée. À partir de 1938, elle devient une société d'État qui appartient au gouvernement fédéral. Elle mène ses activités avec beaucoup d'indépendance par rapport à la plupart des autres organismes fédéraux.

Son rôle consiste à favoriser la prospérité économique et financière du Canada. Cela veut dire qu'elle n'est pas une institution financière et qu'elle n'exerce pas le commerce de banque au détail¹²³. Elle veille plutôt sur la politique monétaire, les billets de la banque, le système financier et la gestion financière du Canada.

Les banques commerciales se divisent selon la Loi sur les banques en trois types, souvent désignées par leur propriété et leur taille.

Ainsi les banques de l'Annexe I¹²⁴ concernent les banques canadiennes autorisées qui sont au nombre de 22¹²⁵.

Les banques de l'annexe II¹²⁶ sont des filiales de banques étrangères autorisées. Ces dernières sont contrôlées par des institutions étrangères admissibles, à savoir les

¹²² *Loi sur la Banque du Canada* (L.R.C. (1985), ch. B-2).

¹²³ L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 5.

¹²⁴ Voir Association des banquiers canadiens, en ligne : <<http://www.cba.ca/fr/links/424-domestic-banks>>.

¹²⁵ Banque Bridgewater ; Banque Canadienne de l'Ouest ; CIBC ; Banque Canadian Tire ; Banque Citizens du Canada ; Banque CS Alterna ; Banque de l'Ouest et du Pacifique du Canada ; Banque DirectCash ; Banque Dundee du Canada ; Banque HomeEquity ; Banque Laurentienne du Canada ; Banque Manuvie du Canada ; Banque MonCana du Canada ; Banque Nationale Groupe financier ; Banque Ouest ; Banque des Premières Nations du Canada ; Banque Royale du Canada ; Banque Scotia (La Banque Scotia) ; BMO Groupe Financier ; General Bank of Canada ; Groupe Banque TD ; Jameson Bank ; Services Financiers le Choix du Président.

¹²⁶ *Supra* note 121.

filiales de grandes banques mondiales : Bank of America Canada, Bank of China (Canada), Citibank Canada, ABN AMRO Bank Canada, etc. En 1998, le rapport du secteur financier canadien (the MacKay Task Force) montre que le nombre des filiales de banques étrangères au Canada a augmenté entre 1959 et 1987. Mais, il a chuté à 44 au début de 1998. En 2010, ils sont au nombre de 26¹²⁷.

Les banques de l'Annexe III¹²⁸ sont des succursales de banques étrangères ou des institutions étrangères autorisées à exercer des activités bancaires au Canada. Ces succursales sont assujetties à certaines restrictions. Elles sont au nombre de 23.

A l'opposé du système réglementaire États-Unien (des États-Unis) qui repose sur un réseau complexe d'organes, le système réglementaire canadien s'appuie surtout sur deux organes de surveillances : Le Bureau du surintendant des institutions financières (BSIF), responsable des règles de prudence, et l'Agence de la consommation en matière financière du Canada (ACFC).

Il existe d'autres organismes affectés à la supervision et à la protection des consommateurs, soit : l'Association de banques canadiennes et l'Association canadienne des paiements au niveau fédéral et l'AMF au niveau québécois.

---La notion de la banque---

Il faut toutefois noter que les Lois ne donnent pas en soi de définition de la banque. La doctrine précise la difficulté de formuler une définition pour cette activité. A cet égard, Lord Denning M.R. stipule qu'il est plus facile de reconnaître un banquier que

¹²⁷ Banque Amex du Canada ; Banque d'Amérique du Canada, Banque de Chine (Canada) ; Tour d'Échange ; Banque CTC du Canada ; Banque Habib Canadienne ; Banque HSBC Canada ; Banque ICICI du Canada ; Banque Industrielle et Commerciale de Chine (Canada) ; Banque ING du Canada ; Banque Internationale de Commerce Mega (Canada) ; Banque J.P. Morgan Canada ; Banque Korea Exchange du Canada ; Banque MBNA Canada ; Banque Nationale de l'Inde (Canada) ; Banque Shinhan du Canada ; Banque de Tokyo-Mitsubishi UFJ (Canada) ; Banque Sumitomo Mitsui du Canada ; Banque UBS (Canada) ; Banque Un Canada ; Banque Walmart du Canada (La) ; BNP Paribas (Canada) ; Citco Bank Canada ; Citibanque Canada ; J.P. Morgan Canada ; Société Générale (Canada).

¹²⁸ *Supra* note 121.

de définir une banque¹²⁹. Monnin J.A ajoute qu'on ne peut pas définir une banque ni un banquier¹³⁰.

La difficulté de déterminer une définition à la banque est due, selon M.H. Ogilvie à trois raisons :

- La banque semble se composer d'un ensemble d'activités plutôt que d'une seule.
- Ces activités varient dans le temps, le lieu et le moment. Ils sont en expansion et évolue à un rythme apparemment sans précédent.
- Ces activités ne sont pas exclusives ou propres aux banques mais sont également menées par une variété d'autres institutions financières et non financières.

Quant à la jurisprudence. La cour suprême, dans l'arrêt *Alberta Bank Taxation Référence (1938)*¹³¹, a suggéré que le banquier se définit comme un marchand de crédit.

Dans un autre arrêt : *Canadien Pionner Management Ltd. c. Le conseil des relations de travail de la Saskatchewan*, la Cour suprême détermine les éléments qui nous permettent de faire la différence entre un établissement financier et la banque régie par la législation fédérale, à savoir le critère fonctionnel et le critère formel et institutionnel¹³².

En revanche, l'article 2 de la Loi sur les banques définit largement une banque étrangère comme « toute entité constituée en personne morale ou formée sous le régime de la législation d'un pays étranger, qui, selon le cas : a) est une banque

¹²⁹ *United Dom. Trust Ltd. V. Kirkwood* [1966] 1 All E.R. 968 (C.A.), at 979. Dans H Ogilvie, *supra* note 5 à la p. 2.

¹³⁰ *Central Computer Services Ltd. V. T.D. Bank* (1979), D.L.R. (3d) 88 (Man. C.A.), at 89. Dans H Ogilvie, *supra* note 5 à la p. 2.

¹³¹ *Reference Re Alberta Statutes - The Bank Taxation Act; The Credit of Alberta Regulation Act; and the Accurate News and Information Act*, [1938] S.C.R. 100.

¹³² L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, aux pp. 9-11.

d'après la législation du pays étranger où elle exerce son activité; b) exerce dans un pays étranger des activités qui, au Canada, seraient en totalité ou en majeure partie des opérations bancaires; c) se livre, directement ou non, à la prestation de services financiers et adopte, pour désigner ou décrire son activité, une dénomination qui comprend l'un des mots « bank », « banque », « banking » ou « bancaire », employé seul ou combiné avec d'autres mots ou un ou plusieurs mots d'une autre langue que le français ou l'anglais, ayant un sens analogue; d) effectue des opérations de prêt d'argent et accepte des dépôts cessibles par chèque ou autre effet; e) se livre, directement ou non, à la prestation de services financiers et appartient au groupe d'une autre banque étrangère; f) contrôle une autre banque étrangère; g) est une institution étrangère, autre qu'une banque étrangère au sens d'un des alinéas a) à f), qui contrôle une banque constituée ou formée sous le régime de la présente loi ».

Cette définition englobe beaucoup de services financiers fournis par des institutions étrangères. Ainsi, selon cette définition, on considérerait comme une banque de nombreuses institutions qui ne le sont pas¹³³.

2.2 Les équivalents des principes de la FI en droit canadien

Les fondements de la FI ne sont pas étrangers aux exigences applicables dans le système financier canadien. Certes, la banque islamique fonctionne de manière différente de celle d'une banque conventionnelle mais les principes fondamentaux peuvent être rapprochés.

Comme il a été mentionné plus haut, la prohibition du *Riba* en Islam ne se limite pas à l'usure mais elle s'étend aux intérêts payés sur les prêts de toutes sortes quels qu'ils soient. Cela dit, un volet de ce principe connaît un équivalent en droit canadien. Le *Code criminel*¹³⁴, dans son article 347, détermine le « taux criminel » comme tout taux d'intérêt annuel effectif, appliqué au capital prêté et calculé conformément aux

¹³³ *Ibid*, à la p. 15.

¹³⁴ *Code criminel* (L.R.C. (1985), ch. C-46).

règles et pratiques actuarielles généralement admises, qui dépassent soixante pour cent. L'usure est donc interdite sous peine: (a) soit d'un emprisonnement maximal de cinq ans; (b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'une amende maximale de 25 000 \$ et d'un emprisonnement maximal de six mois, ou de l'une de ces peines. Toutefois, la suppression des pénalités pour l'intérêt n'a eu lieu qu'en 1853 et la liberté de stipuler de l'intérêt qu'en 1859.

Concernant le principe du partage du profit et des pertes (PPP), il existe une obligation plus proche en droit des sociétés. L'article 2186 du *C.c.Q* dispose que, le contrat de société est celui par lequel les parties conviennent, dans un esprit de collaboration, d'exercer une activité, incluant celle d'exploiter une entreprise, d'y contribuer par la mise en commun de biens, de connaissances ou d'activités et de partager entre elles les bénéfices pécuniaires qui en résultent. Il ajoute que le contrat d'association est celui par lequel les parties conviennent de poursuivre un but commun autre que la réalisation de bénéfices pécuniaires à partager entre les membres de l'association.

Quant à l'interdiction de la spéculation, la similitude au droit canadien se limite à la législation sur les contrats de jeu et de pari. L'article 2628 du *C.c.Q* attache la validité de jeu et de pari à l'autorisation expresse par la Loi. L'article 2630 stipule que lorsqu'ils ne sont pas expressément autorisés, le gagnant ne peut exiger le paiement de la dette et le perdant ne peut répéter la somme payée.

L'interdiction de la situation de l'incertitude se manifeste en droit des obligations dans le système juridique canadien à travers deux notions fondamentales : l'objet et la cause. Premièrement, l'objet doit être possible et déterminé ou déterminable. Et s'il porte sur un bien à venir, ce dernier doit être déterminé quant à son espèce et

déterminable quant à sa quotité¹³⁵. Dans les deux cas, il ne doit être ni prohibé par la loi ni contraire à l'ordre public¹³⁶. Deuxièmement, selon l'article 1371 :

" Il est de l'essence de l'obligation qu'il y ait des personnes entre qui elle existe, une prestation qui en soit l'objet et, s'agissant d'une obligation découlant d'un acte juridique, une cause qui en justifie l'existence ".

Contrairement au droit musulman, qui précise une liste exhaustive des activités illicite, on ne trouve nulle part dans le droit canadien une liste similaire. Cependant, la jurisprudence apporte des précisions sur des choses qui peuvent être interdites sous prétexte de la protection de l'ordre public où parce qu'elle, font partie des prérogatives de la puissance publique, comme l'armement.

Enfin, à l'opposé de la banque islamique, la banque conventionnelle, en tant qu'entreprise indépendante qui fait le commerce de l'argent, exerce différentes activités. Parmi elles, figure le dépôt et le prêt d'argent. De ce fait, elle décide elle-même le niveau de son taux d'intérêt qu'elle doit parfois négocier. Toutefois, le niveau des taux d'intérêt que les banques imposent à leurs clients est influencé par plusieurs facteurs, dont certains ne sont pas déterminés par celles-ci¹³⁷. Les articles

¹³⁵ Art. 1374 du C.c.Q.

¹³⁶ *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54 (CanLII), 2007-12-14; *Drouin c. Surplec Inc.*, 2004 CanLII 20120 (QC C.A.), 2004-04-16 ; *Poirie c. Poirier (Succession de)*, 2008 QCCS 1908 (CanLII), 2008-05-13.

¹³⁷ L'un des facteurs clés est le taux directeur de la Banque du Canada, soit le taux du financement à un jour. Il s'agit du taux auquel la Banque s'attend à ce que les institutions financières s'empruntent ou se prêtent des fonds pour une durée d'un jour. Les variations du taux directeur de la Banque se répercutent donc sur les autres taux d'intérêt dans l'économie, y compris les taux préférentiels et hypothécaires que les banques et autres institutions financières font payer à leurs clients.

Cependant, le taux directeur n'est pas le seul facteur influant sur les taux débiteurs. D'autres éléments importants entrent en jeu, facteurs qui reflètent l'équilibre relatif entre l'offre et la demande de fonds prêtables au sein de l'économie. Parmi ces éléments figurent les coûts que les banques doivent assumer pour obtenir, sur les marchés financiers, des fonds à long terme qu'elles pourront ensuite prêter aux ménages et aux entreprises.

Pour se protéger contre l'incertitude, les institutions financières intègrent également dans leurs taux débiteurs une prime de risque ainsi que certains frais administratifs et, comme toute autre entreprise commerciale, une marge bénéficiaire. Information tirée de site web de la Banque du Canada.

450. (1) et 567.1 (1) de la *Loi sur les banques* oblige les banques à informer les clients du coût d'emprunt, calculé et exprimé en conformité avec l'article 451. Les règlements sur la communication de l'intérêt¹³⁸ et sur le coût de l'emprunt¹³⁹ imposent aussi la divulgation du coût d'emprunt. Dans le cas où les parties ne sont pas déterminées ou fixées, les éléments de référence permettent de déterminer le taux d'intérêt, lorsque ce dernier est exigible par convention entre les parties ou en vertu de la loi. En vertu de la *Loi sur l'intérêt*¹⁴⁰, le taux de l'intérêt est de cinq pour cent par an.

En s'appuyant sur ce qui précède, à l'exception de la pratique de l'intérêt, il apparaît clairement, par ce rapprochement, la similitude des principes de la FI avec le droit canadien. Il en reste que l'évaluation de la compatibilité des produits bancaires conventionnels avec leurs consœurs islamiques nécessite une évaluation préalable des contrats sur lesquels se basent. Notre recherche apportera plus de détails afin de comprendre ce qui est cité précédemment.

¹³⁸ *Règlement sur la communication de l'intérêt (banques étrangères autorisées)*, DORS/99-272; *Règlement sur la communication de l'intérêt (banques)*, DORS/92-321.

¹³⁹ *Règlement sur le coût d'emprunt (banques étrangères autorisées)*, DORS/2002-262; *Règlement sur le coût d'emprunt (banques)*, DORS/2001-101.

¹⁴⁰ *Loi sur l'intérêt*, LRC 1985, c I-15.

CHAPITRE II L'ÉTUDE COMPARATIVE

Dans un premier temps, nous allons traiter sommairement la notion et la nature juridique de chaque contrat nommé et le contrat correspondant dans le droit musulman. En cas d'absence de ce dernier, nous examinerons sa qualification juridique islamique.

Dans un deuxième temps, nous présenterons une étude comparative de la pratique bancaire des contrats nommés du *C.c.Q* avec celles des contrats connus (nommés) dans les recueils de *Fiqh*.

L'attitude que nous adopterons est la suivante : nous ne décrirons pas dans le détail chacune des conditions des contrats nommés, prenant pour acquis que le lecteur connaît chacune de ces institutions et leurs fondements. De même, nous ne retiendrons de chacun de ses contrats que les éléments qui nous servent dans notre étude comparative. Ainsi, pour éviter la pluralité des avis au sein des écoles juridiques du courant sunnite, notre justification sera essentiellement basée, dans la plus part des cas, sur les avis de Islamic Fiqh Academy (OCI).

Dans un troisième temps, il s'agit de savoir si les dispositions proposées par la jurisprudence islamique peuvent être intégrées dans le *C.c.Q*. sans altérer celui-ci.

Il existe dix-huit contrats nommés au *Code civil du Québec*¹⁴¹. Seuls les contrats nommés pertinents aux opérations bancaires seront considérés, même si les banquiers prennent des taxis, on n'étudiera pas le contrat de transport...(Ch-6).

¹⁴¹ *Code civil du Québec*, L.Q., 1991, c. 64.

Les contrats nommés sont ceux du livre cinquième du *Code civil du Québec*, le titre deuxième qui comporte dix-huit chapitres :

Ch-1 La vente : nous traiterons de deux modalités de ce contrat : la vente à tempérament et la vente avec faculté de rachat.

Ch-2 La donation peut apparaître limitée, mais nous avons décidé de la traiter vu l'intérêt islamique.

Ch-3 Le crédit-bail sera traité.

Ch-4 Le louage, la banque n'en fait pas comme institution financière, mais comme toute entreprise, ce n'est donc pas une opération financière; pas plus que le transport (Ch-6), l'affrètement (Ch-5) (sauf pour la banque Lloyd's, les banques ne sont pas des armateurs); ni le contrat de travail, (Ch-7), ne sont pas des opérations typiquement bancaires. Donc ils ne seront pas traités.

Ch-8 Les contrats d'entreprise et de service ne seront pas considérés. Ils touchent les banques d'investissements seulement. Ces contrats d'entreprise et de service, à la différence des banques de dépôt, ne visent pas les particuliers, ils s'intéressent plutôt aux banques, les marchés monétaires et la Banque centrale.

Ch-9 Le contrat de mandat sera traité indirectement dans la mesure où la gestion de la finance de certains contrats se lit en termes de mandat.

(Ch-10) Le contrat de société n'est effectivement pas pertinent ici.

Les contrats nommés de dépôt, (Ch-11) ne sera pas traité, les contrats nommés de prêt (Ch-12) et de cautionnement (Ch-13) seront traités.

Nous considérons les contrats de rente (ch-14) et d'assurance (ch-15) comme si particuliers dans les opérations financières qu'il faudrait leur consacrer à eux seuls un mémoire spécifique. Nous avons obtenu l'accord pour ne pas les traiter dans le présent travail.

Les derniers chapitres des contrats nommés, ceux de jeu et pari, (Ch-16), de transaction (Ch-17) et de convention d'arbitrage ((Ch-17), n'étaient pas directement pertinents.

Enfin, nous signalons que le contrat d'affacturage présente une exception dans notre méthodologie; puisqu'il ne constitue pas un contrat nommé. C'est un contrat innommé imposé par la pratique bancaire. Cependant, ses modalités peuvent être rapprochées à celle d'un contrat nommé.

Nous traiterons d'abord le contrat du prêt prévu par le *Code civil du Québec*. Nous aborderons ensuite diverses modalités de la vente, à savoir : la vente à tempérament et la vente avec faculté de rachat. Puis, nous présenterons les types de financement particuliers comme le crédit-bail, l'affacturage et diverses formes d'engagement bancaire autonome : cautionnement, dépôt. Enfin, nous traiterons la donation. Nous nous limiterons, à cet égard, aux contrats énoncés précédemment.

2.1 Contrat de prêt d'argent

Avant même la création des banques, le prêt était une pratique courante dans les sociétés occidentales aussi bien qu'islamiques. Fondamentalement, le prêt est un contrat, entre deux parties, et qui exige les mêmes principes applicables pour les autres contrats¹⁴².

Après une courte présentation du principe du prêt vu le *C.c.Q* (2.1.1) et le droit musulman (2.1.2), nous examinerons leurs points de convergence et de divergence (2.1.3), avant d'exposer l'adaptation des principes de la *Charia' a* aux instruments financiers modernes (2.1.4). Et enfin examiner la capacité d'adaptation de la jurisprudence islamique avec le *Code civil du Québec* (2.1.5).

2.1.1 Le prêt selon le C.c.Q

Le prêt à intérêt est une modalité du prêt simple qui n'a été autorisée qu'à partir de 1777 au Canada, réglementée par plusieurs lois et soumise à un taux légal en cas d'absence de taux conventionnel.

¹⁴² Pour la législation islamique voir : Mohamed Kabir Younes, « Le contrat en législation islamique ses fondements et ses conditions » dans *Sciences de la Charia' a pour les Economistes*, (IIRF de BID), (2001), Djeddah, Arabie Saoudite, 86, aux pp. 171-207; Pour la réglementation du prêt au Québec voir : Thérèse Rousseau Houle, *contrats nommés : note de cours, vente*, (1977-78), université de Laval. [Rousseau Houle].

2.1.1.1 Définition et approche historique

2.1.1.1.1 Définition

En l'absence d'une définition générale du contrat de prêt, le *C.c.Q* prévoit deux formes de prêt: le prêt à usage¹⁴³ et le prêt simple. Ce dernier est défini comme suivant :

*"Un contrat par lequel le prêteur remet une certaine quantité d'argent ou d'autres biens qui se consomment par l'usage à l'emprunteur, qui s'oblige à lui en rendre autant, de même espèce et qualité, après un certain temps"*¹⁴⁴

On constate que le prêt d'argent n'est qu'une variante du prêt simple, et qu'il s'effectue à titre gratuit selon cet article. Quant à la doctrine, elle considère le prêt d'argent ou le prêt à intérêt comme contrat par lequel l'emprunteur s'engage à rendre la somme prêtée, mais il ne reçoit plus un service gratuit, il doit payer une indemnité, c'est l'intérêt. L'intérêt est le profit que le prêteur stipule comme prix de la jouissance qu'il accorde à l'emprunteur¹⁴⁵.

Ce contrat de prêt constitue une entente permettant à l'une des parties de se procurer une certaine somme d'argent et à l'autre de se donner des garanties pour récupérer la somme prêtée.

2.1.1.1.2 Approche historique

"Longtemps, on a considéré le prêt à intérêt comme immoral. Pour tourner la règle prohibitive, on avait recours dans l'ancien droit à de nombreux procédés comme par exemple, la vente à réméré, de sorte que la règle devint purement fictive à l'époque napoléonienne. Dès 1777, le Canada s'appuyant sur la réalité des faits, permit le prêt à intérêt en fixant toutefois un taux d'intérêt aux maximum de 6% et en pénalisant le créancier qui ne s'y conformait pas.

¹⁴³ Art. 2313 du *C.c.Q*.

¹⁴⁴ Art. 2314 du *C.c.Q*.

¹⁴⁵ Rousseau Houle, *supra* note 142, à la p. 203.

Le libéralisme économique du XIXe siècle supprima ces limites et l'on aboutit à la suppression des pénalités pour l'usure en 1853 et à la liberté de stipuler de l'intérêt en 1859¹⁴⁶.

2.1.1.2 Réglementation du contrat de prêt à intérêt

Le prêt est un contrat nommé régi par les articles 2312 à 2332 du *Code civil du Québec*, pareillement. Il est régi non seulement par les *Codes de la consommation et la construction*, mais aussi par le *Code de l'habitation*¹⁴⁷, la *Loi des banques*, le *Code criminel* et la *Loi sur l'intérêt*¹⁴⁸.

2.1.1.3 La stipulation de l'intérêt

Le Code civil, dans son article 2312, distingue deux formes de prêt: le prêt à usage¹⁴⁹ et le prêt simple. Le premier est à titre gratuit, alors que le deuxième, pratiqué par les banques, est présumé fait à titre gratuit, à moins de stipulation contraire ou qu'il ne s'agisse d'un prêt d'argent¹⁵⁰. L'inclusion de l'intérêt dans le contrat de prêt d'argent est une exception de la règle générale (la gratuité prévue dans l'art.2314), de même qu'il est une contrainte pour les Canadiens de confession musulmane¹⁵¹.

Les parties sont libres de stipuler le taux d'intérêt. Leur convention devra être respectée tant que ce taux n'a pas franchi les limites déterminées par l'article 347 du *Code criminel*¹⁵². Si un taux conventionnel n'a pas été convenu, la *Loi sur l'intérêt* attribue au contrat un taux légal de 5%¹⁵³.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Il régit certaines formes de ce dernier.

¹⁴⁸ L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 213.

¹⁴⁹ Art. 2313 du *C.c.Q.*

¹⁵⁰ Art. 2315 du *C.c.Q.*

¹⁵¹ Car la mention du taux d'intérêt dans un contrat est susceptible de la rendre nulle vis-à-vis des règles de la Finance Islamique.

¹⁵² L.R.C. (1985), c. C-46, art 347.

¹⁵³ Art. 2330 du *C.c.Q.*

2.1.2 Le concept islamique du prêt

En effet, dans le droit musulman, le mot prêt n'existe pas, mais on trouve un prêt d'honneur «Qard Hasan». Ce dernier se devise en deux catégories et est soumis à des exigences particulières.

2.1.2.1 Définition de Qard al-Hasan

Le prêt d'honneur «Qard Hasan», veut dire "un prêt de bienveillance que l'on rembourse à l'échéance agréée sans intérêt ni part de profit ou perte dans l'affaire"¹⁵⁴. Sur le plan juridique, il est considéré supérieur à un acte autorisé. En effet, celui-ci est sollicité «Nadb» par la *Charia'*¹⁵⁵.

Les jurisconsultes distinguent deux catégories générales : prêt gratuit, sans compensation et prêt à condition de remboursement¹⁵⁶.

2.1.2.2 Les catégories du Qard al-Hasan

Le premier type de Qard al-Hasan est un prêt entre une personne et son Seigneur. Ce type identifie le prêt à autrui comme un prêt à Dieu, donnant lieu à une rétribution récompensée dans l'au-delà. C'est une dépense pour l'amour de Dieu, aux orphelins, aux veuves, aux infirmes et aux nécessiteux, etc...¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Définition tirée d'AIDIMM-France, en ligne : <<http://www.aidimm.info/>>.

¹⁵⁵ El-Kettani, *supra* note 66 à la p. 234.

¹⁵⁶ Voir : M Yakob, *supra* note 67, à la p. 17.

¹⁵⁷ La référence coranique identifie le crédit à autrui comme un crédit à Dieu, donnant lieu à une rétribution multipliée : "Quiconque avance un prêt gracieux pour Sa cause, Allah le lui rendra en de nombreux multiples..."¹⁵⁷ Coran, sourate 2 : la vache (البقرة) verset 245 "Si vous avancez un prêt charitable à Allah, Il vous le payera au multiple et vous accordera Sa grâce car Allah est Reconnaissant et Indulgent"¹⁵⁷ Coran, sourate 2 : La compétition (التغابن) verset 17.

Quant au deuxième, il concerne le prêt entre personnes. Il y a une divergence dans la définition de ce type. Nous retenons ici la définition de l'École Malékite¹⁵⁸. Cette dernière le définit comme étant "*le versement gratuit d'une personne à une autre d'un bien ayant une valeur monétaire à charge de récupérer à terme la même valeur de ce versement*". De cette définition, nous pouvons déduire certaines caractéristiques.

2.1.2.3 Règles relatives à al-Qard al-Hassan

La gratuité n'est pas innocente, mais sujette à un contrat qui va en prévenir les effets pervers. Nous relevons seulement certaines dispositions qui constituaient une garantie pour le prêteur. Car l'être humain, selon le Coran, est avide d'argent "*...Et en aimant trop l'argent...*"¹⁵⁹. Le contrat de prêt doit être écrit. Cette décision est fondée sur une injonction coranique¹⁶⁰. Aussi bien que le contrat doit être certifié par deux témoins¹⁶¹.

Enfin, le créancier peut exiger du débiteur un gage ou un cautionnement, ainsi que le paiement de frais administratifs ou de frais de service pour la transaction de prêt. Et en aucun cas, ce surplus de paiement des frais administratifs ne s'oppose aux principes islamiques.

¹⁵⁸ El-Kettani, *supra* note 66, à la p. 236.

¹⁵⁹ Coran, Sourate 89 : L'Aube (Al-Fajr), verset 20.

¹⁶⁰ Coran, sourate 2 : la vache (Al Baqarah) verset 282. "*Ô vous qui croyez ! Lorsque vous convenez d'une transaction comportant une dette à terme fixé, mettez-le par écrit...*".

¹⁶¹ Coran, sourate 2 : la vache (Al Baqarah) verset 282. "*Faites appel, dans ce cas, à deux témoins parmi les hommes, ou, à défaut, à un homme et deux femme dont le témoignage vous paraît acceptable*".

2.1.3 L'étude comparative

Malgré l'existence de plusieurs points en commun entre le prêt d'honneur et le prêt selon le *C.c.Q.*, ce dernier s'oppose à un principe de base de la finance islamique. Cette dernière a désormais adapté les principes de la *Charia'* a aux instruments financiers modernes.

2.1.3.1 Les points en commun

En préalable, il est important de dresser certains points saillants entre le *C.c.Q.* et la jurisprudence islamique (*Fiqh*) en matière de prêt et prêt d'honneur. À ce propos, les deux types de prêt attribuent à l'emprunteur la propriété du bien prêté, aussi bien que les risques de perte dès la remise¹⁶². Par ailleurs, le prêteur est tenu responsable du préjudice causé par les défauts ou les vices du bien prêté¹⁶³. Également, l'emprunteur n'est tenu de rendre que la somme nominale reçue, malgré toute variation de valeur du numéraire¹⁶⁴ (par exemple dévaluation de la monnaie)¹⁶⁵.

Considérons maintenant les coûts excessifs à cause d'un taux usuraire, d'un contrat lésionnaire ou de clauses abusives contenues dans les différents contrats de prêts.

En premier lieu, le taux usuraire est considéré *ipso facto* incompatible avec le principe de l'interdiction de *Riba* en droit musulman. Le silence du *Code civil* est comblé par les dispositions du *Code criminel*, qui considère comme une infraction le fait de conclure une convention afin de percevoir des intérêts à un taux annuel effectif qui dépasse 60%. Toutefois, cette disposition du *Code criminel* fait l'objet de nombreuses critiques¹⁶⁶.

¹⁶² Art. 2327 du *C.c.Q.*

¹⁶³ Art. 2328 du *C.c.Q.*

¹⁶⁴ Art. 2329 du *C.c.Q.*

¹⁶⁵ En ce concerne la législation islamique voir : El-Kettani, *supra* note 66 aux pp. 236 et 237.

¹⁶⁶ L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 218.

En second lieu, dans les cas des contrats de prêt qui détiennent en plus d'un taux d'intérêt consenti par les deux parties, des clauses exorbitantes, ou lorsque qu'il y a eu lésion à l'égard de l'une des parties, le tribunal peut prononcer la nullité du contrat et ordonner la réduction des obligations qui en découlent, ou encore, réviser les modalités de leur exécution¹⁶⁷.

Enfin, les clauses abusives contenues dans un contrat de prêt peuvent être annulées par le tribunal à la demande de l'adhérent ou du consommateur (art. 1437 C.c.Q)¹⁶⁸. Les deux dernières clauses convergentes. Le droit islamique est donc en accord avec le C.c.Q¹⁶⁹.

2.1.3.2 Les points de divergence

Selon le C.c.Q, l'intérêt dans le prêt d'argent est une exception au principe de gratuité présumée à l'article 2315. Toutefois, il a instauré une règle générale pour les prêts d'argent, puisque le C.c.Q utilise le verbe devoir. En vertu de cette obligation, la banque est tenue de divulguer, à une personne physique qui emprunte, avant ou au moment de l'avance d'argent ou de crédit, le coût sous forme de taux annuel. Toutefois, selon l'article 2330 du C.c.Q., le prêt d'argent porte intérêt à compter de la remise de la somme à l'emprunteur. En l'absence d'une mention au contrat du taux applicable, la *Loi sur l'intérêt* détermine que ce sera le taux légal de 5%¹⁷⁰.

Cette activité est basée sur l'intérêt, or l'intérêt est formellement interdit par le droit musulman, pour des raisons d'égalité et de justice entre les parties contractantes.

¹⁶⁷ L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1 à la p. 219.

¹⁶⁸ *Ibid*, à la p. 220.

¹⁶⁹ El Habib Tijkani, *supra* note 69, aux pp. 163-167.

¹⁷⁰ Art. 3 de la *Loi sur l'intérêt*, LRC 1985, c I-15

2.1.4 L'adaptation des principes de la *Charia'* a aux instruments financiers modernes : *Mourabaha*

Le terme *Mourabaha* est dérivé du mot *ribh* qui veut dire en jurisprudence islamique, bénéfice. Dans cette opération : *L'institution financière émettrice joue le rôle d'un intermédiaire commercial, achetant des marchandises nécessaires à ses clients et les leur revendant en différé moyennant un profit*¹⁷¹. En d'autres termes, la banque achète la marchandise au comptant ou à crédit et la revend au comptant ou à crédit à son client moyennant une marge bénéficiaire convenue entre les deux parties.

Du point de vue juridique, la *Mourabaha*, telle que pratiquée par les banques islamiques est composée d'une promesse d'achat et d'un contrat de vente.

Dans la pratique des banques, le contrat de vente, *Mourabaha*, se déroule en général comme suit: le client présente à la banque un dossier pour obtenir le financement d'un matériel déterminé en spécifiant la quantité et les caractéristiques techniques. La banque commence par étudier le dossier. En cas de décision positive, elle procède à l'achat du matériel demandé soit auprès d'un fournisseur local ou par la voie de l'importation. Auparavant, le client signe avec la banque une promesse d'acheter le matériel demandé conformément aux caractéristiques techniques mentionnées. À l'arrivée de la marchandise, le client et la banque discutent des modalités pratiques de la vente: prix définitif, échéancier de paiement, avance sur prix, etc¹⁷².

Afin d'éviter que ce mode de financement soit détourné et utilisé comme un expédient juridique pour contourner l'interdiction du *Riba*, outre les exigences qu'on verra dans le cadre du contrat de la vente à tempérament¹⁷³, la *Mourabaha* doit se

¹⁷¹ Définition tirée de Livre de finance d'entreprise, en ligne : Vernimmen.net
<<http://www.vernimmen.net>>.

¹⁷² Mohameden O/ Sidi Mohamed « La Mourabaha comme mode d'intervention dans les banques islamiques » dans Introduction aux techniques islamiques de financement, IIRF- BID, Djeddah, Arabie Saoudite, 123, aux pp. 125 et 126.

¹⁷³ OCI, Décision 51 (6/2)/ AIF de l'académie du 14 Mars 1990 relatives à la vente a tempérament, [1990], Magazine de l'académie, n.6, c.1, p. 193 et n. 7, c.2, p.9. Point 2.

conformer à certaines conditions :

- La validité du premier acte d'achat dépend de la possession physique de l'objet du contrat par la banque, avant qu'elle ne puisse de nouveau le revendre.
- La connaissance parfaite du prix d'achat initial des charges additionnelles, de la part de l'acheteur. Si celui-ci découvre qu'il a été trahi dans le prix, il a le plein droit de dénoncer l'acte de vente.
- La connaissance parfaite du montant du bénéfice qui fait partie intégrante du prix de vente. Ce bénéfice peut être exprimé en unités monétaires comme il peut être exprimé en pourcentage, mais la pratique bancaire se dirige plutôt vers cette dernière formule.

Après la réalisation du contrat *Mourabaha*, la marchandise devient la propriété exclusive et définitive de l'acheteur final et le demeurera quels que soient les incidents qui peuvent survenir par la suite. Toutefois, la banque peut prendre un gage sur les marchandises vendues en garantie du paiement des prix de vente et mettre en jeu ce gage le cas échéant. De même, elle peut tenir compte des cas de mévente du client et accorder à ce dernier un rééchelonnement de son échéancier sans que cela n'entraîne une majoration de prix.

2.1.5 Le Code civil est-il un cadre compatible pour le mode de financement alternatif ? (*Le taux d'intérêt et le taux de profit*)

La réponse à cette question dépend de la qualification juridique de la *Mourabaha* : serait-elle, selon le *C.c.Q.*, une opération de crédit ou, un contrat de vente, indépendamment de sa finalité économique.

Trois facteurs appuient la deuxième qualification, celle du contrat de vente : le transfert de la propriété juridique, l'identification de la chose et la détermination du

prix¹⁷⁴. De même, en France, cette opération est considérée juridiquement comme un contrat de vente¹⁷⁵, par conséquent, elle n'est pas soumise à l'obligation de la mention du taux d'intérêt contrairement au contrat de prêt¹⁷⁶.

Selon le *C.c.Q.*, la Mourabaha est une modalité du contrat de vente : la vente à tempérament, cette dernière est incompatible avec la législation islamique de la vente étudiée dans le cadre du contrat de la vente à tempérament¹⁷⁷.

D'autre part, la première qualification, celle du contrat de prêt se heurte à la problématique de la mention du taux d'intérêt ou de profit. Malgré la clause dite «taux de profit correspond au taux d'intérêt». Cette dernière affirme que la banque islamique détermine la marge par référence à un indice de référence de taux d'intérêt, par exemple le Libor ou l'Eurolibor. La marge bénéficiaire prend la forme d'un taux de profit, puisqu'il s'agit d'une opération commerciale à fins financières, non une transaction financière. Ainsi, calculer la marge (un profit) en utilisant un taux ne remet pas en cause sa légalité tant qu'elle respecte les exigences de la *Charia'*¹⁷⁸.

Du point de vue économique, le taux d'intérêt et le taux de profit ont la même nature. Ils permettent au client ou à l'emprunteur de savoir le coût réel et de comparer les différentes offres de prêt proposées par des établissements de crédit. Et ils permettent à l'autorité de vérifier si le taux convenu n'est pas usuraire au sens de l'article 347 du *Code criminel*. Mais ils n'ont pas le même fait générateur. Le taux d'intérêt génère le montant de loyer de l'argent dans une transaction financière, alors que le taux de profit engendre la marge bénéficiaire dans une opération commerciale.

¹⁷⁴ Chucri Joseph Serhal « L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique » Banque & Droit, 2009, à la p. 6 [Serhal].

¹⁷⁵ Bulletin officiel des impôts, n° 22 du 25 février 2009, Régime fiscal des opérations de mourabaha.

¹⁷⁶ Serhal, *supra* note 174 à la p.6.

¹⁷⁷ Voir contrat de la vente à tempérament.

¹⁷⁸ Ibrahim Zayyad, « La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamique en France », Revue Lamy de droit des affaires, 2008, à la p. 3.

Juridiquement parlant, cette opération est incompatible avec les dispositions du *Code civil du Québec*. En effet, l'article 2330 du *C.c.Q.* stipule que le prêt d'argent porte intérêt à compter de la remise de la somme à l'emprunteur. En l'absence d'une mention au contrat du taux applicable, la *Loi sur l'intérêt* détermine que ce sera le taux légal de 5%. Alors qu'une décision de l'Islamic Fiqh Academy (OCI) n'autorise pas de préciser, dans le contrat, les avantages de l'échelonnement du paiement de façon distincte du prix comptant et de manière à lier les avantages aux paiements à terme, que ce soit sur la base d'un accord des parties sur un taux d'intérêt fixé par elles ou par le marché¹⁷⁹. Cela dit, l'apparition du taux de profit dans un contrat par les banques islamiques rend l'opération nulle vis-à-vis de ladite décision.

De point de vue fiscal, il est fort probable que les établissements financiers islamiques subissent des conséquences fiscales liées aux transferts successifs de propriété. Les financements qui respectent l'éthique islamique seront donc plus coûteux que les financements conventionnels, sauf s'il y aura une réforme du régime fiscal.

¹⁷⁹ OCI, Décision 51 (6/2)/ AIF de l'académie du 14 Mars 1990 relatives à la vente a tempérament, [1990], Magazine de l'académie, n.6, c.1, p. 193 et n. 7, c.2, p.9. Point 2.

2.2 La vente à tempérament

La vente à tempérament est d'abord une vente dont les modalités de paiement sont particulières, savoir des versements périodiques. Il est aussi un mode de financement qui permet aux particuliers l'acquisition de biens meubles ou immeubles¹⁸⁰, vendus par le prêteur ou l'intermédiaire de crédit, et dont le prix s'acquitte par versements périodiques. Autrement dit, la vente à tempérament peut se concrétiser sous deux formes : une relation bilatérale où des commerçants consentent directement des crédits à leurs clients, puis, une relation triangulaire où des établissements spécialisés dans le financement de ce type d'opération jouant un rôle d'intermédiaire entre le vendeur, à qui ils versent le prix comptant, et l'acheteur, qui les paie en plusieurs tranches; le crédit sert à financer l'acquisition du bien meuble ou immeuble¹⁸¹.

Financièrement parlant, la vente à tempérament est profitable pour les deux parties du contrat. En premier lieu, le vendeur peut, via ce mode de financement, augmenter son chiffre d'affaires puisqu'il peut vendre, généralement, à un prix plus élevé qu'au comptant. En second lieu, la vente à tempérament permet à l'acheteur l'acquisition des biens dont il a besoin, elle lui permet aussi d'épargner une partie de son revenu pour faire face à ses engagements¹⁸². À ce propos ce mode de financement est utilisé fréquemment pour les opérations à moyen et à long terme d'achat de biens d'équipement.

Dans un premier temps, nous traiterons la notion de la vente à tempérament selon le *Code civil du Québec* (2.2.1) et le contrat qui correspond à celui-là en droit musulman

¹⁸⁰ Denys-Claude Lamontagne, *Droit de la vente*, 3^e éd., Cwansville, Éditions Yvon Blais, 2005, à la p.211 [Lamontagne].

¹⁸¹ Moncef Bentaïbi «Al Baï bi-takssit ou la vente à tempérament pratiquée par les banques islamiques» dans *Introduction aux techniques islamiques de financement*, IIRF- BID, Djeddah, Arabie Soudite, 86, à la p. 89 [Bentaïbi].

¹⁸² *Ibid*, à la p. 89.

(2.2.2), ainsi qu'à leurs caractéristiques. Nous examinerons, par la suite les points de convergence et de divergence entre les deux modes de financement (2.2.3), puis nous aborderons en dernier lieu (en cas d'incompatibilité), la capacité d'adaptation de la jurisprudence islamique avec le *Code civil du Québec* (2.2.4).

2.2.1 La vente à tempérament selon le C.c.Q

Après avoir donné une définition au contrat étudié, on exposera brièvement certaines caractéristiques qui nous aideront dans notre étude comparative. Ces caractéristiques sont les effets du contrat et le défaut du débiteur.

2.2.1.1 Définition

La vente à tempérament est soumise aux règles du *Code civil du Québec* (art.1745-1749). Toutefois, les contrats de vente à tempérament d'un bien mobilier conclus entre un commerçant et un consommateur sont des contrats de consommation régis par la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁸³. Ainsi, l'article 1745 C.c.Q. définit la vente à tempérament de la façon suivante:

*"La vente à tempérament est une vente à terme par laquelle le vendeur se réserve la propriété du bien jusqu'au paiement total du prix de vente"*¹⁸⁴.

Certes, cette définition englobe les deux modes de la vente à tempérament mentionnée plus haut, mais dans le domaine bancaire «conventionnel» les banques au Québec jouent un rôle d'intermédiaire entre le vendeur, à qui ils versent le prix comptant, et l'acheteur qui les paie généralement¹⁸⁵ en plusieurs tranches.

¹⁸³ Voir L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, aux pp. 130 et s.

¹⁸⁴ *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 880.

¹⁸⁵ Pierre-Gabriel Jobin considère que contrairement à l'opinion de certains auteurs et à la pratique très générale, en principe, il n'est donc pas indispensable qu'elle comporte plusieurs versements du prix, en autant qu'un terme est accordé et que le vendeur conserve la propriété du bien jusqu'au paiement complet; Jobin et Cumyn, *supra* note 56, à la p.348.

Après la définition, nous verrons certaines caractéristiques qui distinguent la vente à tempérament des autres modalités de vente.

2.2.1.2 Les effets d'ordre juridique de l'opération de vente à tempérament

Les effets sont le non transfert du droit de propriété et le transfert des risques.

2.2.1.2.1 Le non transfert du droit de propriété

La particularité de la vente à tempérament est que le vendeur ou l'institution financière demeure propriétaire du bien jusqu'au paiement total du prix de vente (art. 1745 *C.c.Q*)¹⁸⁶.

2.2.1.2.2 Le transfert des risques

Il est à noter que la vente à tempérament s'accompagne d'un transfert des risques de perte du bien à l'acheteur. Cela dit, ce transfert n'a pas lieu lorsque il s'agit d'un contrat de consommation ou que les parties ne l'aient stipulé autrement (art.1746 *C.c.Q*)¹⁸⁷. En revanche, l'acheteur peut jouir du bien comme s'il en était propriétaire. Dans ce cas, la réserve de propriété accorde une sûreté au vendeur¹⁸⁸.

2.2.1.3 Défaut du débiteur

Dans le cas où l'acheteur fait défaut de payer le prix de vente selon les dispositions du contrat, le vendeur ou l'institution financière peut exiger soit le paiement immédiat des versements échus, soit reprendre le bien vendu. La dernière possibilité est

¹⁸⁶ *Ibid*, à la p. 348. Voir aussi Lamontagne, *supra* note 180, à la p. 211; L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 253.

¹⁸⁷ Lamontagne, *supra* note 180, à la p.213.

¹⁸⁸ L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 255.

d'exiger le paiement du solde du prix de vente si le contrat contient une clause de déchéance du terme (art.1748 C.c.Q)¹⁸⁹. Cependant, ces différents recours ne sont pas cumulatifs¹⁹⁰.

2.2.2 La vente à tempérament selon le Droit musulman (bai bi-takssit)

Dans un premier temps, nous traitons la définition de vente à crédit et sa licéité. Nous examinons, par la suite, les règles particulières à cette opération exigées par la *Charia' a*. Puis, nous abordons les effets d'ordre juridique de l'opération de vente à crédit.

2.2.2.1 Définition de vente à terme (bai bi-takssit)

La vente à tempérament s'apparente à la vente à terme¹⁹¹ en droit musulman connue sous l'appellation « *bai bi-takssit* ». C'est une vente payable à terme, avec un financement direct assuré par le vendeur sans aucun intermédiaire, dont la livraison est immédiate alors que le prix est réglé en une ou plusieurs échéances convenues à la signature du contrat¹⁹². Partant de cette définition, et contrairement à la vente à tempérament, *bai bi-takssit* est une vente avec financement direct assuré par l'institution financière. Du point de vue pratique, la banque islamique achète les équipements ou matériaux du fournisseur et les revend à terme au client, selon des modalités de paiement convenues d'avance. Le délai de paiement ne dépasse pas généralement quatre ans, sauf dans le cas des ventes à tempérament réalisées par la

¹⁸⁹ *Ibid*, à la p. 255. Voir aussi Lamontagne, *supra* note 180 aux pp 212 et 213.

¹⁹⁰ Forresterie R.Berneir (Proposition de), REJB 2003-42807 (C.S).

¹⁹¹ Thérèse Rousseau-Houle définit la vente à terme comme : celle où l'acheteur bénéficie d'un délai pour payer le prix, tout en devenant propriétaire de la chose achetée au moment de la vente. Le transfert de propriété a lieu au moment de la vente, mais l'acheteur bénéficie d'un terme pour le paiement. Dans Rousseau-Houle, *supra* note 142, à la p. 203.

¹⁹² Soulayman ben Turki Alturki, les règles de *bai bi-takssit*, Dar Ichbilila, Arabie Saoudite, à la p. 558. <<http://catalog.library.ksu.edu.sa/digital/420867.html>>.

Banque Islamique de Développement, où les facilités de paiement peuvent atteindre entre dix et douze ans¹⁹³.

2.2.2.2 La licéité de la vente à crédit (bai bi-takssit)

Dans l'absence d'un texte qui autorise explicitement la majoration de prix à cause de l'échelonnement dans le temps, les avis sont partagés. Il se dégage toutefois un consensus selon lequel, dans une vente, la marchandise peut être livrée immédiatement, alors que le prix sera payé ultérieurement¹⁹⁴, en vertu de ce Hadith qui dit que : "*le Prophète Mohamed, acheta à terme des grains d'un juif a qui il donna en gage sa cote de mailles en fer*"¹⁹⁵. Également, par analogie à la vente à terme, relevé dans ce Hadith "*Celui qui achète un bien qui lui sera livré ultérieurement, qu'il le fasse en mesure connue, en poids connu et jusqu'à une échéance fixée*"¹⁹⁶. Les deux textes confirment la vente à terme¹⁹⁷, cependant ils restent silencieux sur la majoration du prix. C'est sur ce dernier point que la doctrine diverge.

La quasi-unanimité des juristes musulmans dont les quatre écoles hanafite¹⁹⁸, malikite¹⁹⁹, shafi'ite²⁰⁰, hanbalite²⁰¹ et le Permanent Fatwa comite²⁰² ainsi que

¹⁹³ Bentaibi, *supra* note 181 à la p. 110.

¹⁹⁴ Le prix peut être payé comptant ou versé en plusieurs tranches. Selon : Almisri Rafik Younes, (*bai bi-takssit*) analyse économique et jurisprudentielle, 2^e, damas, Dar Alkalam, (1997), à la p.15.

¹⁹⁵ L'Authentique de Bukhari 2860; L'Authentique de Muslim 1603.

¹⁹⁶ L'Authentique de Bukhari (2086). La vente à crédit est l'opposé de la vente al-salam (ou al-salaf ou bai al-salam) dans laquelle la marchandise ne sera livrée qu'ultérieurement, alors que le prix est payé immédiatement.

¹⁹⁷ Al askalani Ibn Hajar, Partie 4, à la p. 348. Rapporté le consensus des juristes musulmans sur ce point.

¹⁹⁸ 'Ala Uddin Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, Dar Al Kitab Al Arabi, Beirut 1982, (5/187).

المذهب الحنفي : (الثمن قد يزداد لمكان الأجل) بدائع الصنائع 5 / 187 .

¹⁹⁹ Abu al-Walid Muhammad Ibn Ahmad Ibn Rushd , *Bidayat al-Mujtahid wa Kifayat al-Muqtasid*, Charh asamarqandi, Le caire, 1907, , (2/108). / 2 (جعل للزمان مقدار من الثمن) بداية المجتهد . 108

²⁰⁰ Abû Hâmid Al-Ghazâlî . 85 / 1 (الخمسة نقداً تساوي ستة نسيئة) الوجيز للغزالي .

²⁰¹ Fatawa Ibn Taymiya . 499 / 29 (فتاوى ابن تيمية) (الأجل يأخذ قسطاً من الثمن) المذهب الحنبلي : (الأجل يأخذ قسطاً من الثمن) فتاوى ابن تيمية 29 / 499 .

²⁰² Permanent Fatwa comite, Fatwa n 7/ 22/4/1392.

l'Islamic Fiqh Academy (OCI)²⁰³ ont affirmé la licéité de la majoration du prix lorsque le paiement en est différé, car ce délai doit être valorisé. Ils se basent, en premier lieu, sur des versets coraniques "...Or Allah autorise le négoce et interdit l'usure..."²⁰⁴, "Ô qui vous croyez ! Évitez de vous emparer mutuellement de vos biens par des échanges frauduleux. Pratiquez plutôt les échanges par un négoce consenti d'un commun accord"²⁰⁵.

Les deux versets mentionnent la légalité de la vente lorsqu'il y a consentement des deux parties. Par conséquent, les juristes considèrent l'augmentation en compensation du délai de paiement *de facto et de jure* comme faisant partie du consentement.

En second lieu, un Hadith vient appuyer, à titre d'exemple, les propos mentionnés précédemment : Le prophète a dit : "... Achète-nous des chameaux, contre de jeunes chamelles qui seraient acquises au terme des [prochaines] périodes de l'aumône légale"²⁰⁶, et cela autant qu'il est nécessaire".²⁰⁷

Enfin, ils s'adosent sur le fait que ce mode de transaction fut répété constamment par les Musulmans.

À l'opposé, une minorité des juristes ont en plaidé l'interdiction. Car selon eux, la majoration du prix, à cause de l'échelonnement dans le temps, n'est autre que l'intérêt ajouté au prix de la marchandise. Ceux-ci remettent en cause l'authenticité du dernier hadith accepté par la majorité. Mais, cette opinion reste minoritaire en raison de la faiblesse de leurs arguments.

Ainsi, les juristes acceptent la vente à terme tant qu'elle ne s'apparente pas au

²⁰³ OCI, Décision 51 (6/2)/ AIF de l'académie du 14 Mars 1990 relatives à la vente a tempérament, [1990], Magazine de l'académie, n.6, c.1, p. 193 et n. 7, c.2, p.9; OCI, Décision 64 (7/2)/ AIF de l'académie du 9 juin 1992 relatives à la vente a tempérament, [1992], Magazine de l'académie, n.6, c.1, p. 193 et n. 7, c.2, p.9.

²⁰⁴ Coran, sourate 2 : la vache (البقرة) verset 275.

²⁰⁵ Coran, sourate 4 : les Femmes (النساء) verset 29.

²⁰⁶ Délai d'acquiescement. Voir par ex. El Habib Tijani, *supra* note 69, à la p. 160.

²⁰⁷ Musnad de l'Imam Ahmed, classé par El Banna. T.15, p. 85

*Riba*²⁰⁸, et qu'elle ne contient pas une exploitation de l'acheteur qui se trouve dans le besoin. De ce fait, la vente à terme doit être utilisée à bon escient et ne doit, en aucun cas, dépasser les limites de la législation. Sa compatibilité est toutefois étroitement liée à certaines exigences et règles de fond que cette modalité doit respecter.

2.2.2.3 Les règles propres au contrat de la vente à crédit exigées par la Charia' a

L'objet du contrat doit satisfaire certaines conditions²⁰⁹, dont les trois suivantes:

- L'objet doit exister au moment du contrat.
- Il doit être la propriété de l'institution financière. Par ailleurs, la possession physique de l'objet du contrat est indispensable avant que l'acheteur ne puisse de nouveau le revendre²¹⁰.
- Le vendeur n'a pas le droit de préciser, dans le contrat, les avantages de l'échelonnement du paiement de façon distincte du prix comptant et de manière à lier les avantages aux paiements à terme, que ce soit sur la base d'un accord des parties sur un taux d'intérêt fixé par elles ou par le marché. Par contre, il est permis de fixer, pour un article, un prix à payer comptant et un prix à payer selon des échéances déterminées²¹¹.

²⁰⁸ Par exemple. Le Tawarruq: vendre un appartement, puis à nouveau le racheter à un prix inférieur en espèces. Voir notamment : OCI, Décision 178 (19/4)/ AIF de l'académie du 26 Avril 2009 relatives aux soukouks islamiques et leurs application, [1990], Magazine de l'académie.

²⁰⁹ Voir les quinze conditions dans Soulayman ben Turki Alturki, *supra* note 192.

²¹⁰ Comme il est stipulé dans le Hadith: "Ne vendez pas ce que vous ne possédez pas". Musnad de l'Imam Ahmed (3/402).

²¹¹ Mais dans ce cas, la vente n'est valable que si les contractants se fixent sur une modalité de paiement au moment de la conclusion du contrat: vente au comptant ou à terme. S'il y a ambiguïté de sorte qu'il n'a pas d'accord ferme sur l'un des prix, la vente est illicite. Par ailleurs, le report du paiement du prix n'est autorisé que si la vente ne porte pas sur une créance.

2.2.2.4 Les effets d'ordre juridique de l'opération de vente à crédit

2.2.2.4.1 Le transfert de propriété

L'acheteur devient propriétaire de la chose objet du contrat dès que l'échange des consentements des parties du contrat a eu lieu.

2.2.2.4.2 Le transfert des risques

Le transfert de propriété entraîne le transfert des risques. Toutefois, l'institution financière a l'obligation de se porter contre les risques d'éviction et contre les vices cachés.

2.2.2.5 Défaut du débiteur

En cas de retard de paiement de l'acheteur, il n'est pas permis de majorer le principal de la dette avec ou sans condition préalable, puisque ceci constitue le *Riba*. Cependant, il est permis, au créancier et au débiteur, de se mettre d'accord sur l'exigibilité immédiate de la totalité des termes non échus, au cas où le débiteur ne réglerait pas une échéance à la date convenue et ce, tant qu'il n'est pas en difficulté financière²¹².

2.2.3 L'étude comparative

La mise en examen de la vente à tempérament, pratiquée par les banques conventionnelles, par rapport à la jurisprudence islamique, nous montre que cette pratique s'oppose à un principe fondamental de la finance islamique ainsi qu'à son corollaire. Elle contrarie aussi certaines conditions relatives à l'objet du contrat, le

²¹² OCI, Décision 51 (6/2)/ AIF de l'académie du 14 Mars 1990 relatives à la vente a tempérament, [1990], Magazine de l'académie, n.6, c.1, p. 193 et n. 7, c.2, p.9. Point 3 et 5.

prix de vente et les modalités de paiement.

2.2.3.1 Opposition au principe de l'interdiction de l'intérêt

À la lumière de ce qui précède, la vente à crédit, selon l'islam est un contrat bilatéral, alors que la vente à tempérament, pratiquée par les banques conventionnelles, est un contrat triangulaire. La banque joue le rôle d'intermédiaire entre le vendeur, à qui elle verse le prix comptant, et l'acheteur, qui les paie en plusieurs tranches. Elle stipule formellement, dans le contrat de vente à tempérament, la majoration du prix payable à terme sur le prix comptant. De ce fait, cette opération s'oppose au principe de l'interdiction de l'intérêt (*Riba*). Elle s'oppose aussi à une décision de l'Islamic Fiqh Academy (OCI) qui n'autorise pas de préciser dans le contrat les avantages de l'échelonnement du paiement de façon distincte du prix comptant et de manière à lier les avantages aux paiements à terme, que ce soit sur la base d'un accord des parties sur un taux d'intérêt fixé par elles ou par le marché²¹³.

2.2.3.2 Opposition aux conditions relatives à l'objet du contrat

La vente à tempérament pratiqué par les banques s'oppose aussi à certaines conditions relatives à l'objet du contrat. En droit musulman, l'institution financière n'a pas le droit de conserver la propriété de la chose vendue²¹⁴, ce qui va à l'encontre de l'article 1745 du *C.c.Q.*

Certes, le transfert de la propriété fait courir au vendeur un véritable risque dans le cas où l'acquéreur ne serait pas en mesure d'acquitter le prix convenu, mais, en revanche, il crée un équilibre en transférant les risques qui en découlent au client. Cependant, tout vendeur à terme se doit d'entourer chacune de ses opérations de crédit d'un maximum de garanties. C'est ainsi que, pour se prémunir contre le risque

²¹³ *Ibid.* point n 2.

²¹⁴ *Ibid.* point n 6.

de défaillance de l'acquéreur, des garanties multiples sont offertes à la banque islamique²¹⁵.

2.2.3.3 Opposition aux règles relatives au prix de vente et aux modalités de paiement

Enfin, la vente à tempérament contrarie les règles relatives au prix de vente aux modalités de paiement. En cas de retard de paiement de l'acheteur, il n'est pas permis de majorer le principal de la dette avec ou sans condition préalable, puisque ceci constitue le *Riba*.

Simultanément, dans le cas où l'acheteur fait défaut de payer le prix de vente, les recours que nous avons déjà mentionnés (art.1748C.c.Q) ne prennent pas en considération les montants payés antérieurement par l'acheteur. En revanche la *Loi sur la protection du consommateur* s'aligne avec la législation musulmane dans ce sens pour protéger le consommateur²¹⁶. Dans le droit musulman, en cas de restitution d'une chose usagée, la banque devrait recevoir une indemnité représentant la dépréciation de celle-ci. Dans le cas où le bien, objet du contrat, a été détruit ou a disparu, la restitution ne peut se faire que par équivalence, et ce en fonction de sa valeur au jour de la vente²¹⁷.

Enfin, et dans le cadre des grands principes islamiques de la justice et de l'équité, la vente à terme peut faire l'objet *de jure* d'une baisse de la créance pour règlement anticipé en vertu de la règle "baisse et anticipe". Cette réduction représente la compensation de paiement anticipé de la part du débiteur. L'application de la clause doit respecter deux conditions : résulter d'un accord préalable et s'effectuer entre le

²¹⁵ Par exemple : le cautionnement, l'aval, l'assurance-crédit etc, pour plus de détail voir Bentaibi, *supra* note 181 aux pp. 106-109.

²¹⁶ Dans ce sens voir Jobin et Cumyn, *supra* note 56 aux pp 263-275 ; voir aussi les articles 138-144 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

²¹⁷ Bentaibi, *supra* note 181, aux pp. 100 et 101.

créancier et le débiteur. L'intervention d'une tierce personne provoque son interdiction, puisqu'elle s'apparenterait à l'escompte des effets de commerce²¹⁸. On ne trouve pas l'équivalent de cette clause dans le droit civil du Québec.

2.2.4 Le Code civil est-il un contexte compatible pour le mode de financement alternatif ?

Compte tenu de ce qui précède, la définition du *C.c.Q* incarne certainement les deux modes de financement. Celui pratiqué par les banques conventionnelles, dans lequel la banque joue un rôle intermédiaire entre le vendeur et l'acheteur, et l'autre exercé par les banques islamiques où le financement est assuré directement par l'institution financière sans aucun intermédiaire. On ne saurait passer sous silence la compatibilité des dispositions de *LPC* avec les exigences islamiques afin de protéger le consommateur.

Mais la vente à tempérament, dans le droit musulman, contrarie une disposition du *Code civil du Québec*. Celle du transfert de propriété. Par conséquent, l'ouverture des fenêtres islamiques des banques conventionnelles, ou l'autorisation des banques islamiques au Québec, nécessite un aménagement du Code civil sur cette question.

En conclusion, il me semble que la vente à crédit islamique établit un équilibre dans la relation entre l'institution financière et le consommateur.

Cela se traduit principalement par l'attribution, à ce dernier, la propriété du bien, mais aussi les risques qui en découlent. À l'inverse de la vente à tempérament (*C.c.Q*), qui donne à l'institution financière le droit de garder la propriété du bien et transfère les risques aux clients (entreprises)²¹⁹ sauf si les deux parties en décident autrement²²⁰.

²¹⁸ *Ibid*, aux pp. 102 et 103.

²¹⁹ Jobin et Cumyn, *supra* note 56 aux pp. 364-366.

²²⁰ Art.1746 du *C.c.Q* stipule que : *la vente à tempérament transfère à l'acheteur les risques de perte du bien à moins qu'il ne s'agisse d'un contrat de consommation ou que les parties n'aient stipulé autrement.*

De même, les conséquences de la nullité du contrat, dans la vente à crédit islamique, protègent à la fois les deux parties, alors que, dans le cadre de la vente à tempérament, le *C.c.Q* soutient le vendeur au détriment du consommateur. L'équilibre est assuré par la *LPC* qui intervient pour protéger le consommateur.

Enfin, le droit islamique présente un avantage par rapport au *C.c.Q*, qui est la réduction de la créance pour règlement anticipé. Ce faisant, il reflète bien le principe d'équité.

En revanche, on considère comme avantageuse l'interdiction de pénalité en cas de retard de paiement de l'acheteur, si la carence du débiteur est largement imposée par les circonstances. Mais, il devient problématique quand la carence du débiteur est le fruit d'une décision libre. Certains chercheurs²²¹ se sont déjà penchés sur cette question et ont proposé des solutions qui me semblent pertinentes. Il en reste que l'avis de l'Islamic Fiqh Academy (OCI), à date est l'interdiction.

²²¹ Dr. Mohamed Quorri, en ligne : <http://www.badlah.com/page-90.html>; Dr. Achadli Hassan Ali, *Theorie de la condition dans la jurisprudence islamique*, Dal Al Kitab Aljamiai, Le Caire, aux pp. 490 et 491.

2.3 La vente faite avec faculté de rachat

Identifiée comme une modalité de vente, la vente avec faculté de rachat est aussi un mode de financement permettant aux entreprises et aux individus l'acquisition des biens meubles ou immeubles, voire même de l'argent²²². Cela dit, ce mode peut porter sur une créance.

D'un point de vue historique, cette modalité de financement, appelée également la vente à réméré, servait à déguiser le prêt d'argent quand ce dernier était interdit ou sévèrement règlementé²²³. Dans certains pays majoritairement musulmans, il prend la forme d'un contrat de location contre un prix symbolique afin de détourner l'interdiction de l'intérêt²²⁴.

Dans la pratique bancaire contemporaine, ce mode de financement porte sur les meubles, spécialement sur les véhicules²²⁵. Il se concrétise par l'achat de l'institution financière d'un bien qu'elle revend à crédit au client. Cependant, l'institution financière se réserve le droit de reprendre le bien aliéné en remboursant à l'acheteur le prêt payé²²⁶. Dans ce cas, la banque agit en tant que vendeur.

Juridiquement, la vente avec faculté de rachat met à la disposition des institutions financières une garantie réelle. Financièrement parlant, elle accorde à certains

²²² Pierre-Gabriel Jobin, *La vente dans le code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, à la p.187 [Gabriel Jobin]. Voir. *Développement Centrale Ville de l'Isle c. Leibovitch*, [1967] R.C.S. 603.

²²³ *Ibid*, à la p. 183. Voir par ex. *Industrial Acceptance Corp. C. Marmette*, [1957] B.R. 681; *Booth Ltd. C. McClean*, [1927] R.C.S. 243; *Salvas c. Vassal*, (1896) 27 R.C.S. 68. Rousseau Houle, *supra* note 138, à la p. 193.

²²⁴ Voir. Un avis sur Rahn (hypothèque) dans les payes de Maghreb Arabe, en ligne :

<<http://www.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&lang=a&Id=103466&Option=FatwaId>>

²²⁵ L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 251.

²²⁶ Gabriel Jobin, *supra* note 222, à la p. 186.

vendeurs un apport de trésorerie et elle permet à d'autres, qui sont surendettés, d'apurer une situation financière difficile grâce au prix de vente.

Dans un premier temps, nous traiterons la notion de la vente avec faculté de rachat selon le *Code civil du Québec* (3.2.1) et le contrat qui correspond à celui-là en droit musulman (3.2.2), ainsi qu'à leurs caractéristiques. Nous examinerons, par la suite, les points de convergence et de divergence entre les deux modes de financement (3.2.3). En conclusion, nous aborderons (en cas d'incompatibilité) la capacité d'adaptation de la jurisprudence islamique avec le *Code civil du Québec* (3.2.4).

2.3.1 La vente avec faculté de rachat selon le C.c.Q

Après avoir donné une définition au contrat étudié, on exposera brièvement les effets du contrat à l'égard, à la fois du vendeur et de l'acheteur.

2.3.1.1 Définition

La vente avec faculté de rachat est un contrat nommé régi par le *Code civil du Québec* (art.1750-1756). Elle se définit comme étant :

*"Une vente sous condition résolutoire par laquelle le vendeur transfère la propriété d'un bien à l'acheteur en se réservant la faculté de le racheter"*²²⁷.

L'article qui la définit prévoit des exigences de publicité pour que le recours à la faculté de rachat puisse être opposé aux tiers²²⁸.

Cette opération entraîne des effets sur les deux parties contractantes.

²²⁷ Art. 1750 du *C.c.Q.*

²²⁸ La faculté de rachat d'un véhicule routier ou d'un autre bien meuble déterminés par règlement, de même que celle de tout bien meuble acquis pour le service ou l'exploitation d'une entreprise, n'est opposable aux tiers que si elle est publiée; cette opposabilité est acquise à compter de la vente si la faculté est publiée dans les 15 jours. La cession d'une telle faculté n'est également opposable aux tiers que si elle est publiée.

2.3.1.2 L'effet du contrat à l'égard du client

L'acheteur possède un droit de propriété réel pendant la période du contrat, mais sous une condition résolutoire. Cela lui permet d'exercer tous les droits d'un propriétaire sur le bien concerné²²⁹. À l'opposé du crédit-bail, le client assume les risques de pertes partielles ou de détériorations qui sont dus à sa faute seulement. Dans le cas contraire ou lorsque le bien vient à périr en totalité, c'est la banque qui supporte les risques²³⁰. En revanche, elle favorise la banque au détriment du client. En cas de défaut de paiement du client, la banque récupère le bien sans restitution des montants payés par le client.

2.3.1.3 L'effet du contrat à l'égard de la banque

La banque demeure propriétaire du bien qui fait l'objet du contrat de vente avec faculté de rachat sous condition suspensive. Toutefois, il détient le droit de céder ou hypothéquer le bien²³¹. Dans le même ordre d'idée, la banque, son cessionnaire ou son créancier peuvent exercer la faculté de rachat en respectant certaines conditions édictées par le *C.c.Q*²³².

Enfin, selon l'article 1756 du *C.c.Q*, si la faculté de rachat a pour objet de garantir un prêt, la banque est réputée emprunteur et le client est réputé créancier hypothécaire. La banque ne pourra toutefois perdre le droit d'exercer la faculté de rachat, à moins

²²⁹ Lamontagne, *supra* note 180, à la p.205.

²³⁰ Les articles 1751, 1441, 1442, 1627, 1518 a 1522 et 1755. Voir Lamontagne, *supra* note 180 à la p. 206.

²³¹ Lamontagne, *supra* note 180, à la p.205; Gabriel Jobin, *supra* note 222, à la p. 188.

²³² Selon l'article 1751. "*Le vendeur qui désire exercer la faculté de rachat et reprendre le bien doit donner un avis de son intention à l'acheteur et, si la faculté de rachat a été publiée, à tout acquéreur subséquent contre lequel il entend exercer son droit. Cet avis doit, si la faculté de rachat a été publiée, être lui-même publié; il s'agit, en ce cas, d'un avis de 20 jours si le bien est un meuble et d'un avis de 60 jours s'il est un immeuble. Le délai de 20 jours est porté à 30 jours s'il s'agit d'un contrat de consommation*".

que l'acquéreur ne suive les règles prévues au livre des priorités et des hypothèques pour l'exercice des droits hypothécaires.

2.3.2 La vente conditionnelle et le Rahn (hypothèque) dans le droit musulman

La vente avec faculté de rachat est semblable à des montages juridiques (Hiyal, astuces ou ruses) de plusieurs actes constituant un moyen de contourner l'interdiction du *Riba*²³³ dans les pays musulmans. Certaines de ces pratiques furent exportées dans l'Europe du moyen Age²³⁴.

Mais sur le plan légal, la vente avec faculté de rachat se rapproche à la fois du contrat de vente sous condition et au contrat du *Rahn* (hypothèque) dans le droit musulman.

Dans un premier temps, nous traitons la définition du contrat de Rahn. Nous examinons, par la suite, sa licéité et les règles particulières à cette opération, exigées par la *Charia' a*. Puis, nous abordons la condition de la faculté de rachat.

2.3.2.1 Définition du contrat de Rahn (hypothèque)

C'est un contrat connu (nommé) dans les recueils de *Fiqh*. Le mot *Rahn* signifie rétention, constance et permanence²³⁵. Juridiquement, c'est un droit accordé à un créancier sur un bien en garantie d'une dette, la dette étant remboursée à partir de ce bien au cas où la personne serait insolvable²³⁶. Ce mode offre au créancier une garantie qu'il ne perd pas ses droits si le débiteur ne règle pas le prêt.

Les juristes indiquent que la licéité du *Rahn* trouve son fondement dans les

²³³ Andrés, *supra* note 100, à la p 8. Jahel selim, « Droit des affaires et religions », RIDC, vol. 53, no4, 879, à la p. 9.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ Ibn Qudama al-Maqdisi, *Al-mughni*, 1^{er}., Beirut, Dar Ihya al-Turath al-Arabi, 1985, à la p. 215 (المغنى لأبن قدامة) [Ibn Qudama]; Mansour Ibn Youness Al-Bahouti, *Kachaf alqinaa ala Matr Allqnaa*, Dar Alfikr, 1982, Livre de Rahn, à la p. 222 [Al-Bahouti].

²³⁶ Ibn Qudama, *supra* note 235, à la p. 215.

trois sources : le Coran, la sunna et l'Ijmaa « consensus »²³⁷.

2.3.2.2 La licéité du Rahn

Le Rahn est explicitement reconnu par le verset 283 de la sourate la Vache « *Mais si vous êtes en voyage et ne trouvez pas de scribe, un gage reçu suffit* »²³⁸, cette licéité est confrontée pas la sunna, dans un Hadith « *le prophète acheta a terme des grains d'un juif a qui il donna en gage sa cote de mailles en fer* »²³⁹, le consensus (Ijmaa) a été rapporté par Ibn Qudama²⁴⁰, Al kassani²⁴¹ et d'autres.

D'après les jurisconsultes, le Rahn est un acte autorisé. Il peut servir pour le voyageur, comme cité dans le verset, ou pour le résident comme dans le Hadith²⁴². Le Rahn peut être avec dépossession. Toutefois, il peut être constitué sans dépossession²⁴³.

2.3.2.3 Quelles sont les conditions de formation du contrat de Rahn?

- Outre les conditions relatives aux contractants, il existe d'autres conditions liées à l'objet du contrat : la chose hypothéquée soit quelque chose valable à la

²³⁷ *Supra* note 15; Shihab al-Din al-Qarafi, *Al-dhakhirah (The Stored Treasure)*, Dar Al-Gharb Al-Islami, 1994, à la p. 75 [al-Qarafi] (الذخيرة شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي); Muhammad bin Idris al-Chafii, *Al-Umm*, Damas, Dar almaarifa, 1990, livre de Rahn Asaghir et livre de Rahn alkabir [bin Idris al-Chafii] (الأم للشافعي); Muhammad ibn Ahmad ibn Abi Sahl al-Sarakhsi, *Al Mabsot*, Damas, Dar El Maarifa, Livre de Rahn [al-Sarakhsi] (المبسوط للسرخسي).

²³⁸ Coran, sourate 2 : la vache (Al Baqarah) verset 283.

²³⁹ Muslim al-Quchayri, *Sahih Muslim*, Caire, Dar Ihya al Kotob Al Arabia, Livre Almossaqat, Chapitre Rahn, Q. 3009/1603; An-Nassa'i, *Sunnan an-Nissa'i*, Maktab almotboat Alislamia, Livre de la vente, Q. 4650; Ibn Maja, *sunan Ibn Maja*, Al maktaba Al-Ilmiyah, Livre de Rahn, Q. 2437.

²⁴⁰ Ibn Qudama, *supra* note 235.

²⁴¹ Al-Kasani, Abu Bakr Ibn Masud, *Badai' al-Sana'i Fi Tartib al-Sharai'*, 2^{ème} éd., Cairo, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1986 [Al-Kasani] (بدائع الصنائع للكسائي); Abdullah bin Mahmud al Mosuli al Hanafi, *Al Ikhtiyar litaalil Almokhtar*, Cairo, Dar Alkhair, 1998, à la p. 319 [al Mosuli al Hanafi] (الاختيار لتعليق المختار عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي الحنفي).

²⁴² Ibn Qudama, *supra* note 235, Q.3272; al-Qarafi, *supra* note 237, livre de Rahn, Q. 75 (الذخيرة شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي); Al-Bahouti, *supra* note 235, à la p. 222.

²⁴³ Ibn Qudama, *supra* note 235, Q. 3275.

vente.

- Elle doit être connue, déterminée et existée au moment du contrat
- Le vendeur doit être en mesure de la livrer à l'acheteur.
- Que l'objet pour lequel on fait l'hypothèque soit une dette.
- Il n'est pas valable de garder l'objet hypothéqué en tant que tel. Au cas où la personne n'arrive pas à rembourser à échéance, l'objet est vendu au prix du marché et la valeur de la dette est récupérée à partir de cela.
- Il est interdit que le créancier pose comme condition d'utiliser l'objet hypothéqué gratuitement jusqu'à ce que le débiteur lui rembourse la dette (ceci est un gain usuraire).
- Ainsi le débiteur peut jouir de l'objet qu'il a mis en hypothèque, mais il ne peut pas le vendre ni l'offrir tant qu'il n'a pas remboursé la dette.

2.3.2.4 Contrat de vente sous condition de rachat

La vente conditionnelle est un contrat de vente sous une condition conclue par les contractants. À l'unanimité des jurisconsultes, l'édiction des conditions dans les contrats est tout à fait légale en vertu du Hadith suivant : « *les musulmans sont tenus des conditions qu'ils font* ». Cependant, les quatre écoles juridiques divergent sur des clauses qui peuvent influencer la validité de ces conditions²⁴⁴. Toutefois, les différentes exigences ont en commun le fait que la clause ne doit pas s'opposer à un principe fondamental ou à l'essentiel (Moqtada) même du contrat.

Par rapport à la faculté de rachat, qui fait l'objet de notre étude, elle sera valide tant qu'elle ne peut être exercée qu'en cas de défaut du client.

²⁴⁴ Voir. Mohamed Y.A Alhaj M, *Crédit bail : des pratiques contemporaines au contrat de location dans la jurisprudence islamique*, Thèse de master en fiqh et législation, Université de Nabluse, 2003, aux pp. 129-138.

2.3.3 L'étude comparative

La mise en examen de la vente avec faculté de rachat, pratiquée par les banques conventionnelles et les institutions financières comparativement à la jurisprudence islamique, nécessite la réponse à des questions relatives au fond ou à la forme du contrat. Nous exposerons dans un premier temps une critique formelle, puis nous traiterons le fond du contrat.

En premier lieu, la vente avec faculté de rachat combine deux contrats : un contrat du prêt avec intérêt est un contrat de vente sous condition résolutoire. Formellement, cette opération est nulle vis-à-vis des règles générales des contrats islamiques. Elle s'oppose à un texte prophétique qui interdit l'accumulation du prêt et la vente dans le même contrat²⁴⁵.

En second lieu, le problème persiste au niveau du « contenu » du contrat de la vente avec faculté de rachat. Dans le contrat de vente, la pratique bancaire ne préfère opter pour l'utilisation de la faculté de rachat qu'en cas de défaut du client, ce qui est tout à fait en accord avec la législation islamique en la matière.

En revanche, dans le contrat de prêt, l'avance de l'argent est accordée avec intérêt. Or l'intérêt est interdit dans l'islam.

2.3.4 Le Code civil est-il un cadre compatible avec le mode de financement alternatif ?

À l'opposé de la pratique bancaire, qui constitue un obstacle pour les Canadiens de confession musulmane, le *Code civil du Québec* présente un contexte propice pour les banques islamiques et les fenêtres islamiques des banques conventionnelles désirant proposer des produits équivalents à la vente rachat tout en respectant l'éthique

²⁴⁵ Mālik ibn Anas al-Asbahi, *Al-Muwatta*, j 2, à la p. 657.

islamique en matière financière.

Étant donné que les banques se limitent, généralement, au contrat de vente avec faculté de rachat relatif aux véhicules, l'opération pour les banques islamiques prend la forme de vente à tempérament moyennant un paiement différé. C'est une opération commerciale à fin financière sous condition résolutoire. Il s'ajoute à cela que la banque ne va utiliser la faculté de rachat qu'en cas de défaut de client, ce qui ne va pas à l'encontre des dispositions du *Code civil du Québec*. Enfin, en cas de défaut du client, les règles islamiques nécessitent une révision des montants payés par ce dernier.

2.4 Crédit-bail

Le crédit-bail est une technique de financement passif²⁴⁶ née aux États-Unis. Elle a rapidement été transférée en Europe au début des années 1960. Au Canada, ce n'est qu'en 1991 que les banques ont eu la possibilité d'utiliser cette technique par l'entremise de filiales ou directement dans la même mesure qu'une société de crédit-bail²⁴⁷. Les banques islamiques ont intégré cette technique dans leur pratique dans l'objectif de diversifier leur offre de produits et de suivre le développement des techniques et des produits offerts sur le marché.

Économiquement, le crédit-bail est une opération de financement des acquisitions d'immobilisations ou de financement des investissements. Il constitue un équivalent au crédit à moyen ou à long terme. Juridiquement, le crédit-bail est un contrat de location de biens qui permet au crédit preneur d'acquérir des biens à la fin du contrat, moyennant un loyer pendant une durée déterminée (avec faculté d'achat)²⁴⁸.

Dans la pratique, le crédit-bail implique trois parties. Au premier abord, le crédit bailleur, qui achète un bien à la demande et suivant les instructions du crédit-preneur. Puis, le crédit-bailleur met le bien à la disposition du crédit-preneur pour une période déterminée. La contrepartie est équivalente au prix d'achat et aux frais de financement pour le terme du crédit-bail. Le bien est livré par le fournisseur directement au crédit-

²⁴⁶ Deux formes de financement sont principalement offertes aux entreprises à savoir: le financement actif et le financement passif. Le premier mode permettra à l'entreprise de se procurer du capital tandis que le second lui donne plutôt ouverture à la réception de biens à crédit. Dans, clause abusive en matière de crédit bail, Volume un Numéro dix-huit Mars 1998 - Avril 1998, en ligne : <http://www.bernierbeaudry.com/DocUser/Final/Mod/ABO99737/Site103062/Blocks/Block1004963!vol1-num18.pdf>.

²⁴⁷ L'Heureux, Édith et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 246. « L.C. 1991, c. 46, art. 417, *Règlement sur les entités s'occupant de crédit bail*, DORS/2001-389. Ce règlement n'est applicable qu'aux établissements financiers constitués selon une loi fédérale. Il a préséance sur les dispositions du Code civil du Québec qui jouent un rôle complémentaire ».

²⁴⁸ Lobez Frédéric et Statnik Jean-Christophe, « Une décision de crédit-bail peut aussi être un bon signal », *Revue économique*, 2007/4 Vol. 58, p. 941-951. DOI : 10.3917/reco.584.094, aux pp. 941 et 942.

preneur²⁴⁹.

Le crédit bail est profitable aussi bien pour le crédit bailleur que pour le crédit preneur. En premier lieu, sur le plan financier, le crédit-bail permet aux entreprises d'investir dans des biens, sans toucher au fonds de roulement. De plus, il permet de déduire les paiements versés aux fins d'impôts sur le revenu et il n'implique pas un paiement anticipé de taxes. Cela veut dire que les taxes de vente ne sont pas à payer lors de l'acquisition de l'équipement. Il faut, toutefois, noter que le crédit-bail est une opération rentable également pour la société bailleuse, spécialement lorsque le crédit-preneur est incapable de remplir ses engagements²⁵⁰.

En second lieu, sur le plan juridique, le crédit-bail protège mieux le crédit-bailleur par rapport au crédit-preneur.

Dans un premier temps, nous traiterons sommairement la notion du crédit-bail selon le *Code civil du Québec* et les questions découlant de la formation de ce contrat (2.4.1), puis nous nous pencherons sur le contrat qui correspond à celui-là en droit musulman (2.4.2). Nous examinerons, par la suite, les points de convergence et de divergence entre les deux modes de financement (2.4.3), puis nous aborderons, en dernier lieu (en cas d'incompatibilité), la capacité d'adaptation de la jurisprudence islamique avec le *Code civil du Québec* (2.4.4).

2.4.1 Le Crédit bail selon le C.c.Q

Après avoir donné une définition au contrat étudié, on discutera brièvement des questions découlant de la formation des contrats de crédit-bail, à savoir : les caractéristiques, les particularités et les recours disponibles en cas de défaut.

²⁴⁹ Aline Grenon, *Le crédit-bail et la vente à tempérament dans le Code civil du Québec*, (1994) 25 R.G.D. 217-234, à la p. 224[Grenon].

²⁵⁰ L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 251.

2.4.1.1 Définition

Selon l'article 1842 du *C.c.Q.* :

"Le crédit-bail est le contrat par lequel une personne, le crédit-bailleur, met un meuble à la disposition d'une autre personne, le crédit-preneur, pendant une période de temps déterminée et moyennant une contrepartie. Le bien qui fait l'objet du crédit-bail est acquis d'un tiers par le crédit-bailleur, à la demande du crédit-preneur et conformément aux instructions de ce dernier. Le crédit-bail ne peut être consenti qu'à des fins d'entreprise".

On peut déduire, de cette définition, trois caractéristiques propres au crédit-bail. Ses caractéristiques sont relatives non seulement à la nature et l'objet du contrat, mais aussi à la partie profitable.

- Les articles 1844 et 1845 démontrent que le crédit-bail est une opération triangulaire qui engage le crédit-bailleur, le crédit-preneur et le vendeur. La modalité d'application de cette opération a été expliquée plus haut.
- L'objet du crédit-bail selon le *C.c.Q.* concerne seulement les meubles²⁵¹.
- Le crédit-preneur ne peut être qu'une entreprise. Ce qui veut dire que le crédit-bail se limite aux meubles pour le service et l'exploitation de l'entreprise. Il ne s'applique pas aux ventes de biens meubles à la consommation. Par conséquent, le crédit-bail relève uniquement du *Code civil du Québec* et il n'est donc pas régi par la *Loi sur la protection du consommateur*²⁵².

²⁵¹ Grenon, *supra* note 249, à la p. 225.

²⁵² *Ibid.*

2.4.1.2 Types de Crédit bail

En règle générale, il existe deux modèles fondamentaux de crédit-bail selon l'article 1850 du *C.c.Q*²⁵³:

- Crédit-bail sans faculté d'achat. Dans ce type, le crédit-preneur doit rendre le bien au crédit-bailleur lorsque le contrat de crédit-bail prend fin. Il s'assimile au contrat de location. La distinction fondamentale entre les deux modes de financement se manifeste dans le mode d'interruption du contrat et certaines clauses secondaires.
- Crédit-bail avec faculté d'achat. Il s'assimile à une opération de location-vente. Toutefois, il se distingue de cette dernière par la faculté que le crédit preneur offre de lever l'option d'achat au terme de la période spécifique dans le contrat, via un prix résiduel.

2.4.1.3 Particularités du contrat

Cette particularité est liée au transfert de tous les risques (de valeur résiduelle et de crédit)²⁵⁴ au crédit-preneur. Le crédit-bailleur peut assumer un risque minime de crédit²⁵⁵.

- Selon l'article 1846, le crédit-preneur assume tous les risques de perte du bien, même par force majeure, à compter du moment où il en prend possession²⁵⁶. Cette disposition se distingue de l'article 1854 du *C.c.Q* relatif

²⁵³ L'article 1846 du *C.c.Q.* se lit comme suit: " Lorsque le contrat de crédit-bail prend fin, le crédit-preneur est tenu de rendre le bien au crédit-bailleur, à moins qu'il ne se soit prévalu, le cas échéant, de la faculté que lui réserve le contrat de l'acquérir ".

²⁵⁴ Le risque de valeur résiduelle qui est relatif au matériel, et le risque de crédit qui est lié à l'utilisateur. Dans, Capiez Alain, « Évaluation du crédit-bail : vers une approche unifiée du risque », *Revue française de gestion*, 2002/3 no 139, p. 73-89.

²⁵⁵ Voir notamment Chatelain Jean-Bernard et Teurlai Jean-Christophe, « Le recours au crédit-bail permet-il d'identifier des entreprises à l'origine du canal du crédit ? », *Revue économique*, 2003/4 Vol. 54, p. 811-833, à la P. 813.

²⁵⁶ Article. 1846 du *C.c.Q.*

au contrat de location, qui prévoit que le bailleur doit assurer la jouissance paisible pendant toute la durée du bail.

- Le même article stipule que le crédit-preneur assume les frais d'entretien et de réparation.
- En cas de disparition de l'actif sous-jacent, le crédit-preneur reste tenu de payer le loyer, il doit assumer le paiement du loyer même si le bien devient inutilisable²⁵⁷.
- Le contrat de crédit-bail n'engage pas la banque à faire l'installation, la promotion, l'entretien ou la réparation des biens. Le vendeur du bien est directement tenu, envers le crédit-preneur, à assurer des garanties légales et conventionnelles inhérentes au contrat de vente.

2.4.1.4 Défaut du crédit preneur

À l'exception des articles 1848 et 1849, le *Code civil du Québec* garde le silence sur l'exercice de recours par le crédit-bailleur en cas de défaut de crédit-preneur. Cette situation se manifeste à titre d'exemple lorsque le crédit-preneur ne paye pas les loyers à l'échéance, devient insolvable ou fait faillite. L'absence de règles juridiques propres à cet effet ouvre une brèche juridique au crédit-bailleur lui permettant d'imposer des clauses excessives. Le crédit-bailleur peut reprendre le bien, le revendre et réclamer le prix stipulé²⁵⁸. Toutefois, l'intervention du tribunal à ce sujet qualifiait ses clauses, parfois, d'exorbitantes et d'autre fois d'abusives réprimées par le *Code civil du Québec* art 1437²⁵⁹.

²⁵⁷ L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 249. « *Dépanneur Kildare Enr. C. Elge Financialease Inc.*, J.E. 98-2085 (C.A.). Voir cependant, *Elge financialease Inc. C. Marché Montcalm Enr.*, [1993] R.J.Q. 1233 (C.Q.). »

²⁵⁸ Grenon, *supra* note 249, à la p. 230.

²⁵⁹ Voir à ce sujet le commentaire et la jurisprudence citée dans L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 251.

2.4.2 Le Crédit bail selon le Droit musulman

Les deux modalités du crédit-bail s'apparentent à l'*Ijara* et *Ijara wa-Iqtina* en droit musulman. La première est un contrat connu (nommé) dans le *Fiqh*, tandis que la deuxième est un contrat innommé.

Nous traiterons l'*Ijara* dans (2.4.2.1), quant à L'*Ijara wa-Iqtiana*, elle fera l'objet de (2.4.2.2)

2.4.2.1 Ijara (Louage)

Dans un premier temps, nous traitons la définition de l'*Ijara*, sa licéité et ses effets d'ordre juridique.

2.4.2.1.1 Définition

Plusieurs définitions ont été données à l'*Ijara*²⁶⁰. Nous avons retenu, dans notre recherche, celle de l'école Chaféite, adoptée par Mohamed Ibn Al khateb Al-Sherbini, est renvoyant à « *Un contrat entre un locateur et un locataire engageant le premier à procurer au deuxième la jouissance d'un bien, échangeable, prédéfini et dont la finalité est précisée, moyennant une rémunération déterminée* ».

2.4.2.1.2 La licéité de l'Ijara

Comme il a été cité plus haut, l'*Ijara* est un contrat connu dans le *Fiqh*. Elle trouve son fondement dans le Coran, la Sunna et le Consensus.

²⁶⁰ Les quatre écoles juridiques donnent plusieurs définitions. Voir. Mohamed Y.A Alhaj M, *Crédit bail : des pratiques contemporaines au contrat de location dans la jurisprudence islamique*, Thèse de master en fiqh et législation, Université de Napolouse, 2003, a la p. 7.

Dans le Coran, on lit, dans la sourate le *Divorce* : “si elles allaitent [l'enfant né] de vous, donnez-leur leur salaire”²⁶¹. Dans la sourate le *Récit* : “L'une d'elles dit : Ô mon père, engage-le [à ton service] moyennant salaire, car le meilleur à engager c'est celui qui est fort et digne de confiance”²⁶². Dans la sourate *La Caverne*, Et Alors [Moïse] lui dit : “Si tu voulais, tu aurais bien pu réclamer pour cela un salaire”²⁶³.

Dans la Sunna, on peut évoquer le Hadith “Trois types d'hommes auront à me rendre les comptes (me feront face) le jour du jugement dernier : un homme ayant loué les services d'un employé sans avoir acquitté ses frais” et l'autre “Le prophète et Abou Baker ont loué les services d'un guide (appartenant à la tribu Bani Addil)”²⁶⁴

Quant au Consensus, nous nous limitons à citer Ibn Qudama qui a rapporté que l'*Ijara* est approuvé par tous les jurisconsultes de toutes les époques²⁶⁵.

2.4.2.1.3 Les effets d'ordre juridique de l'opération d'Ijara

Dans cette partie, nous présenterons successivement les obligations du crédit bailleur et les obligations de crédit preneur.

2.4.2.1.3.1 Les obligations du locateur

Elles sont au nombre de trois : obligation de délivrance, d'entretien et les garanties contre les troubles.

²⁶¹ Sourate 65 : Le divorce (الطلاق) verset n 6.

²⁶² Sourate 28 : Le récit (القصص) verset 26 :26.

²⁶³ Sourate 18 : La caverne (الكهف), verset 77

²⁶⁴ L'Authentique de Bukhari, le livre de la vente, n 2227: L'Authentique de Bukhari, le livre du louage, n 505.

²⁶⁵ L'imam Shafi'I, al om 4/30. Ibn Rochd, Bidayat al Mujtahid 4/ 1339. Khalid alhafî, le crédit bail dans la jurisprudence islamique, aux pp. 25-32. À l'exception d'Abderahman ibn Alasam qui lui considère comme illicite.

2.4.2.1.3.1.1 L'obligation de délivrance

Le locateur est tenu de délivrer, au locataire, le bien loué en bon état de réparation de toute espèce et de lui en procurer la jouissance paisible pendant toute la durée du bail.

2.4.2.1.3.1.2 L'obligation d'entretien

Il est aussi tenu de garantir au locataire que le bien peut servir à l'usage pour lequel il est loué, et de l'entretenir à cette fin pendant toute la durée du bail.

2.4.2.1.3.1.3 Les garanties contre les troubles

Le locateur est tenu de garantir au locataire des troubles de droit apportés à la jouissance du bien loué.

2.4.2.1.3.2 Les obligations de crédit-preneur

2.4.2.1.3.2.1 Payer le loyer

Le locataire est tenu, pendant la durée du bail, de payer le loyer convenu et d'user du bien avec prudence et diligence.

2.4.2.1.3.2.2 Utiliser le bien en personne raisonnable

D'user de la chose en bon père de famille et de veiller à la conservation de la chose

2.4.2.1.3.2.3 Rendre le bien au locateur à l'expiration du bail

Restituer le bien à la fin du bail

2.4.2.2 Ijara wa- Iqtina

Nous examinerons, par la suite, la définition de *Ijara wa- Iqtina* et les règles particulières à cette opération exigées par l'Islamic Fiqh Academy (OCI).

2.4.2.2.1 Définition

Le crédit-bail avec faculté d'achat s'apparente à *l'Ijara wa-Iqtinaa* en droit musulman. À l'opposé de l'*Ijara*, l'*Ijara wa-Iqtinaa* est un nouveau contrat qu'on ne trouve pas dans les recueils de *Fiqh*. C'est un contrat créé de toutes pièces par les

parties, il respecte les conditions générales de formation des contrats. Pour le reste, il n'y a aucune obligation de forme. Son implantation a fait l'objet de plusieurs conférences d'organisations islamiques comme Islamic Fiqh Academy (OCI) et Permanent Fatwa Comite.

Plusieurs définitions ont été élaborées par des jurisconsultes, mais la définition qu'on a retenue, dans notre recherche, est celle de Docteur Abdelaziz Najaaai. Le crédit-bail selon lui est un *"Contrat de location par lequel une personne (locataire) jouit d'un bien moyennant un loyer pendant une durée déterminée à condition que la propriété du bien en question se transférera au locataire au cours de la durée de location ou à sa fin. Ce transfert s'effectue par le biais d'un nouveau contrat de donation ou de vente au prix courant"*.

2.4.2.2.2 Les règles particulières à l'Iijara wa-Iqtina

L'Islamic Fiqh Academy (OCI) a analysé le sujet dans deux conférences²⁶⁶, c'est lors de la deuxième que la commission a déterminé les conditions de validité du crédit-bail. Ce sont ces dernières qui nous intéressent et elles sont au nombre de six :

- La première est l'existence de deux contrats séparés dans le temps, ce qui veut dire, la conclusion du contrat de vente aura lieu après le contrat de location, sinon l'existence d'une promesse de vente à la fin de location.
- Le deuxième précise que la location doit être effective, et non un contrat de vente déguisé. Par conséquent, la garantie doit être assumée par le crédit-bailleur sauf le cas de négligence de crédit-preneur.
- L'application des dispositions de contrat de location pendant toute la durée de location.
- Les frais de maintenance doivent être assumés par le crédit-bailleur.

²⁶⁶ OCI, Décision (6/5) 44AIF de l'académie du 15 décembre 1988 relative au crédit bail [1988], Magazine de l'académie, n. 5, c.4, p. 259; OCI, Décision (4/12) 110/ AIF de l'académie du 28 Septembre 2000 relative au crédit bail [2000], Magazine de l'académie, n.12, c.1, p. 312.

- Enfin en cas de nécessité d'une assurance, cette dernière doit être conforme à l'éthique islamique (takaful), assumée pas le bailleur.

Toutefois, il faut noter que le Permanent Fatwa Comite interdit toutes les formes de crédit-bail conventionnel. Leur argument est que ce contrat englobe deux contrats contradictoires en ce qui concerne les droits et les obligations qui en résultent et leurs effets²⁶⁷.

2.4.3 Convergence et divergence

La source	Code civil du Québec		Droit musulman	
	↓		↓	
Contrat	Crédit-bail		Ijara	
	↓		↓	
Les modalités	Crédit-bail sans faculté d'achat	Crédit-bail avec faculté d'achat	l'Ijara	l'Ijara wa-Iqtinaa
	↓		↓	
Dénomination	Contrat nommé	Contrat nommé	Contrat connu	Contrat inconnu

Étude comparative entre les modalités

Les modalités	Crédit-bail sans faculté d'achat	Ijara	Crédit-bail avec faculté d'achat	l'Ijara wa-Iqtinaa
	↓	↓	↓	↓
les risques de perte du bien, même par force majeure	Assumé par le crédit-preneur	Assumé par le crédit-bailleur	Assumé par le crédit preneur	Assumé par le crédit-bailleur
les frais de maintenance	Assumé par le crédit-preneur	Assumé par le crédit-bailleur	Assumé par le crédit preneur	Assumé par le crédit-bailleur

²⁶⁷ La décision est prise par le comité dans les 52 conférences à Riad en 5 -2-2000.

En cas de disparition de l'actif sous-jacent (inutilisable)	Le crédit preneur doit assumer le paiement du loyer.	Le crédit preneur n'assume plus le paiement du loyer.	Le crédit preneur doit assumer le paiement du loyer.	Le crédit preneur n'assume plus le paiement du loyer.
Les risques d'utilisations	Assumer par le crédit-preneur	Assumer par le crédit-preneur	Assumer par le crédit-preneur	Assumer par le crédit-preneur

Suite à cette comparaison, on constate que les conditions actuelles du crédit-bail constituent un obstacle pour les canadiens de confession musulmane. Certes, une similarité de forme entre les deux modes de financement existe. Toutefois, certaines clauses secondaires du contrat de crédit-bail (qui peuvent varier en fonction de sa modalité) peuvent rendre le contrat nul de point de vue islamique.

En premier lieu, le crédit-bail, sans option d'achat, contredit certaines dispositions du contrat équivalent en droit musulman (*Ijara*). En simplifiant, l'*Ijara* est l'équivalent du contrat de louage selon le *C.c.Q.*, alors que le crédit-bail est une exception au contrat de location.

En second lieu, le crédit bail, avec option d'achat, remplit certaines exigences de L'Islamic Fiqh Academy (OCI). Toutefois, il contient des clauses abusives envers le crédit-preneur de point de vue civiliste et islamique. Parmi ses clauses :

- Le bien reste la propriété de l'organisme financier avant le rachat final contre la responsabilité du locataire, qui est engagé par le contrat en cas de détérioration du bien loué.
- Le crédit-preneur assume tous les risques de perte de bien même par cas fortuit ou par force majeure, à compter du moment où il prend possession du bien²⁶⁸. Cette disposition va à l'encontre des dispositions islamiques en la matière. Dans un contrat d'*Ijara wa-Iqtina*, c'est le bailleur qui continue à avoir la responsabilité du bien, sauf en cas de malveillance ou de négligence.
- Si le bien est devenu inutilisable, le crédit-preneur doit maintenir le paiement.

²⁶⁸ Article. 1846 du *C.c.Q.*

Dans le cadre d'*Ijara wa-Iqtina*, le contrat et l'actif sous-jacent sont inextricablement liés; la disparition du dernier entraîne automatiquement la nullité du premier²⁶⁹.

2.4.4 Le Code civil est-il un contexte compatible pour le mode de financement alternatif ?

Le *Code civil du Québec* encadre le contrat de crédit-bail en précisant les conditions de forme et de fond pour conclure de tels contrats. Telles que la publicité du contrat, les droits et les obligations des contractants et les catégories du crédit-bail, avec ou sans option d'achat.

Formellement, le cadre juridique de deux modalités du crédit bail constitue un contexte propice pour leurs consœurs en droit musulman. En revanche, sur le fond, apparaissent des clauses secondaires contradictoires pour la raison suivante : le droit musulman exige l'application des dispositions de l'*Ijara* qui correspond au contrat de location (*C.c.Q.*), alors que le *C.c.Q.* prévoit un régime juridique propre pour le crédit bail.

²⁶⁹ Elyès Jouini, Olivier Pastré, *supra* note 38, à la p. 37.

2.5 L'affacturage

Dans un contexte de concurrence, les entreprises accordent à leurs clients des facilités de paiement, parmi elles le délai de paiement. L'écart entre le règlement des dépenses et l'encaissement des recettes engendre une trésorerie très négative²⁷⁰. Afin de résoudre ce problème, les entreprises sollicitent différentes solutions de financement pour mobiliser leurs créances commerciales. Parmi ces solutions figure l'affacturage. Ce dernier est une opération de crédit qui permet aux entreprises de financer ses décalages de postes clients²⁷¹.

D'un point de vue économique, cette technique est intéressante pour les entreprises qui connaissent une forte croissance, une forte saisonnalité ou une phase d'investissements importante. Aussi bien pour les entreprises qui veulent accorder des délais de paiement ou qui souhaitent externaliser la gestion du poste clients²⁷².

Dans la pratique, l'affacturage se concrétise généralement par l'achat de la banque ou sa filiale (Factor) des créances détenues par un fournisseur, appelé vendeur, sur ses clients appelés acheteurs ou bénéficiaires de services, et ce moyennant rémunération²⁷³. Dans cette opération, le fournisseur cède ses factures à la banque. En contrepartie, la banque se charge de l'encaissement des créances et elle lui accorde une avance qui varie selon les contrats, mais qui au Québec, selon Nicole l'Heureux, se situe entre 65% et 75% sous déduction des intérêts et commissions²⁷⁴.

²⁷⁰ Les entreprises souscrire à l'affacturage pour la raison suivante : ils ont l'obligation de régler les fournisseurs au comptant alors que nos clients règlent une facture sur deux ou à la fin du mois, ce qui engendre une trésorerie très négative.

²⁷¹ Olivier Vincent, *Gestion des débiteurs : Ou l'art de se faire payer*, Éditions de CCI SA, Belgique, 2009, à la p. 207. William Pissoort and Patrick Saerens, *Initiation du droit commercial international*, 1^{er} éd., Bruxelles, 2004, Éditions De Boeck université, à la p. 130[Pissoort and Patrick].

²⁷² *Ibid*, aux pp. 210 et 211.

²⁷³ Philippe Colle, la prévention de la défaillance de paiement : actes des 2^e congrès Sanguinetti, Bruxelles, Éditions Lancier, 2000, à la p. 296 [Colle]; Michelle Marcoux, *Organisation & activités comptables*, 2^e éd., Bréal, Rosny, 2003, à la p. 51.

²⁷⁴ L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, 2004, à la p. 261.

Point n'est besoin de rappeler que l'affacturage est un contrat innommé imposé par la pratique bancaire²⁷⁵. Cependant, ses modalités peuvent être rapprochées à celles d'un contrat nommé. Dans le droit musulman, cette opération s'assimile à la vente de créances. L'affacturage présente à cet égard une exception dans notre méthodologie; puisqu'il ne constitue pas un contrat nommé.

Ce paragraphe est organisé de la façon suivante. Dans un premier temps, nous présenterons la définition d'affacturage, ses types, la qualification juridique civiliste de ses modalités et la titrisation (2.5.1). Puis, dans un deuxième temps, nous traiterons le contrat équivalent à celui-ci en droit musulman (2.5.2). Nous examinerons, par la suite, les points de convergence et de divergence entre les deux modes de financement (2.5.3). En conclusion, nous aborderons (en cas d'incompatibilité), la capacité d'adaptation de la jurisprudence islamique avec le *Code civil du Québec* (2.5.4).

2.5.1 L'affacturage

Après avoir défini l'objet d'étude envisagé, nous préciserons ses différents types. Puis, nous exposerons sa qualification civiliste, pour enfin parler de la titrisation.

2.5.1.1 Définition

L'affacturage est un moyen de financement des entreprises par le biais d'une société de financement. Cette opération n'est pas encadrée par un texte en droit canadien²⁷⁶. Selon la doctrine, il s'agit

²⁷⁵ Colle, *supra* note 273, à la p. 296; Éric Tort, L'affacturage confidentiel et sans recours : un montage déconsolidant ?, R.F.C. 427 Décembre 2009, p 48[Tort].

²⁷⁶ Selon Frédérique Sabourin, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC) a adopté des lois de mise en œuvre pour les conventions d'Unidroit sur l'affacturage international. Mais

«D'un contrat par lequel un tiers assume, à la place de l'entreprise, la gestion et la perception de ses créances comptables²⁷⁷». La convention internationale sur l'affacturage²⁷⁸ a défini ce dernier comme étant : «un contrat conclu entre une partie (le fournisseur) et une autre partie (l'entreprise d'affacturage, ci-après dénommée le cessionnaire) en vertu duquel: le fournisseur peut ou doit céder au cessionnaire des créances nées de contrats de vente de marchandises conclus entre le fournisseur et ses clients (débiteurs), à l'exclusion de ceux qui portent sur des marchandises achetées à titre principal pour leur usage personnel, familial ou domestique; le cessionnaire doit prendre en charge au moins deux des fonctions suivantes: le financement du fournisseur, notamment le prêt ou le paiement anticipé; la tenue des comptes relatifs aux créances; l'encaissement de créances; la protection contre la défaillance des débiteurs; enfin la cession des créances doit être notifiée aux débiteurs.»²⁷⁹

Dans un rapport daté du 1976, le conseil économique du Canada considère que l'affacturage encourage les PME. À cette époque, il a été proposé par des institutions bancaires étrangères, peu de banques étaient impliquées dans l'affacturage²⁸⁰. À cet effet, l'affacturage permet aux entreprises d'encaisser leurs factures avant leurs échéances. Toutefois, l'affacturage peut prendre différentes formes.

2.5.1.2 Les différents types d'affacturage

Il existe plusieurs méthodes d'affacturage au Canada : avec recours, sans recours, à escompte, avec une marge, à la pièce, escompte de chèques, avec gestion des

aucune province ne les a adoptées. Le lecteur trouvera, sur le site internet de CHLC, le texte de ces lois.

²⁷⁷ *Lacharité Apperel (1989) Inc. C. GMAC Commercial Crédit Corporation-Canada / Société de crédit commercial GMAC-Canada*, J.E 2000-1912, REJB 2000-20459 (C.S.Q.). Nicolé L'Heureux, Édith Fortin, Marc Lacoursière, supra note 1, à la p. 261.

²⁷⁸ Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international (Ottawa, 28 mai 1988). En ligne : <http://www.unidroit.org/french/conventions/1988factoring/1988factoring-f.htm>.

²⁷⁹ Voir Pissoort and Patrick supra note 271, aux pp. 235 et s. Pierre Marazzato, *L'affacture internationale et la convention d'Ottawa*, Mémoire présentée comme exigence partielle du DESS «Banques & Finances» Université René Descartes (Paris V), 1998.

²⁸⁰ Lincoln's inn and Osgoode Hall, *The law of banking*, Third Edition, Canada, Carswell, 1981, à la p. 191.

comptes, sans gestion des comptes et avec prêt sur inventaire. Nous vous proposerons ici une classification de la Revue fiduciaire comptable :

- **Affacturage classique** : il consiste à transférer des créances commerciales à un factor contre financement et prise en charge du suivi, du recouvrement et du risque d'insolvabilité.
- **Affacturage semi-confidentiel** : l'entreprise conserve la relation complète avec son client, à savoir la facturation, l'encaissement et le recouvrement. Il est dit semi-confidentiel ou encore « notifié non géré » dans la mesure où : le client de l'entreprise est informé de l'existence du factor sans autre changement dans la relation commerciale ; la gestion du poste client est déléguée à l'entreprise elle-même par le factor (*home factoring*).
- **Affacturage confidentiel (ou non notifié)** : cette forme d'affacturage permet à l'entreprise adhérente d'accéder au financement et à la garantie des créances transférées tout en gardant la gestion quotidienne du poste client et sans que le client soit informé de ce transfert à une société d'affacturage (pas de notification).
- **Affacturage "déconsolidant"** : l'affacturage sans recours contre l'adhérent est susceptible de permettre la déconsolidation des créances cédées sous certaines conditions (voir § 2).
- **Affacturage géré** : dans ce cas, l'adhérent délègue la totalité de la gestion du poste client (externalisation de l'encaissement, du recouvrement et de la garantie) sans bénéficier d'un quelconque financement.²⁸¹

Source : *www.affactassur.com* et Revue fiduciaire comptable, n° 361, p. 59.

2.5.1.3 Qualification civiliste

D'un point de vue civiliste, l'affacturage peut être un contrat de prestation de service, à titre onéreux et à exécution successive et est souvent d'adhésion²⁸².

Il peut être soumis aux règles du mandat²⁸³. Il peut être aussi une combinaison d'une prestation de services, la gestion du recouvrement des créances, d'une opération analogue à l'assurance, la garantie de crédit des débiteurs et d'une opération de crédit.

²⁸¹ Dans Tort, *supra* note 275, à la p. 48.

²⁸² L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 261. *Lacharité Apparel (1989) Inc. C. GMAC Commercial Crédit Corporation-Canada / société de crédit commercial GMAC-Canada*, J.E. 2000-1912, REJB 200-20459 (C.S.Q.).

²⁸³ L'Heureux, Édith Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 263.

2.5.1.4 Marché primaire et secondaire

L'affacturage est une simple relation bilatérale entre la banque ou sa filiale et le client. Il s'effectue sur les marchés primaires, si la banque conserve la dette jusqu'à la date butoir.

Mais la majorité des banques s'adonne à la titrisation, cette dernière consiste à transformer une créance en titres émis sur le marché des capitaux²⁸⁴. Dans cette opération, la banque ou sa filiale transfère ces créances à une structure *ad hoc* (société, fonds ou *trust*). Cette dernière transforme ces créances en titres adossés au risque des actifs sous-jacents (Asset-Backed securities ou ABS). Chaque titre représente une fraction du portefeuille de créances titrisées et donne le droit à son porteur de recevoir les paiements des créances sous forme d'intérêts et de remboursement de principal²⁸⁵. Cette opération s'exerce sur un marché secondaire.

Après avoir analysé la définition et la nature juridique proprement dite de l'affacturage. Nous allons nous focaliser sur le contrat équivalent à celui-ci en droit musulman.

²⁸⁴ D. Schmidt, « La titrisation de créances », Rev. De jurisprudence commerciale n 11, (numéro spécial), 1989, p. 114. Dans Thierry Granier et Corynne Jaffeux, La titrisation : aspects juridique et financier, Paris, Ed. Economisa, 1997, à la p. 9.

²⁸⁵ Valentin Bauwens, Jean-François Walhin, *La titrisation du risque d'assurance*, Bruxelles, Éditions Lancier, 2008, aux pp. 7 et s..

2.5.2 La vente de créances dans le droit musulman

Il n'existe pas de contrat qui correspond à l'affacturage dans le *Fiqh* islamique. Toutefois, l'affacturage peut être qualifié d'une vente de créance. Cette dernière est un contrat qui existait avant l'islam.

Dans l'absence d'une définition de ce contrat en droit musulman, nous aborderons brièvement, d'abord, la définition du contrat de la vente et la créance. Puis, nous traiterons les conditions de leurs validités. Enfin, nous exposerons les différents types de la vente de créance.

2.5.2.1 Définition

La vente est définie comme suit : « *l'échange de richesse contre richesse, en en cédant la jouissance et en la possédant* »²⁸⁶. Le contrat de vente est un contrat synallagmatique. Cela veut dire qu'il produit des droits et des obligations à l'égard des deux parties. Cela se concrétise par le transfert de propriété d'une chose contre le versement d'un prix.

La vente peut revêtir différentes formes. Parmi elles figure la vente de créances. La créance est définie comme étant « *un droit que détient une personne dite le "créancier" à l'encontre d'une autre personne dite le "débitteur" qui lui doit la fourniture d'une prestation* »²⁸⁷.

²⁸⁶ Ibn Qudama, *supra* note 235, à la p. 444.

²⁸⁷ Définition tirée de dictionnaire du droit privé de serge braudo, en ligne : <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/creance.php>

2.5.2.2 Les conditions de la vente de créances

Outre les conditions relatives aux contractants et l'objet²⁸⁸ du contrat de vente, le contrat de vente de créances doit satisfaire aux conditions suivantes²⁸⁹ :

- La créance doit être connue et déterminée.
- La créance doit être solvable.
- En vertu d'un hadith prophétique, le prix de la vente doit être inférieur ou égal à la somme de créance. Cela veut dire que le vendeur ne peut vendre la créance avec profit. En simplifiant, un autre hadith exige la garantie pour le profit.
- La livraison immédiate de la contrepartie. Cette dernière ne peut pas faire l'objet d'une livraison différée.

2.5.2.3 Les catégories de la vente des créances

Les juristes distinguent entre la vente de créance au créancier lui-même ou à autrui. Dans la mesure où l'affacturage porte sur la vente à autrui, notre analyse se limite à la jurisprudence de la vente de créance à autrui.

L'Islamic Fiqh Academy (OCI)²⁹⁰ et l'Islamic Fiqh Academy de la Ligue islamique mondiale²⁹¹ ont déterminé les formes licites de ladite vente :

²⁸⁸ Il doit être d'usage utile et fournir un service utile, être connue et déterminée, exister au moment du contrat, être la propriété du vendeur et le vendeur doit être en mesure de le livrer à l'acheteur.

²⁸⁹ Voir les conditions, en ligne :

<http://www.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=FatwaId&Id=25114>

²⁹⁰ OIC, Décision 158 (17/7)/ AIF de l'académie du 28 juin 2006 relatives à la vente de créance, [2006], Magazine de l'académie. Voir aussi, la décision n 139 (15/5) et la décision n 101 (11/4).

²⁹¹ OCI de la Ligue islamique mondiale (LIM), Décision 1/ AIF de l'académie du 29 novembre 2004 relatives à la vente de créance, [2004]. En ligne : <http://islamtoday.net/nawafeth/artshow-32-4620.htm>; OIC, Décision (4/11) 101/ AIF de l'académie du 19 Novembre 1998 relative a la vente de titres de créance, le prêt et les alternatives islamiques dans le domaine public et privé [1998], Magazine de l'académie, n.11, c.1, p.53.

- La vente d'une créance contre une autre devise. Le prix de la devise doit être équivalent à la somme de créance, à la valeur du jour (marché de devise) et avec livraison immédiate.
- La vente d'une créance contre un bien déterminé.
- La vente d'une créance contre la jouissance d'une chose mobilière ou immobilière.
- La vente d'une créance dans un ensemble constitué majoritairement des biens et jouissance des choses.

2.5.3 L'étude comparative

La mise en examen de l'affacturage pratiquée par les banques conventionnelles et les institutions financières, par rapport à la jurisprudence islamique, nécessite une analyse distincte des services proposés par l'affacturage à savoir : le financement, la garantie et la gestion du poste clients. Voir aussi la titrisation.

2.5.3.1 Gestion du poste client

L'entreprise peut gérer elle-même le recouvrement de ses impayés ; elle peut éventuellement confier ce travail à des sociétés spécialisées. Cette opération se nomme l'externalisation de la gestion du poste client. Dans ce cas, la société spécialisée (Facteur) s'occupe du recouvrement des factures et remet les sommes perçues au moment où le débiteur aura payé sa dette ou selon ce qui est convenu au contrat. Il agit de ce fait comme agent de perception, et il n'exige que sa commission²⁹². Du point de vue civiliste, c'est un contrat de mandat. Il concorde bien avec la qualification juridique islamique. Cette dernière définit le mandat comme *«une procuration accordée à une personne responsable pour agir dans un domaine*

²⁹² L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 213

de souveraineté d'une autre personne »²⁹³. De ce fait, la gestion du poste client constitue une correspondance claire entre la pratique bancaire et le *fiqh* des transactions islamiques. Toutefois, cette conformité s'arrête là. Le financement, la garantie des créances et la titrisation contredisent cette convergence.

2.5.3.2 Le financement s'oppose au principe de l'interdiction de l'intérêt

À la lumière de ce qui précède, dans certaines catégories de l'affacturage, la banque ou sa filiale accordent une avance qui varie entre 65% et 75% sous déduction des intérêts et commissions²⁹⁴. Cette opération s'oppose au principe d'interdiction de l'intérêt (*Riba*).

2.5.3.3 La garantie des créances s'oppose au principe de l'interdiction de l'incertitude

L'affacturage contredit aussi une exigence de la vente de créance en droit musulman. L'affacturage se fait généralement sans recours. Cela veut dire que la banque ou sa filiale garantissent toutes les factures incluant celles qui sont impayées. Si elle assume de ce fait les risques de non-paiement par le débiteur, cela viole l'interdiction de l'incertitude dans le droit musulman.

2.5.3.4 La titrisation s'oppose à la tangibilité de l'actif

Comme il a été mentionné plus haut, l'affacturage s'exerce sur les marchés primaires, si la banque conserve la dette jusqu'à la date butoir. Mais la majorité des banques s'adonne à la titrisation.

²⁹³ Et dans le *Morchid al haïrane* il est défini comme: "la substitution d'une personne par une autre dans un acte défini et autorisé".

²⁹⁴ Dans d'autres (sans avance), un contrat du prêt est accordé distinctement de l'affacturage.

L'intérêt pour ces établissements financiers se manifeste par l'accès à une nouvelle source de financement, le transfert aux acheteurs du risque de non remboursement de cette créance et le maintien de la relation avec le client. Il en reste que la titrisation se base sur un actif virtuel, or la jurisprudence financière islamique exige l'adossement de toute opération financière à un actif tangible.

Dans le même ordre d'idée, la crise des subprimes en 2007 (créances hypothécaires américaines qui ont été titrisées) a mis en lumière certaines dérives dans l'utilisation de la titrisation des créances immobilières aux Etats-Unis²⁹⁵.

2.5.4 Le Code civil est-il un cadre compatible pour le mode de financement alternatif ?

Compte tenu de ce qui précède, le *Code civil du Québec* constitue un contexte propice pour les services que peuvent proposer les fenêtres islamiques des banques conventionnelles et les banques islamiques en matière d'affacturage et ce pour plusieurs raisons : de prime abord, l'affacturage n'est pas un contrat nommé du *C.c.Q.* Puis, il peut prendre la forme de différents contrats, certaines de ses qualifications sont compatibles avec la jurisprudence financière islamique tandis que d'autres ne le sont pas.

À cet effet, les banques et fenêtres islamiques peuvent intervenir en concordance avec le *C.c.Q.*, en tant que mandataires aux fins de recouvrement amiable.

²⁹⁵ John Hull, Christophe Godlewski & Maxime Merli, *Gestion des risques et institutions financières*, Paris, 2e éd., Paris, Éditions Pearson Éducation, 2007, à la p. 406.

2.6 Le cautionnement

Parmi les différents modes de sûretés personnelles, on trouve la lettre d'intention, la garantie autonome, l'aval et le cautionnement. Ce dernier est celui qui est le plus utilisé pour la garantie des crédits bancaires de tout type²⁹⁶.

Le cautionnement est un contrat existant depuis longtemps. Il a sa plus grande source dans le droit romain²⁹⁷ de même que dans le droit musulman²⁹⁸. Il est devenu l'une des activités bancaires les plus importantes, voire un outil financier utilisé parfois comme garantie unique et autrefois comme complément d'une garantie réelle donnée par le débiteur²⁹⁹.

C'est un contrat accessoire dont la présence et la durée sont impérativement liées à l'existence d'une autre obligation indépendante. De ce fait, le cautionnement implique trois parties. Il engage une personne physique ou morale -ici, la banque- vis-à-vis d'un créancier de payer ce que doit le débiteur principal -le client de la banque- si celui-ci n'effectue pas ce paiement pour un motif quelconque³⁰⁰.

Le cautionnement est une opération profitable à la fois pour le client, la banque et le bénéficiaire :

En premier lieu, il propose au client deux opportunités. La première lui permettant d'éviter de bloquer ses actifs, prenant une forme de garantie monétaire auprès de ses clients, et cela au cours de toutes ses opérations financières. Puis, la seconde est de détourner la procédure du transfert du montant d'assurance au bénéficiaire résidant à l'étranger, et d'assumer les risques d'altération des taux de change dans la période

²⁹⁶ Christian Gavalda et Jean Stoufflet, *Droit de la banque*, 1^{er} Ed, Paris, Presses universitaires de France, 1974, à la p. 760[Gavalda et Stoufflet]; Alain Cerles, *Le cautionnement et la banque*, 2^e éd., Paris, RB Édition, 2008, aux pp. 31-36[Cerles].

²⁹⁷ Laurent Aynès, *Le cautionnement*, Paris, Dalloz, 1991, à la p. 7.

²⁹⁸ Coran, Sourate 12: Joseph (يوسف), verset 72. Ils répondirent : "Nous cherchons la grande coupe du roi. La charge d'un chameau à qui l'apportera et j'en suis garant". Le Prophète dit: "Le fidéjusseur est garant". Rapporté par Abou Dawoud, Et-Termidi et Ibn Majah dans le livre d'aumône chapitre Kafala.

²⁹⁹ Gavalda et Stoufflet, *supra* note 296, à la p. 260.

³⁰⁰ Voir la définition du cautionnement dans le dictionnaire du droit privé de serge braudo.

entre le dépôt et la récupération de la garantie monétaire. Ainsi, le client pourra au lieu de bloquer son argent, l'investir dans ses différentes activités³⁰¹.

En second lieu, pour le bénéficiaire, le cautionnement reste une garantie aussi importante. Cette importance découle des conditions caractérisant la sûreté en question, et rendant l'engagement de la banque définitif et indépendant. Il lui permet aussi d'économiser énormément de temps et d'efforts car il lui épargne beaucoup de mesures administratives et la comptabilité compliquée souvent nécessaires lors du dépôt ou du retrait de l'assurance monétaire³⁰².

En troisième lieu, souvent, l'émission de cautionnement ne coûte à la banque que les charges administratives, puisque cette dernière, habituellement, ne donne pas la valeur du cautionnement au bénéficiaire. Et si la banque règle, éventuellement, la valeur d'un certain nombre de cautionnements, elle le recouvre entièrement auprès des agents, lui permettant ainsi d'éviter d'amples pertes³⁰³.

Dans le *Code civil du Québec*, le cautionnement est régi principalement par les articles (art.2333-2366). Dans le droit musulman, il constitue un contrat connu dans les recueils de *Fiqh*³⁰⁴.

Ce paragraphe est organisé de la façon suivante. Dans un premier temps, nous identifierons le contrat du cautionnement selon le *C.c.Q.*, à savoir : sa définition et ses

³⁰¹ Information tirée d'un document (2003) de general council for islamic banks and financial institutions.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 273.

³⁰⁴ Voir à titre d'exemple : Ibn Qudama al-Maqdisi, *supra* note 235, chapitre. De cautionnement, à la p. 344; Mohamed ibn mohamed ibn abderrahman el hattab, *Mawahib al Jaleel fi Sharh Mukhtasar Khalil*, 3e éd., Damas, Dar alfikr, chapitre. Du cautionnement [el hattab]; Al-Mawardi Al-Basri, *Al Hawi Al Kabir fi Fiqh Madhab Al Imam Al Shafi*, Damas, Dar al-Kotob al-Ilmiyah, 1999, chapitre. Du cautionnement [Al-Mawardi]; al-Sarakhsi, *supra* note 237, chapitre. Du cautionnement.

types (2.6.1). Puis, dans un deuxième temps, nous traiterons le contrat équivalent à celui-ci en droit musulman (2.6.2). Nous examinerons, par la suite, les points de convergence et de divergence entre les deux modes de sûreté (2.6.3). Enfin, après l'étude comparative, nous examinerons plus en détail la capacité du *Code civil du Québec* de présenter un contexte propice pour le mode de sûreté alternative (2.6.4). J'entends par sûreté alternative la capacité d'insertion du droit musulman dans le *Code civil du Québec* sans porter atteinte à celui-ci.

2.6.1 Le cautionnement selon le C.c.Q

Après avoir exposé les définitions du cautionnement, nous allons nous efforcer de déterminer les catégories qui en découlent.

2.6.1.1 Définition

Selon le *Code civil du Québec*,

*"Le cautionnement est le contrat par lequel une personne, la caution, s'oblige envers le créancier, gratuitement ou contre rémunération, à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas »*³⁰⁵.

Le cautionnement appartient à la catégorie des contrats unilatéraux et non pas des actes unilatéraux. Un acte unilatéral est un acte passé, signé par une seule personne. Or le cautionnement exige le consentement à la fois du créancier et de celui qui se rend caution³⁰⁶. Outre le consentement, l'existence de tout cautionnement suppose aussi les conditions suivantes :

- Une dette permettant l'établissement du cautionnement. Le cautionnement ne peut excéder le montant de la dette ni être contracté sur des conditions plus

³⁰⁵ Art. 2333 du *C.c.Q.*

³⁰⁶ Voir Patrice Bouteiller, *Le cautionnement : aspects généraux et pratiques bancaires*, Paris, les Éditions de l'épargne, 1986, aux pp. 21 et 22[Bouteiller].

onéreuses³⁰⁷. Toutefois, il peut précéder l'obligation principale, dans le sens où il peut être donné pour sûreté d'une obligation déterminée que contractera celui auquel il est fourni³⁰⁸.

- Une obligation à la charge d'une partie, seule la caution s'engage envers le créancier, ce dernier ne s'engage à rien en contrepartie³⁰⁹.
- Le cautionnement doit avoir été déclaré d'une manière expresse. Il ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté³¹⁰. Selon l'article 2333 du *C.c.Q.*, le cautionnement peut être gratuit ou contre une rémunération. Toutefois, il faut noter que la pratique bancaire consacre le deuxième choix. Le cautionnement bancaire peut prendre différentes formes

2.6.1.2 Catégories du cautionnement

En général, le domaine du cautionnement se divise en trois catégories, soit la garantie contractuelle (cautionnement de soumission), la garantie de fidélité du personnel ou les cautionnements divers³¹¹.

En principe, et s'il faut reprendre les mots de *Code civil du Québec*.

- Primo, le cautionnement est un contrat à titre gratuit ou à titre onéreux.
- Secundo, le cautionnement peut résulter d'une convention ou être imposé par la loi ou ordonné par jugement.
- Tertio, le cautionnement est répété simple³¹² lorsque la caution se réserve les bénéfices de discussion³¹³ et de division³¹⁴. En revanche, il est présumé

³⁰⁷ Selon l'article 2341 du *C.c.Q.* Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté à des conditions plus onéreuses.

³⁰⁸ Bouteiller, *supra* note 306, à la p. 21.

³⁰⁹ Pascal Ancel, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, Paris, Dalloz, 1989, à la p. 6.

³¹⁰ Art. 2343 du *C.c.Q.*

³¹¹ Centre de services aux entreprises Canada-Manitoba, 2009, Entreprises Canada, Le cautionnement.

³¹² Art. 2347 du *C.c.Q.*

³¹³ Le bénéfice de discussion permet à la caution de demander au créancier d'engager, préalablement, des poursuites contre le débiteur afin de se payer sur les biens de ce dernier. Lorsqu'il existe plusieurs

« solidaire³¹⁵ », lorsque la caution s'oblige avec le débiteur principal de ne peut plus invoquer les bénéfices de discussion et de division. Toutefois, selon l'article 2353 du *C.c.Q.*, la caution, même qualifiée de solidaire, peut opposer au créancier tous les moyens que pouvait opposer le débiteur principal, sauf ceux qui sont purement personnels à ce dernier ou qui sont exclus par les termes de son engagement.³¹⁶

- Il peut être un cautionnement réel lorsque la caution désigne en garantie un bien déterminé -immeuble, valeurs mobilières, etc...- pour sûreté de la dette d'un tiers et qui entend n'être tenu que sur ce bien, sans prendre d'engagement personnel de payer la dette de ce tiers. La partie bénéficiaire ne peut donc obtenir son remboursement de cette personne que sur le produit de la réalisation du bien ainsi donné en garantie, sans possibilité d'acquiescer autre que le bien mis en garantie exercer un recours contre le constituant de la garantie en cas d'insuffisance de celle-ci³¹⁷. Enfin, le cautionnement peut être solidaire, appuyé d'une sûreté réelle lorsque la caution affecte, en garantie, un ou plusieurs de ses biens, meubles ou immeubles. Cette possibilité de cumul d'une garantie personnelle et d'une garantie réelle est admise par la jurisprudence, dès lors que la volonté du garant ne fait pas de doute³¹⁸.

cautions engagées pour la même dette et pour le même débiteur, chacune est tenue au paiement de l'intégralité de la dette.

³¹⁴ Le bénéfice de division permet à la caution de demander au créancier de fractionner son action en demande de paiement entre toutes les cautions.

³¹⁵ Art.2352 du *C.c.Q.*

³¹⁶ L'article 2352 du *C.c.Q.* stipule : "*Lorsque la caution s'oblige, avec le débiteur principal, en prenant la qualification de caution solidaire ou de codébiteur solidaire, elle ne peut plus invoquer les bénéfices de discussion et de division; les effets de son engagement se règlent par les principes établis pour les dettes solidaires, dans la mesure où ils sont compatibles avec la nature du cautionnement*".

³¹⁷ Cerles, *supra* note 296, à la p. 38.

³¹⁸ *Ibid*, à la p. 39.

2.6.2 Le cautionnement 'Daman' selon le droit musulman

Le cautionnement est aussi un des contrats connus dans les recueils de *Fiqh*³¹⁹. C'est un contrat de la charité, autrement dit, sans contre-partie. Le cautionnement, en droit musulman, est connu sous l'appellation «Daman»³²⁰, signifiant étymologiquement l'engagement de garantir l'argent. Il se nomme aussi «Kafala»³²¹, la prise en charge et l'engagement.

Quoique la majorité des jurisconsultes confonde les deux notions, certains les distinguent. Nous jugeons que la notion *daman* est la plus proche au cautionnement selon le *C.c.Q.* De ce fait, notre analyse sera basée sur cette dernière.

Après avoir exposé la définition du cautionnement et sa licéité, nous procéderons à la détermination des catégories qui en découlent. Nous examinerons, par la suite, les règles particulières à cette opération exigées par la *Charia' a* quant à la pratique bancaire.

2.6.2.1 Définition

Dans son sens le plus large, le cautionnement peut être défini comme "*l'engagement de responsabilité pour un droit ou pour un dédommagement*"³²². À cet effet, l'origine de la responsabilité peut être donc : une obligation de la *Charia' a*, une responsabilité pénale ou un engagement du contrat. Nous nous limiterons dans notre étude à cette

³¹⁹ Voir à titre d'exemple : Ibn Qudama, *supra* note 235, chapitre du cautionnement, à la p. 344 ; el hattab, *supra* note 304; Al-Mawardi *supra* note 304; al-Sarakhsi, *supra* note 237, chapitre du cautionnement.

³²⁰ Coran, Sourate youssef, verset 72. Ils répondirent : "*Nous cherchons la grande coupe du roi. La charge d'un chameau à qui l'apportera et j'en suis garant*".

³²¹ Coran, Sourate 3 : La famille d'Imran (آل عمران), verset 37 "Il la confia à Zakaria".

³²² Mohammed Fawzi Faidallah, *la théorie de Daman dans le Fiqf musulman*, Dar Touret, Koweït, à la p.14. Dans Omar El-Kettani «Al Wakala (le Mandant), le Cautionnement et la Jouala» dans Boualem Bendjilali dir., *Les Sciences de la Chari'a pour les Economistes*, IIRFBID, Djeddah, Arabie Soudite , 2001, 226, aux pp. 243 et s.

dernière car elle fait partie des activités bancaires qui nous intéresse³²³. Dans cette perspective, le cautionnement peut être étroitement défini comme étant "un engagement par lequel une personne dite «caution» doit se porter garante du paiement de la dette d'une autre personne «débiteur principal». Cette dette peut être à vu ou à terme, et ledit engagement ne signifie pas, toutefois, un désengagement total du «débiteur principal» "³²⁴.

Le cautionnement islamique est quasiment identique à son homologue conventionnel à l'exception de deux conditions dans la *Charia' a*. D'une part par le fait que la dette sur laquelle porte le cautionnement islamique doit être valide d'un point de vue islamique. D'autre part, il ne peut être qu'à titre gratuit³²⁵.

2.6.2.2 La licéité du cautionnement 'Daman'

Le cautionnement «Daman» est licite par référence au Coran³²⁶, à la Sounna³²⁷, et au consensus des juristes³²⁸. Ces derniers avancent, pour preuve dans le Coran, le verset suivant : "Nous cherchons la grande coupe du roi. La charge d'un chameau à qui l'apportera et j'en suis garant". L'argumentation de la Sunna se manifeste à travers un texte prophétique: " Le fidéjusseur est garant". Quant aux jurisconsultes musulmans, ils sont unanimes sur le caractère licite du cautionnement.

³²³ El-Kettani, *supra* note 24, à la p. 252.

³²⁴ Traduction libre. Al-Salus Ali Ahmed, *encyclopédie liées a la jurisprudence contemporaine et de l'économie islamique*, Mu'ssasat al-Ryyan, 2005, à la p. 641. (موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد) (علي بن أحمد السالوس، الإسلامي)

³²⁵ El-Kettani, *supra* note 64, aux pp. 243 et s.

³²⁶ Coran, Sourate 12 : Joseph (Yusuf), verset 66 "Jamais je ne l'enverrai avec vous, que vous ne m'avez apporté l'engagement de par Dieu qu'à moins que vous ne soyez cernés certainement vous me le ramènerez" ; Dans un autre verset : "Nous cherchons la grande coupe du roi. Une charge de chameau à qui l'apportera! J'en suis garant".

³²⁷ En ce qui concerne la Sounna, le Prophète dit: "Le fidéjusseur est garant". Rapporté par Abou Dawoud, Et-Termidi et Ibn Majah dans le livre d'aumône chapitre Kafala.

³²⁸ L'unanimité a été rapportée par .Ibn Qudama, *supra* note 235, à la p. 344.

2.6.2.3 Les catégories du cautionnement 'Daman'

Il existe différents moyens de classer les types de cautionnement. Nous nous contenterons de présenter une seule classification que nous jugeons utile dans l'étude comparative.

Les juristes musulmans font souvent la distinction entre le cautionnement couvert et le cautionnement non couvert par le débiteur principal. Toutefois, la couverture peut être totale ou partielle³²⁹. La couverture selon le droit musulman signifie que le client désigne, en garantie, un bien déterminé équivalent ou inférieur à la somme du cautionnement pour s'assurer à la banque.

Généralement, la banque émettrice du cautionnement contraint l'agent à déposer une garantie monétaire dont la valeur diffère de celle de l'assurance selon le degré de la confiance et la nature de la relation entre les deux parties. Ladite garantie est remise à la banque, ce qui lui assure la possession d'avoirs liquides exploitables dans des investissements³³⁰.

Il découle, cependant, de la distinction entre le cautionnement couvert et non couvert plusieurs conséquences.

2.6.2.4 Les règles particulières à cette opération exigées par la *Charia' a*

Malgré que le cautionnement soit un contrat connu dans le *Fiqh* islamique, les banques islamiques n'ont pratiqué ce mode de sûreté que récemment afin de répondre aux besoins de leurs clients et d'être prêtes à concurrencer leurs homologues conventionnels dans ce mode de sûreté. Cependant, elles sont confrontées à la gratuité édictée par la *Charia' a* dans ce type de contrat.

³²⁹ al-Saluss Ali Ahmad, *Kafalah et son application contemporaine*, 2nd ed, Kuwait, Makatabat al-Falah, 1987, aux pp. 134-135. (علي بن أحمد السالوس، الكفالة و تطبيقاتها المعاصرة)

³³⁰ Information tirée d'un document (2003) de general council for islamic banks and financial institutions

Le cautionnement bancaire a été analysé par plusieurs institutions islamiques, ses recherches ont abouti à deux grandes décisions fondamentales :

Une première, proposée par Permanent Fatwa Comite, a qualifié le cautionnement bancaire comme une sorte de *Daman*. Ce dernier, comme cité précédemment, ne peut être qu'à titre gratuit. Dans les faits, le cautionnement, d'un point de vue pratique, est un contrat à titre onéreux. Le cautionnement est illicite pour les raisons suivantes: la caution s'engage envers un créancier à exécuter l'obligation de son débiteur au cas où celui-ci n'y satisferait pas lui-même, lorsque la caution paye le montant dû au créancier, cette dette devient un prêt de la caution envers le débiteur.

Si le cautionnement est avec une contre-partie, ça sera un prêt avec un surplus ou un prêt avec intérêt, et ce dernier est un *Riba*, interdit par le droit musulman³³¹.

Une deuxième décision est proposée par l'Islamic Fiqh Academy (OCI)³³², qui précise que toutes les catégories du cautionnement peuvent être distinguées selon la présence ou l'absence de couverture :

- S'il est couvert par le débiteur, il est licite, car le rapport caution-débiteur est un mandat (*wakala*), qui peut être avec ou sans contrepartie. Par ailleurs, le rapport au créancier demeure un cautionnement.
- S'il n'est pas couvert, l'Islamic Fiqh Academy s'aligne avec le Permanent Fatwa Comite, et précise l'interdiction de demander une contrepartie contre le cautionnement non couvert (toute sorte), car le cautionnement est un contrat sans contrepartie. Toutefois, si la banque veut fournir ce service à ses clients à titre gratuit, elle peut exiger le remboursement des frais administratifs nécessaires pour effectuer l'opération du cautionnement.

³³¹ Ibn Qudama al-Maqdisi, 441/6; Ibn jarir Atabari, *La divergence des jurisconsultes*, à la p. 9.

³³² OCI, Décision 12 (2/12)/ AIF de l'académie du 28 décembre 1985 relatives au cautionnement, [1985], Magazine de l'académie, N2, Ch2, a la p. 1035.

La banque ne peut pas ajouter de frais supplémentaires dans le cautionnement sans couverture.

Conséquemment, cette décision constitue une brèche pour les banques dites islamiques, ces dernières peuvent offrir à leurs clients ce mode de sûreté.

2.6.3 Étude comparative

Dans la pratique bancaire conventionnelle, le cautionnement implique généralement une rémunération.

Le droit musulman, pour sa part, et selon la décision de l'Islamic Fiqh Academy (OCI), légalise le cautionnement avec rémunération sous condition de couverture ou sans rémunération.

Si la pratique bancaire et la décision de l'Islamic Fiqh Academy (OCI) ont en commun le type de cautionnement rémunéré, nous constatons que le cautionnement pratiqué par les banques conventionnelles ne constitue pas un obstacle pour les Canadiens de confession musulmane. D'autant bien, il s'aligne avec la finalité ou la cause d'être des banques, celle de faire du profit. En revanche, c'est au devoir des Canadiens de confession musulmane de se conformer avec la décision de l'Islamic Fiqh Academy (OCI), en assignant en garantie un bien pour sûreté.

2.6.4 Le Code civil est-il un contexte propice pour le cautionnement islamique?

A première vue, il existe une différence entre les deux définitions. Celle-ci consiste, dans le fait, à dire que dans le *C.c.Q.*, le cautionnement peut être gratuit ou contre une rémunération alors que dans l'autre définition islamique il ne peut être que gratuit.

La définition citée dans l'article 2333 du *C.c.Q.* est très large, elle donne une possibilité pour les banques islamiques et les fenêtres islamiques de banques conventionnelles d'offrir cette sûreté en conformité à l'éthique islamique.

Selon ledit article, le cautionnement peut être gratuit ou onéreux.

S'il est gratuit, il est considéré comme un cautionnement, (*Damane*).

S'il est avec une contrepartie, pour se mettre en conformité avec les exigences de l'Islamic Fiqh Academy (OCI), la banque doit exiger une couverture de la dette de la part du débiteur principale. Dans ce cas-là, l'opération est qualifiée de cautionnement du point de vue du *C.c.Q.* En revanche, c'est un mandat³³³, de point de vue islamique. Ce dernier peut être gratuit ou avec contrepartie.

³³³ Al Manawi la définit ainsi : " Le mandat juridiquement est la procuration accordée à une personne responsable pour agir dans un domaine de souveraineté d'une autre personne. Et dans le *Morchid al hairane* il est défini comme: "la substitution d'une personne par une autre dans un acte défini et autorisé" ; Nazili Hamad "Lexique terminologique des concepts économiques dans le langage des jurisconsultes" en arabe. L'Institut Supérieur de la Pensée Islamique, 1401 H- 1981 C, Virginia, à la p.289.

2.7 Dépôt bancaire

Les banques conventionnelles, à l'instar de leurs consœurs islamiques, jouent le rôle d'intermédiaire entre les agents à capacité de financement et ceux en besoin de financement. Elles procèdent à recueillir des dépôts et à faire des crédits. Les dépôts bancaires se distinguent en deux catégories, à savoir : les dépôts bancaires à vue, et les dépôts à terme. Le premier type fait l'objet de dépôt mobilisable sur demande du déposant³³⁴. Le deuxième ne le fait pas. Ainsi, la banque ne devra restituer les sommes qu'à l'échéance de terme³³⁵.

À cet égard, d'un point de vue comptable, les dépôts à vue (compte courant) correspondent à l'agrégat³³⁶ M1, alors que les dépôts à terme et le compte d'épargne s'inscrivent dans l'agrégat M2³³⁷.

Nous voulons préciser que l'intitulé de ce contrat de dépôt ne reflète pas sa qualification juridique civiliste et islamique. Puisque le dépôt bancaire ne respecte pas certaines obligations du contrat du dépôt comme on verra ultérieurement.

Dans un premier temps, nous traiterons la notion de dépôts à vue, les dépôts à terme et les plans d'épargne selon le *Code civil du Québec* (2.7.1), et les contrats qui correspondent à ceux-ci en droit musulman (2.7.2), ainsi qu'à leurs caractéristiques. Nous examinerons, par la suite, les points de convergence et de divergence entre les deux modes de financement (2.7.3). En conclusion, nous aborderons (en cas

³³⁴ Dumas Benjamin, *La monnaie et les banques dans l'économie*, 2005, Educa vision, à la p. 54.

³³⁵ Sébastien Neuville, *Droit de la banque et des marchés financiers*, Presses universitaires de France, 2005, à la p. 144[Neuville].

³³⁶ Les agrégats monétaires sont des indicateurs statistiques regroupant dans des ensembles homogènes les moyens de paiement détenus par les agents d'un territoire donné. Il y a plusieurs niveaux d'agrégats statistiques dans la masse monétaire, selon le degré de liquidité.

³³⁷ Organisation de coopération et de développement économiques, Principaux indicateurs économiques : Sources et définitions 2000, à la p. 101. Edition 2000, OCDE.

d'incompatibilité), la capacité d'adaptation de la jurisprudence islamique avec le *code civil du Québec* (2.7.4).

2.7.1 Le dépôt bancaire selon le Code civil de Québec

Après avoir donné une définition au contrat étudié, nous allons traiter ses catégories. Puis, la qualification civiliste de ces dernières.

2.7.1.1 Définition

La *Loi sur les banques* reconnaît le dépôt bancaire. Cependant on ne trouve nulle part une définition de ce contrat dans ses articles³³⁸. Le *Code civil du Québec* aussi ne donne pas de définition de cette notion, étant donné que le dépôt bancaire n'est pas le contrat de dépôt cité dans le *C.c.Q.*

En revanche, plusieurs lois canadiennes et québécoises ont défini le terme dépôt. Ce dernier représente les fonds dans un compte auprès d'une institution de dépôt. Selon un auteur, il s'entend :

« [...] du solde impayé des sommes reçues d'une personne ou détenues au nom de celle-ci, dans le cadre normal de ses activités, par une institution fédérale ou provinciale, celle-ci étant tenue : a) d'une part, de le porter au crédit du compte de cette personne ou de délivrer un document - notamment reçu, certificat [...] effet négociable, traite, traite ou chèque visés, chèque de voyage, lettre de crédit payée d'avance ou mandat - aux termes duquel elle est le principal obligé ; b) d'autre part, de rembourser les sommes, sur demande du déposant, à l'échéance ou dans un délai déterminé suivant une demande à cet effet »³³⁹.

À partir de cette définition, nous constatons deux éléments : la relation entre l'institution financière et le client n'est pas celle d'un déposant avec un dépositaire. Et que le dépôt se devise en plusieurs catégories. Ses deux éléments feront l'objet de

³³⁸ H. Ogilvie, *supra* note 5, à la p. 496.

³³⁹ L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 65.

nos deux points suivants.

2.7.1.2 Les catégories de dépôts bancaires

Les dépôts bancaires se divisent principalement en deux catégories : les dépôts à vue d'un côté, et les dépôts à terme et les plans d'épargne, de l'autre.

2.7.1.2.1 Les dépôts à vue

Ils comprennent le compte courant ainsi que le compte d'épargne.

- Dans un compte courant :
 - ✓ L'argent peut être retiré à tout moment.
 - ✓ Le compte peut être avec ou sans privilège de chèque.
 - ✓ Généralement, ce type de compte n'est pas rémunéré ou très faiblement.
 - ✓ Une autorisation de découvert est parfois accordée afin de permettre que son solde soit négatif moyennant un certain plafond.

- Dans le compte d'épargne :
 - ✓ L'argent est également disponible à vue, mais son détenteur doit prêter attention à ce que son compte reste créditeur.
 - ✓ Il ne propose pas le privilège de tirer les chèques et ne permet que le retrait sous formes d'espèces.
 - ✓ Ce type de compte est rémunéré³⁴⁰.

2.7.1.2.2 Les dépôts à terme et plan d'épargne

Parmi eux, on distingue plusieurs types : le compte à terme, le compte à préavis et le

³⁴⁰ Voir : Neuville, *supra* note 335, à la p. 153 et s.

plan d'épargne³⁴¹. Les caractéristiques de dépôt à terme sont les quatre conditions suivantes, qui doivent être présentées de façon cumulative :

- La somme sera bloquée sur un compte bancaire. Cela veut dire, l'impossibilité totale de recourir aux fonds qui s'y trouvent sur une durée de temps très longue.
- Ce compte produit des intérêts prédéterminés *ex ante*. Ces derniers sont librement fixés entre la banque et ses clients. Ils peuvent être fixes ou indexés sur le marché monétaire.
- Si le contrat est interrompu avant un mois, aucun intérêt n'est versé au client³⁴².
- Étant donné que le dépôt à terme est un contrat de prêt, le client ne peut assumer aucune perte.

En contrepartie d'intérêts plus qu'avantageux, la durée et les modalités sont règlementées (ce type de plan se traduit très souvent par l'impossibilité totale de recourir aux fonds qui s'y trouvent sur une durée de temps très longue).

2.7.1.3 La qualification juridique de dépôt bancaire

Comme noté plus haut, la doctrine et la jurisprudence qualifient ce contrat de prêt. De ce fait, ils rejettent la notion de dépôt au sens de *C.c.Q.*³⁴³. Dans un contrat de dépôt bancaire, il existe deux types de pratiques. L'une d'elle consiste au fait que la banque utilise, à sa guise, l'argent déposé par le client. Dans l'autre type, et dans certains cas, elle n'est pas tenue de restituer l'argent déposé au déposant dès que ce dernier le

³⁴¹ Le premier rapporte un intérêt à condition que le teneur du compte ne retire pas l'argent avant la date d'échéance généralement fixée à l'avance. Le second constitue la variante du premier et permet au titulaire du compte de retirer l'argent sans perte d'intérêts si la demande est effectuée suffisamment tôt. Enfin, le plan d'épargne est généralement alimenté par des versements périodiques depuis le compte courant.

³⁴² Informations tirées du livre de finance d'entreprise Vernimmen, en ligne : http://www.vernimmen.net/html/glossaire/definition_depot_a_terme.html.

³⁴³ L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 1, à la p. 67.

demande. Ceux-ci s'opposent successivement aux articles 2283 et 2289 du *C.c.Q* relatif au contrat de dépôt. En revanche, le déposant a un droit aux intérêts à partir du jour de dépôt. Ceci, en vertu de l'article 2330 de *C.c.Q* lié au contrat de prêt³⁴⁴.

2.7.2 Le dépôt selon le droit musulman

Les dépôts bancaires islamiques sont structurés de manière différente de ceux de leurs homologues conventionnels. Ils se divisent principalement en deux catégories. Chaque modalité est basée sur un contrat connu dans le *fiqh* des transactions financières islamiques à savoir : *Al Quard alhassan et Moudharaba*³⁴⁵.

En l'absence d'une définition commune des deux types de dépôts bancaires. Nous procéderons à exposer chaque catégorie. Puis, nous traiterons leur qualification juridique islamique.

2.7.2.1 Définition

L'examen de la littérature montre l'absence d'une définition qui englobe les deux types de dépôts bancaires. Toutefois, les juristes ont défini le terme dépôt comme suit "*Une richesse déposée chez autrui avec intention de la garder sans contrepartie*".³⁴⁶ Ce contrat s'apparente au contrat de dépôt selon le *C.c.Q*. Il converge avec le contrat étudié au niveau terminologique mais diverge au niveau de

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ Mohd-Karim, Muhammad, Syahmi, Comptes de dépôt de participation aux bénéficiaires dans le secteur bancaire islamique : Analyse des perceptions et des attitudes des déposants Malaisie, Thèse présentée comme exigence partielle du Doctorat en philosophie, Université de Durham, 2010.

³⁴⁶ Dictionnaire de la langue arabe à la p. 501.

Le contrat du dépôt est un contrat connu (nommé) dans les recueils de Fiqh : Ibn Qudama, *supra* note 235, aux p. 300 et s ; al-Qarafi, *supra* note 237, aux pp. 137 et s ; bin Idris al-Chafii, *supra* note 237, aux pp. 142 et s.

la forme car les juristes aussi rejettent la notion de dépôt et qualifient le dépôt bancaire de contrat de prêt ou de *Moudharaba*³⁴⁷.

2.7.2.2 Les catégories de dépôts bancaires

Les dépôts bancaires se divisent principalement en deux catégories : les dépôts à vue d'un côté, et les dépôts d'investissement, de l'autre³⁴⁸.

2.7.2.2.1 Les dépôts à vue

Ils concernent le compte courant et le compte d'épargne dans le droit musulman.

2.7.2.2.2 Le compte courant

Il s'agit des actifs que les individus ou les organisations confient à la banque à condition que cette dernière s'engage à leur verser les rentes égales aux desdits actifs ou ses derniers eux même, sur demande ou selon les conditions conclues antérieurement³⁴⁹.

Ce compte se caractérise d'une façon quasiment identique à son homologue dans les banques conventionnelles. Toutefois, sa particularité se manifeste dans les points suivants :

- Il exige un solde toujours positif et ne génère aucune rémunération 'intérêt'.
- La banque peut accorder certains avantages à ses clients, à savoir : carnet de chèque, opérations de virement et les cartes. Mais elle ne peut pas offrir un

³⁴⁷ OIC, Décision (9/3) 86/ AIF de l'académie du 6 Avril 1995 relative aux dépôts bancaires (les comptes bancaires) [1998], Magazine de l'académie, n.9, c.65, p.667.

³⁴⁸ Mohamed Abo farha, le dépôt bancaire : étude juridique et économique, en ligne : <http://badlah.com/page-76.html>

³⁴⁹ Cette définition est tirée de document de Sharjah Islamic Bank, en ligne : < <http://www.sib.ae/ar/retail-banking-ar/products-services-ar/fixed-deposit-account-ar-2.html>>.

service qui n'est pas lié au compte ou qui entraîne des coûts. Les cadeaux et donations ne peuvent être accordés qu'aux clients (association) que la banque a l'habitude de récompenser et ce même qu'ils aient ouvert leurs comptes chez elle.

2.7.2.2.3 Le compte d'épargne

Il s'assimile au compte d'épargne conventionnel. Pour éviter les redites nous allons l'exposer par ses différences.

- La rémunération prend la forme d'un taux de profit calculé quotidiennement et versé mensuellement.
- Il se base sur le contrat de *Moudharaba* fondé sur le principe de 3P³⁵⁰. À cet effet, le client n'est pas à l'abri d'une perte probable.

2.7.2.2.4 Les dépôts d'investissements

Ce sont les comptes de dépôt dont les détenteurs souhaitent prendre part dans les opérations financières administrées par la banque islamique et dont l'objectif est de percevoir un revenu. Il s'agit donc de comptes de dépôts à terme, destinés à faire fructifier l'argent des déposants. À l'opposé du compte équivalent dans les banques conventionnelles, les titulaires des comptes participent non seulement aux bénéfices mais aussi aux pertes de projets dans lesquelles les fonds sont investis³⁵¹.

Les dépôts d'investissement se divisent en deux catégories : Les comptes « standards »³⁵² et les comptes « affectés »³⁵³.

³⁵⁰ Le principe du partage des profits et des pertes.

³⁵¹ Geneviève, *supra* note 9, aux pp. 20 et 21.

³⁵² Les comptes standard s'appellent aussi les dépôts d'investissements illimités (ou non-restrictifs). Dans cette catégorie les fonds sont alors intégrés dans ceux de la banque pour constituer un pool d'investissements. La rémunération a lieu en fin d'année. La banque intervient successivement comme Moudharib, puis comme rab-el-mal. Ces comptes sont, en principe, moins risqués pour le client puisque l'investissement porte sur plusieurs opérations.

³⁵³ Les comptes « affectés » s'appellent aussi des dépôts d'investissements limités (ou restrictifs). La

Ces dépôts doivent rencontrer deux facteurs : l'indisponibilité temporaire, ce qui veut dire que le client ne peut pas retirer l'argent pendant une période qui peut varier entre 6 mois et 3 ans, voir plus. Et le facteur d'un montant minime qui ne peut pas être inférieur à une somme déterminée³⁵⁴.

Juridiquement parlant, les dépôts d'investissements reposent sur le contrat de *Moudharaba*. C'est un contrat conclu entre, d'une part le client investisseur (Rab al mal) qui fournit le capital, et la banque, qui assure le travail nécessaire pour fructifier ces fonds (Moudareb ou l'Agent). Les profits dégagés de cet investissement sont partagés selon une clé de partage prédéterminée. Les pertes sont entièrement supportées par l'investisseur, sauf en cas de négligence, de fraude ou de mauvaise exécution du contrat de la part de la banque. Ce type de contrat est assimilable à une société en commandite. Cependant, certaines différences empêchent de confondre les deux types de contrats : le commanditaire ne supporte les pertes qu'à hauteur de son apport tout comme le commandité, tandis que dans la *Moudharaba*, si les profits sont partagés au prorata des apports, les pertes financières, elles, ne sont supportées que par le *rab al-mâl* (le commanditaire)³⁵⁵.

Il existe deux formes de *Moudharaba* pratiquées par les banques islamiques. La première est la *Moudharaba* (two-tier = à deux niveaux) dans laquelle la banque assume, à la fois, le rôle du commandités et les commanditaires. Au premier niveau, en tant que commandité, titulaire du savoir-faire en matière d'investissement, la banque gère les dépôts qui lui sont confiés par ses clients. Au deuxième niveau, en tant que commanditaire, elle assure une meilleure allocation des fonds ainsi collectés

banque dispose des fonds selon les indications de dépositaire. Les fonds déposés ne peuvent alors être mélangés avec ceux de la banque. La rémunération a lieu en fin d'opération.

³⁵⁴ Geneviève, *supra* note 9, aux pp. 20 et 21.

³⁵⁵ Amri Malika, *Les spécificités des contrats de financement dans les banques islamiques*, mémoire de Master 2 en Droit international et comparé, Université Toulouse 1, 2009, à la p. 78.

en les mettant à la disposition d'autres investisseurs³⁵⁶.

À titre d'exemple nous allons présenter une variante de Moudharaba, Moudharaba Two Tier ou Moudharaba à deux niveaux³⁵⁷ :

Un déposant investisseur place 400 000 dans un compte d'investissements selon les modalités suivantes : contrat moudharaba limité, durée 12 mois. L'opération envisagée est la construction d'un entrepôt par l'entreprise BTP, client de la banque. Le partage des PPP se fera ainsi : 80% pour le rab-el-mal (le déposant), 20% pour le moudharib (la banque, gestionnaire du projet).

La banque investit les 400 000 chez un client emprunteur, l'entreprise BTP, qui construit un entrepôt dans une zone industrielle récente. La banque n'investit pas de fonds dans ce projet. Un contrat moudharaba est conclu : la durée est de 9 mois, l'entreprise BTP est responsable de la gestion du projet, le PPP se fera ainsi : 15 % pour la banque, 85% pour l'entreprise BTP.

À la fin du projet, l'entreprise BTP vend l'entrepôt pour un montant de 40 000. La banque reçoit 400 000. Les 50 000 de profit sont repartis ainsi : 7500 pour la banque (20%), 42 500 pour l'entreprise BTP.

La banque rembourse le déposant de 400 000 et les 7 500 sont repartis ainsi : 6 000 pour le déposant, 1 500 pour la banque.

Si l'entreprise BTP avait effectué une vente à perte, cette dernière aurait été supportée par la banque (sauf faute de l'entreprise) et la perte aurait été respectée sur le déposant.

Sous le terme de dépôts d'investissement, on entend compte d'investissement, compte d'épargne, etc...

La deuxième est la *Moudharaba* dans laquelle la banque est seulement intermédiaire entre ses clients et ses déposants. En vertu de ce type de contrat, la banque agit en tant que mandataire qui investit l'argent de son client (le mandant). La banque est mandataire. Elle reçoit une rémunération pour son travail mais elle n'a pas le droit à une part des bénéfices. Les déposants sont les commandités et la banque investit leur

³⁵⁶ Elmelki Anas, «Le Principe De Partage Des Profits Ou Des Pertes Dans Le Cadre Des Banques Islamiques : Illustration Modélisée Des Contrats De Financement Participatifs Moudaraba Et Moucharaka», Global Journal of Management and Business Research Volume 11, (2011/11), à la p. 4.

³⁵⁷ Exemple cité par Geneviève, *supra* note 9.

argent en leur lieu et place pour des entrepreneurs qui ont la qualification de commendants³⁵⁸.

2.7.3 Étude comparative

La source	Code civil du Québec			Droit musulman		
	↓			↓		
Contrat	Dépôt bancaire					
	↓			↓		
Les modalités	Compte courant	compte d'épargne	Les comptes à terme	Compte courant	compte d'épargne	Les comptes d'investissement
	↓			↓		
Qualification juridique	Contrat du prêt	Contrat du prêt	Contrat du prêt	Contrat du prêt (Qard hassan)	Moudaraba	Moudaraba

Étude comparative entre les modalités

Les modalités	Compte courant,	compte d'épargne	Les comptes à terme	Compte courant	compte d'épargne	Les comptes d'investissement
	↓	↓		↓	↓	
Qualification juridique	Contrat du prêt	Contrat du prêt	Contrat du prêt	Contrat du prêt	Modharaba	Modharaba
Rémunération	Pas de rémunération ³⁵⁹	Taux d'intérêt	Taux d'intérêt	Pas de rémunération	Taux de profit. 3P	Taux de profit. 3P
L'utilisation des fonds par la banque	À sa guise.			À sa guise. Sauf dans les secteurs illicites		

³⁵⁸ Geneviève, *supra* note 9.

³⁵⁹ Dans la pratique bancaire, majoritairement, il n'est pas rémunéré ou très faiblement.

Les risques d'utilisations	Assumer par la banque	Assumer par banque	Assumer par le client	Assumer par le client
----------------------------	-----------------------	--------------------	-----------------------	-----------------------

Après cette analyse des différents contrats dans le *C.c.Q* et le droit musulman, nous constatons en premier lieu, que le compte courant ne constitue pas un obstacle pour les Canadiens de confession musulmane. À l'opposé de l'article 2330, qui stipule l'intérêt, la pratique bancaire sur ces comptes n'est majoritairement pas rémunérée.

Le risque d'utiliser les fonds dans des secteurs illicites existe toujours. Cependant, l'absence de banques islamiques au Canada rend cette opération licite selon certains jurisconsultes, car il y a une nécessité de protéger les fonds.

En second lieu, les comptes d'épargne et les comptes d'investissement ne peuvent pas être contractés par un Canadien de confession musulmane pour une simple raison : ils sont des contrats de prêt basés sur l'intérêt, or l'intérêt est interdit dans ledit contrat en droit musulman.

2.7.4 Le Code civil est-il un contexte compatible pour le mode de financement alternatif ?

Au premier lieu, le *Code civil du Québec* ne constitue pas un contexte compatible pour les banques et fenêtres islamiques, en ce qui concerne le compte courant, car ce type de dépôt bancaire est un contrat de prêt du point de vue civiliste. De ce fait, le prêt porte intérêt à compter de la remise de la somme à l'emprunteur. Dans l'absence de convention quant au taux d'intérêt applicable, le taux légal aura cours. Or, le compte courant dans les banques islamiques est basé sur un contrat de prêt sans intérêt.

Au deuxième lieu, le *C.c.Q* constitue un contexte propice pour les dépôts

d'investissements dans le cas où la banque agit en tant que mandataire. Le contrat de mandat, selon le *C.c.Q.*, est conforme à son équivalent en droit musulman. Le cas contraire, s'elle agit en tant que commandité. Formellement, le contrat de la Moudharaba se ressemble à celui de la société en commandite en *C.c.Q.* En revanche, sur le fond, il apparaît présenter des clauses secondaires contradictoires.

2.8 La donation

À même de leurs ressources, les banques peuvent octroyer des subventions et des libéralités (dons et legs). Au Canada, les banques sont les principaux donateurs avec plus de 145 million \$ localement et 51, 875 million \$ à l'étranger³⁶⁰.

Sur le plan social, le don est un acte de générosité qui se manifeste en trois éléments, à savoir : la reconnaissance de l'existence d'autrui ; l'acceptation du don par le donataire et enfin, le rétablissement d'un équilibre annulant la valeur matérielle pour mettre en relief la valeur sociale de l'échange³⁶¹.

Sur le plan fiscal, les donations bénéficient d'un régime fiscal intéressant. À cet égard, une réduction des droits à payer est appliquée pour les donations consenties par les banques aux organismes de bienfaisance enregistrés.

La donation est un contrat nommé régi par les articles 1806 à 1841 du *Code civil du Québec*. Pareillement, la *Loi fiscale* s'applique à certaines formes de ce dernier. Il constitue aussi un contrat connu dans les recueils de *Fiqh*.

Le droit musulman régit la donation au même titre que le *C.c.Q.*, à l'exception de quelques divergences près. Mais ces dernières ne constituent pas un obstacle aux banques islamiques dans l'exercice de leurs activités. Partant de là, les banques islamiques pourront aisément pratiquer ce contrat en conformité avec les dispositions du *C.c.Q.*

Dans un premier temps, nous identifierons brièvement la notion et la nature de la

³⁶⁰ Voir, the Canadian Bankers association, en ligne : <http://www.cba.ca/en/content/stats/db375aeng%202007.pdf>, Dans Nicholls Christopher C., *Financial institutions the regulatory framgework*, LexisNexis Canada, 2008, à la p. 16.

³⁶¹ La RdR, faire un don a la revue, en ligne : <http://www.larevuedesressources.org/spip.php?rubrique70>.

donation selon le *C.c.Q.*, (2.8.1) et le contrat qui correspond à celui-là en droit musulman (2.8.2), ainsi qu'à leurs caractéristiques. Dans un deuxième temps, nous nous pencherons sur les points de convergence et de divergence entre les deux modes de libéralités (2.8.3). En conclusion, nous en examinerons plus en détail la capacité du Code civil du Québec de présenter un contexte propice pour les opérations qui respectent l'éthique islamique (2.8.4).

2.8.1 La donation selon le C.c.Q

Les donations, en tant que contrats, doivent respecter toutes les conditions générales applicables à ces derniers.

Après avoir fourni une définition au contrat étudié, on exposera brièvement l'effet de la donation (délivrance, garantie, obligations aux dettes) pour terminer par la question de la révocation de la donation.

2.8.1.1 Définition

Sous le Code civil du Bas-Canada, les donations étaient regroupées, avec la substitution et la fiducie, sous le titre « Des donations entre vifs et testamentaires ». Le Code civil du Québec adopte une autre approche. La donation est mentionnée au titre des contrats nommés du Livre sur les obligations (Ministère de la justice, 2009)³⁶².

La donation est définie dans l'article 1806 C.c.Q comme ci-présente :

" La donation est le contrat par lequel une personne, le donateur, transfère la propriété d'un bien à titre gratuit à une autre personne, le donataire; le transfert peut aussi porter sur un démembrement du droit de propriété ou sur tout autre droit dont on est titulaire."

³⁶² Pierre Ciotola, De la donation, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, à la p. 1[Ciotola]; Germain Brière, Donations, substitutions et fiducie, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, à la p. 14.

Les donations se divisent en deux catégories selon le Code civil du Québec : la donation durant la vie³⁶³ et la donation suite à la mort³⁶⁴. Notre analyse porte sur des personnes morales de droit privé ou public, ce qui exclut *ipso facto* les dispositions de la donation à cause de la mort.

La donation se caractérise par la réunion de deux éléments, l'un matériel, l'autre intentionnel.

Tout d'abord, l'élément matériel se concrétise par un transfert de propriété. Ensuite, un autre intentionnel qui traite de l'engagement qu'a le donateur de ne pas espérer d'avantage ni de compensation, même indirects, en contrepartie du transfert au donataire. La donation ne doit pas être faite à titre de règlement d'une obligation morale ou naturelle³⁶⁵.

Le *Code civil du Québec* stipule aussi que la donation peut être rémunératoire ou avec charge. Dans un tel cas, la donation portera sur la valeur qui excède cette rémunération ou cette charge³⁶⁶.

2.8.1.2 Les effets de donation

Nous allons traiter les effets de la donation relativement au donateur, au donataire et aux créanciers.

Premièrement, le donateur (la banque) est tenu, selon l'article 1825 du *C.c.Q.*, de délivrer le bien, objet de la donation et de payer les frais du contrat³⁶⁷. Toutefois, le donataire ne peut exiger du donateur le paiement de la somme qu'il a dépensé pour

³⁶³ Ciotola, *supra* note 362, aux pp. 17-22.

³⁶⁴ Ibid, aux pp. 22 et 23.

³⁶⁵ *Dubord c. SMRQ* [1998] R.D.F.Q. 251 (C. Q. - Chambre civile); *Sabourin c. Périard*, [1947] B.R. 34; *Pesant c. Pesant*, [1934] R.C.S. 249; *In re Ross: Hutchinson c. Royal Institution for the Advancement of Learning*, [1931] 50 B.R. 107.

³⁶⁶ Art. 1810 du *C.c.Q.*

³⁶⁷ Ciotola, *supra* note 362, aux pp. 28 et 29; Art.1829 du *C.c.Q.*

obtenir le droit voulu ou bien l'exécution d'une charge que dans le cas où le paiement est supérieur à l'avantage qu'il en retire.

En ce qui concerne la garantie, le donateur ne répond pas des vices cachés qui affectent le bien donné³⁶⁸. Cependant, s'il s'avère qu'un de ces vices cachés entraînaient une atteinte à son intégrité physique, et que celui-ci était au courant de ce danger mais ne l'a pas prévenu, alors, dans ce cas, il sera contraint d'assumer la responsabilité³⁶⁹.

Deuxièmement, le donataire se doit de compléter trois obligations. La première est de récupérer le bien donné à partir du moment où il accepte le don et de payer les frais qui peuvent régler lors la récupération. La deuxième est relative aux dettes du donateur. Le donataire n'est tenu que des dettes du donateur qui se rattachent à une universalité d'actif et de passif qu'il reçoit, à moins qu'il n'en résulte autrement du contrat ou de la loi³⁷⁰. La troisième est liée aux charges. En vertu de l'article 1833 du *C.c.Q.*, le donataire est tenu personnellement des charges grevant le bien donné.

Troisièmement, selon l'article 1831 du *C.c.Q.*, la donation peut être accompagnée d'une somme ou d'une stipulation en faveur d'un tiers. À cet effet, dans le cas où la charge devient trop lourde ou trop onéreuse pour le donataire, celle-ci peut être modifiée par le tribunal en prenant en considération trois éléments :

- La valeur de la donation.
- L'intention du donateur.
- Les circonstances³⁷¹.

³⁶⁸ Art.1828 du *C.c.Q.*

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ *Ibid.*; Art.1830 du *C.c.Q.*

³⁷¹ *Ibid.*; Art.1834 du *C.c.Q.*

2.8.1.3 La révocation de la donation pour cause d'ingratitude

Toute donation entre vifs peut être révoquée pour cause d'ingratitude. On insinue par cause d'ingratitude lorsque le donataire se plaint de manière déplorable par rapport à la nature de la donation, aux facultés des parties ou bien encore aux circonstances³⁷².

Le donateur se doit d'intenter pour l'ingratitude du donataire le jour où il a été mis au courant de ce comportement ou bien dans l'année qui suit. Cet acte doit être entrepris pendant la vie du donataire³⁷³.

Maintenant, nous allons voir en quoi cette clause est incompatible avec les principes du droit musulman³⁷⁴.

2.8.2 La donation (Hiba) dans le droit musulman

Après l'avoir défini, on traitera l'effet de la donation.

2.8.2.1 Définition

Le *Code civil du Québec* utilise le terme « donation » alors que le droit musulman adopte le terme arabe « *Hiba* »³⁷⁵, ce dernier étant synonyme du terme « donation » utilisé dans le *C.c.Q.*

Dans le droit musulman, la donation ' *Hiba* ' trouve sa place dans la jurisprudence islamique, et plus précisément dans la section des transactions. (Livre de la donation

³⁷² Art. 1836 du *C.c.Q.*

³⁷³ Art. 1837 du *C.c.Q.*

³⁷⁴ L'article 1827 du *Code civil du Québec*. Selon le même article :Cependant, le donataire évincé peut recouvrer du donateur les frais payés en raison de la donation, au-delà de l'avantage qu'il en retire, si l'éviction, totale ou partielle, provient d'un vice du droit transféré que le donateur connaissait mais n'a pas révélé lors de la donation.

³⁷⁵ Coran, Sourate 27 : Les fourmis (النمل), verset 35. "...Moi, je vais leur envoyer un présent, puis je verrai ce que les envoyés ramèneront"; Ibn Qudamah, *supra* note 235, livre de donation et aumône, aux pp.151-391; Sahih El Boukhâri,Tome II, TITRE 51 : De la donation Titre 51 : en ligne : <<http://sahihboukhari2.free.fr/t2/51.htm>>.

et aumône³⁷⁶). Or le droit musulman sépare l'aumône de la donation. En effet, le don est un acte social par lequel la société établit une certaine unité permettant au riche de reconnaître le pauvre. Alors que l'aumône n'est faite que dans l'intention de se rapprocher du Seigneur³⁷⁷.

La donation est définie « *comme un transfert de la propriété d'un bien à titre gratuit à une autre personne* »³⁷⁸.

2.8.2.2 Les effets de donation

Elle s'assimile à sa consœur conventionnelle. Pour éviter les redites, nous procéderons à l'exposer par ses différences :

- La donation est un acte recommandé. Cependant, il est interdit entre l'emprunteur et le prêteur durant la durée du prêt.
- La livraison est une condition obligatoire pour que la donation soit valide. Le donateur peut récupérer la chose donnée tant que la livraison n'est pas effectuée. Lorsque celle-ci est effectuée il n'en a plus le droit³⁷⁹.
- La donation ne peut en aucun cas être rachetée par le donateur, et ce, pour éviter de vendre le bien à un prix inférieur au prix du marché.

Maintenant, nous allons voir en quoi la donation civiliste est incompatible avec les principes du droit musulman.

³⁷⁶ Ibn Qudama, *supra* note 235, chapitre de la donation et aumône, aux pp. 379 et s; al-Qarafi, *supra* note 237, 1994, chapitre de la donation et aumône, aux pp. 223 et s. Al-Kasani, *supra* note 241, livre de la donation; bin Idris al-Chafii, *supra* note 237, livre de la donation; Voir aussi, Sahih El Boukhâri, Tome II, Titre 51 : De la donation, en ligne : <<http://sahibboukhari2.free.fr/t2/51.htm>>.

³⁷⁷ Ibn Qudama, *supra* note 235, à la p. 379.

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ La majorité exige la livraison. Toutefois, Imam Malik et Abo Thawr voient que le contrat fait fois. Dans Ibn Qudama al-Maqdisi, *supra* note 235, à la p. 379.

2.8.3 Étude comparative

Des points communs existent dans la définition de « don » et « Hiba ». Il s'agit du transfert d'un bien (propriété) par un donateur à un donataire, sans contrepartie ou avantage pour le donateur. Par contre, la donation, selon le *C.c.Q.*,³⁸⁰ peut-être aussi rémunératoire ou avec charge

A priori, la notion de donation, selon le *C.c.Q.*, est plus large que celle du droit musulman étant donné que la donation, en droit musulman, ne peut être qu'à titre gratuit.

Le fait que cette notion soit restrictive en droit musulman ne doit pas laisser penser que la donation onéreuse est illicite, bien au contraire, c'est seulement la qualification juridique qui change. Ainsi, il ne s'agit plus d'une donation mais d'un contrat de vente en raison de l'existence d'une contrepartie. C'est-à-dire que le donataire espère recevoir une récompense ou une rémunération en échange du don.

Par ailleurs, il existe une autre divergence entre le *Code civil de Québec* et le droit musulman, qui est la révocation de la donation pour cause d'ingratitude. L'article 1836 du *C.c.Q.* démontre que toute donation entre vivants peut être révoquée pour cause d'ingratitude. En d'autres termes, le droit musulman stipule qu'aucune donation n'est révocable ni rachetable³⁸¹. Cette disposition est contraire aux règles du droit musulman qui régissent le contrat de la donation. Il n'est pas permis de demander la révocation de la donation pour n'importe quelle raison.

³⁸⁰ Art. 1810 du *C.c.Q.*

³⁸¹ L'Authentique de Bukhari, De la donation 2589; L'Authentique de Muslim, De la donation 1622 : At- Tarmidi, De la vente 1298; Anassai, De la donation 3695, 3699, 3701; Abo Daoud, De la vente 3538; Ibn Maja, Al Ahkam 2385.

2.8.4 Le Code civil est-il un contexte propice pour la donation?

Nous avons constaté que le Code civil donnait le choix aux banques de conclure des donations rémunérées ou non rémunérées. La notion de la donation, dans le cadre du *C.c.Q.*, est plus large que celle du droit musulman, elle peut être gratuite ou avec charge. De ce fait, elle ne contrarie pas la donation en droit musulman, qui ne peut être que gratuite.

Puisque la notion de donation d'après le *C.c.Q.* est plus large que celle du droit musulman, elle ne va pas à l'encontre de ce dernier, du fait qu'elle l'englobe. Il en va de même pour un ensemble et un membre de l'ensemble : en effet le membre de l'ensemble n'a pas d'influence sur l'ensemble.

Ainsi, la pratique des banques en matière de don, tout en s'inspirant des règles fondamentales du droit fiscal, est d'adopter le choix des donations gratuites afin d'alléger leur charge fiscale, étant donné que le don en droit fiscal exige que le donateur ne reçoive aucune contrepartie pour le don qu'il a fait pour les fins reconnues par la *Loi de l'impôt sur le revenu* : « À la suite du transfert d'un bien à un donataire reconnu, le donateur peut obtenir en contrepartie un reçu officiel donnant ouverture à une déduction s'il s'agit d'une corporation (art. 110.1 L.I.R.) », (Joseph Sirois, 2009). Donc nous voyons que le droit fiscal appuie le choix de la gratuité.

Enfin, à propos de la révocation, elle ne représente qu'une option qui s'offre au donateur mais cela n'implique pas qu'il est obligé de la mettre en application. De plus, le fait qu'il ne pratique pas celle-ci ne peut pas être considéré comme une transgression de la Loi. Par conséquent, si les banques islamiques peuvent se passer de la révocation, ils ne vont en aucun cas contredire le *C.c.Q.* et nous voyons dans cela une possibilité de cohabiter sans recourir à des modifications juridiques.

Conclusion

Ce mémoire a permis de présenter un phénomène insuffisamment connu au Canada. Il s'agit de la FI. Nous avons, dans un premier temps, introduit les racines lointaines de la FI et la nouvelle construction de la banque islamique, qui vient d'émerger comme un paradigme contemporain qui bannit la pratique de l'intérêt. Elle lui substitue un mécanisme qui lie le capital financier à l'industrie et au commerce, sans recourir à l'intérêt : (3P)³⁸². Nous avons par ailleurs présenté ses principes.

Puisqu'il s'agit d'une étude comparative, nous avons également exposé l'organisation du système bancaire canadien. Puis, nous avons mis en évidence les convergences existantes entre les principes de la FI et leurs équivalents en droit canadien. Cette confrontation nous a permis de ressurgir les doutes sur l'incompatibilité de cette manœuvre avec l'ordre public substantiel canadien. En particulier l'interdiction de l'intérêt, de la spéculation et de l'incertitude. Cela dit, les fondements de la FI sont vus comme des principes directement puisés dans un système religieux. Sur ce point P. Affaki souligne que

« La Charia'a est vue comme étant à la fois droit et religion, composée de normes juridiques et de normes morales. Un débat plus serein aurait permis de différencier les règles de la Charia'a relatives aux ibadat (rituels religieux) de celles relatives aux mou'amalat (transactions). La finance islamique ne fait appel qu'aux dernières³⁸³ ».

Cette recherche illustre qu'une partie importante des Canadiens de confession musulmane sont confrontés, dans leur quête pour satisfaire leurs besoins économiques et sociaux (acquisition de logement, de voiture, lancement d'une affaire...), à une certaine contradiction avec leurs croyances religieuses (ordre normatif non étatique) incarnée par les réalités du système financier et bancaire en

³⁸² Le principe du partage des profits et des pertes.

³⁸³ Affaki, *supra* note 35, à la p. 147.

place (ordre normatif étatique). Un Canadien de confession musulmane désireux d'acquérir une propriété ou de se lancer en affaires aura le choix entre faire abstraction de ses principes et valeurs, et ainsi contracter l'emprunt bancaire conventionnel, (portant intérêt) ou abandonner ses projets pour rester en conformité avec lesdits principes et valeurs. Cette dernière situation aboutira à une perte considérable en valeur ajoutée économique et en bien être social pour la société canadienne. Certes, il existe toujours un certain nombre d'institutions financières qui offrent des services compatibles avec les normes de la FI au Québec et en Ontario. Mais, il reste que leurs moyens limités ne suffisent pas pour satisfaire la demande grandissante³⁸⁴. Ainsi, plusieurs questions peuvent se poser sur leur respect à la fois du droit canadien et les principes de la FI. Surtout qu'une étude faite par l'AMJA³⁸⁵, dans un contexte nord-américain, démontre l'incompatibilité des produits proposés par certaines IFI avec les principes de la FI³⁸⁶.

Par ailleurs, nous avons constaté que la finance islamique propose d'autres produits qui apparaissent comme une alternative aux produits financiers. Des produits qui cohabitent harmonieusement avec les produits conventionnels dans plusieurs pays.

Dans un deuxième temps, notre objectif était de vérifier la problématique suivante : la compatibilité de la finance islamique avec le paysage financier canadien, au regard du C.c.Q.? Pour cela, nous avons posé deux questions fondamentales. La première est de savoir si les produits financiers conventionnels constituent un obstacle pour les Canadiens de confession musulmane?. La deuxième était de savoir identifier si les produits islamiques sont compatibles avec les dispositions du Code civil de Québec? Nous avons constaté que la pratique bancaire constitue un obstacle pour les Canadiens de confession musulmane en ce qui concerne six contrats sur huit, à

³⁸⁴ Qurtuba à Montréal et UM Financial Group à Toronto.

³⁸⁵ Assembly of Muslim Jurists in America.

³⁸⁶ Saleh albaqmi, « les institutions financières islamiques en Amérique du nord : étude et évaluation », en ligne <<http://www.amjaonline.com/>>.

savoir : la vente avec faculté de rachat, l'affacturage, la vente à tempérament, le crédit-bail, le prêt et le dépôt bancaire.

En revanche, le C.c.Q constitue un contexte propice pour les banques islamiques et les fenêtres islamiques des banques conventionnelles en ce qui concerne quatre contrats sur huit: la vente avec faculté de rachat, le cautionnement, la donation et l'affacturage. Deux autres : le crédit-bail et la vente à tempérament sont formellement compatibles mise à part quelques clauses secondaires qui doivent être aménagées (Ou accordé un régime spécial pour les contrats de la FI). Par contre, le contrat de prêt et le dépôt bancaire sont incompatibles avec les exigences islamiques. La variation des résultats énoncés ci-dessus justifie notre choix d'une étude comparative à deux niveaux.

Ce mémoire présente un certain nombre de faiblesses. Parmi les faiblesses les plus évidentes apparaît l'aspect critique envers la pratique des institutions financières islamiques. Cela dit, notre recherche se penche essentiellement sur la théorie financière islamique. Toutefois, nous pouvons relever quelques remarques sur la pratique bancaire islamique.

En effet, un auteur dévoile l'incohérence entre la théorie financière islamique et la pratique des Institutions Financières Islamiques (IFI). Selon lui, la majeure partie des juristes islamiques prône l'utilisation de produits basés sur le principe des 3P. Or, ces produits ne représentent qu'une proportion restreinte des activités des IFI³⁸⁷.

Un autre auteur a conclu que la concurrence pousse les IFI à adapter, en permanence à la hausse, le taux de profit qu'elles paient sur les dépôts au taux d'intérêt accordés par leurs concurrentes³⁸⁸. Ceci rend l'attitude des banques islamiques similaire à celle des banques conventionnelles, car les IFI sont contraintes de se comporter de la même manière que les institutions financières conventionnelles pour survivre dans un

³⁸⁷ Cherif, *supra* note 105, à la p. 92.

³⁸⁸ André, *supra* note 100, à la p.100.

marché concurrentiel où les clients ont un comportement largement classique de choix de portefeuille³⁸⁹. Les IFI s'éloignent des principes de base d'équité. À cet égard, Andres Martens motionne que :

« La FI souffre, à l'heure actuelle, dans son effort d'expansion, des mêmes maux qu'ont connus toutes les formes d'organisation économique qu'on a essayé de mettre en place, dans l'histoire, et qui étaient fondées sur des théories économiques, le plus souvent généreuses, mais dont les principes, essentiellement normatifs, faisaient peu de cas de la réalité de tous les jours. Ce furent le christianisme social de Ludlow, en Grande-Bretagne au XIXe siècle, le socialisme utopique ou idéaliste de Proudhon, en France à la même époque, et plus récemment au Québec, l'économie sociale dont, à ma connaissance, on n'entend plus parler depuis la résorption du déficit de l'état »³⁹⁰.

En ce qui concerne la théorie financière islamique, on a constaté un manque d'harmonisation juridique et de standardisation bancaire et comptable. On considère comme positive la divergence d'opinions dans la compréhension de la Loi islamique. Celle-ci conduit à une variété d'applications et est ainsi appelée à enrichir l'expérience des banques islamiques et à ouvrir la voie de son adaptation dans différents contextes³⁹¹. Mais cela peut s'avérer négatif par l'existence d'une pluralité dans un seul et même contexte.

On a remarqué aussi la problématique de l'indépendance de Sharia Board, voire même son utilité dans un contexte où les produits financiers islamiques peuvent prendre la forme d'un contrat nommé. Un auteur pose une question importante là-dessus : Est-il possible de déléguer l'entière responsabilité du contrôle à une entité qu'est entièrement rémunérée par les contrôlés?³⁹².

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ *Ibid.*, à la p. 22.

³⁹¹ Jamal al-Din Attia, *supra* note 24.

³⁹² Cherif, *supra* note 105, à la p. 92.

Reste à répondre à plusieurs interrogations que les chercheurs qui s'intéressent à ce domaine pourront approfondir en tentant notamment d'apporter des réponses à un nombre de questions dont, en particulier :

En quoi l'implantation d'une section islamique au sein de la finance canadienne pourrait contribuer au développement économique de la société canadienne? Et dans quelle mesure les contrats nommés ou leur pratique bancaire peuvent être considérés comme entraînant une discrimination indirecte pour les Canadiens de confession musulmane? Enfin, la réception de la FI prendrait-elle la forme d'un contrat nommé du C.c.Q ou bien le droit canadien l'adopterait sans en dénaturer ces fondements ?

BIBLIOGRAPHIE

1. LÉGISLATION

1.1. Lois

Charte canadienne des droits et libertés, art.7, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11.

Charte des droits et libertés de la personne, LRQ c. C-12.

Code civil du Québec, L.Q 1991, c. 64.

Code criminel, LRC 1985, ch. C-46.

Loi sur les banques, LC 1991, c 46.

Loi sur la Banque du Canada, LRC 1985, ch. B-2.

Loi sur l'intérêt, LRC 1985, c I-15.

Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières, LRC 1985, ch. 18 (3^e suppl.)

Loi sur l'Agence de la consommation en matière financière du Canada, L.C 2001, ch. 9.

1.2. Règlements

Règlement sur les entités s'occupant de crédit bail, DORS/2001-389.

Règlement sur la communication de l'intérêt (banques étrangères autorisées), DORS/99-272.

Règlement sur la communication de l'intérêt (banques), DORS/92-321.

Règlement sur le coût d'emprunt (banques étrangères autorisées), DORS/2002-262.

Règlement sur le coût d'emprunt (banques), DORS/2001-101.

Gazette du Canada, Avis et règlements projetés, vol.144, n 36, 2010, en ligne :

<<http://canadagazette.gc.ca/rp-pr/pl/2010/2010-09-04/html/misc-divers-fra.html>>.

2. JURISPRUDENCE

2.1. Jurisprudence du Canada

Booth Ltd. C. McClean, [1927] R.C.S. 243.

Bruker c. Marcovitz, 2007 CSC 54 (*CanLII*), 2007-12-14.

Central Computer Services Ltd. V. T.D. Bank (1979), D.L.R (3d) 88 (Man. C.A.), at 89.

Dépanneur Kildare Enr. C. Elge Financialease Inc., J.E. 98-2085 (C.A.).

Développement Centrale Ville de l'Isle c. Leibovitch, [1967] R.C.S. 603.

Drouin c. Surplec Inc., 2004 *CanLII* 20120 (*QC C.A.*), 2004-04-16.

Dubord c. SMRQ [1998] R.D.F.Q. 251 (C. Q. - Chambre civile).

Elge financialease Inc. C. Marché Montcalm Enr., [1993] R.J.Q. 1233 (C.Q.).

Foresterie R.Berneir (Proposition de), REJB 2003-42807 (C.S.).

Industrial Acceptance Corp. C. Marmette, [1957] B.R. 681.

In re Ross : Hutchinson c. Royal Institution for the Advancement of Learning, [1931] 50 B.R. 107.

Lacharité Apperel (1989) Inc. C. GMAC Commercial Crédit Corporation-Canada / Société de crédit commercial GMAC-Canada, J.E 2000-1912, REJB 2000-20459 (C.S.Q.).

Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, [2006] 1 R.C.S. 256.

Poirie c. Poirier (Succession de), 2008 *QCCS* 1908 (*CanLII*), 2008-05-13.

R. c. Big M. Drug Mart [1985] 1 R.C.S. 295.

Reference Re Alberta Statutes - The Bank Taxation Act.

Sabourin c. Périard, [1947] B.R. 34; *Pesant c. Pesant*, [1934] R.C.S. 249;

Salvas c. Vassal, (1896) 27 R.C.S. 68.

Syndicat Northcrest c. Amselem, [2004] 2 R.C.S. 551.

Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole), [1989] 1 R.C.S. 880.

United Dom. Trust Ltd. V. Kirkwood [1966] 1 All E.R. 968 (C.A), at 979.

The Credit of Alberta Regulation Act; and the Accurate News and Information Act, [1938] S.C.R. 100.

2.2. Jurisprudence du Royaume-Unis

Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd, (CA (Civ Div)) Court of Appeal (Civil Division) 28 January 2004.

2.3. Jurisprudence islamique

OCI, Décision 12 (2/12)/ AIF de l'académie du 28 décembre 1985 relatives au cautionnement, [1985], Magazine de l'académie, N2, Ch2, a la p. 1035.

OCI, Décision 44 (6/5)/ AIF de l'académie du 15 décembre 1988 relative au crédit bail [1988], Magazine de l'académie, n. 5, c.4, p. 259.

OCI, Décision 51 (6/2)/ AIF de l'académie du 14 Mars 1990 relatives à la vente a tempérament, [1990], Magazine de l'académie, n.6, c.1, p. 193 et n. 7, c.2, p.9. point1. 2. 3et5. 6.

OCI, Décision 64 (7/2)/ AIF de l'académie du 9 juin 1992 relatives à la vente a tempérament, [1992], Magazine de l'académie, n.6, c.1, p. 193 et n. 7, c.2, p.9. point1.

OCI, Décision (9/3) 86/ AIF de l'académie du 6 Avril 1995 relative aux dépôts bancaires (les comptes bancaires) [1998], Magazine de l'académie, n.9, c.65, p.667.

OCI, Décision 101 (4/11)/ AIF de l'académie du 19 Novembre 1998 relative a la vente de titres de créance, le prêt et les alternatives islamiques dans le domaine public et privé [1998], Magazine de l'académie, n.11, c.1, p.53.

OCI, Décision 110 (4/12)/ AIF de l'académie du 28 Septembre 2000 relative au crédit bail [2000], Magazine de l'académie, n.12, c.1, p. 312.

OCI, Décision 133 (14/7)/ AIF de l'académie du 11 Janvier 2003 relatives au retard de paiement dans les IFI, [2003], Magazine de l'académie.

OCI, Décision 158 (17/7)/ AIF de l'académie du 28 juin 2006 relatives à la vente de créance, [2006], Magazine de l'académie. Voir aussi, la décision 139 (15/5) et la décision 101 (11/4).

OCI de la Ligue islamique mondiale (LIM), Décision 1/ AIF de l'académie du 29 novembre 2004 relatives à la vente de créance, [2004]. En linge : <<http://islamtoday.net/nawafeth/artshow-32-4620.htm>>.

Déclaration finale, quatrième session du Conseil Européen de Fatwa, Dublin, 2000.

Déclaration finale, premier Congrès, Conférence de l'association des spécialistes de la Charia' a en Amérique du nord, Detroit, 2000.

Permanent Fatwa comite, Fatwa n 7/ 22/4/1392.

3. DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX

Canada, SHCL, Report to Canada montgage and housing corporation : Islamic Housing Finance in Canada by Gowling Lafleur Henderson LLP, Publications et rapports, 2010.

Gazette du Canada, Avis et règlements projetés, vol.144, n 36, 2010, en ligne : <<http://canadagazette.gc.ca/rp-pr/p1/2010/2010-09-04/html/misc-divers-fra.html>>.

Manitoba, Centre de services aux entreprises Canada, *Entreprises Canada, Le cautionnement*, 2009.

Québec, Ministère des Finances, *Le Système financier canadien*, Publications et rapports, 2008.

Statistique Canada, *Projections de la population des groupes de minorités visibles*, Canada, provinces et régions, 2001-2017, aux pp. 69-61.

4. DOCUMENTATION INTERNATIONALE

4.1. Traités

Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international (Ottawa, 28 mai 1988). En ligne : <<http://www.unidroit.org/french/conventions/1988factoring/1988factoring-f.htm>>

5. DOCTRINE

5.1. Périodiques

Abo farha Mohamed, «le dépôt bancaire : étude juridique et économique», en ligne : <http://badlah.com/page-76.html>.

Attia Jamal al-Din, «Vers une compréhension du système bancaire islamique », (2000), encyclopédie islamique, en ligne : <<http://www.balagh.com/mosoa/eqtsad/24015nao.htm>>.

Burrows John, « Les traditions juridiques autochtones au Canada», (2006), en ligne : <http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/collection_2008/lcc-cdc/JL2-66-2006F.pdf>.

Cado Rachel et Kouradine Samir, « La finance islamique : une alternative financière et durable pour les territoires », (2009), Kosset finance et Global Secure Finance, à la p. 4.

El Qorchi Mohammed, « La finance islamique est en marche», (2005), Finances&développement.

Hammond Christophe, « Riba et finance islamique : itinéraire d'un idéal utile», en ligne : <<http://ribh.files.wordpress.com/2007/12/riba-et-finance-islamique-itineraire-dun-ideal-utile.pdf>>.

Hendaz Mohamed « Retour aux sources de l'islam sur l'interdiction de l'usure et des intérêts», (2009), ACERFI, en ligne : <<http://www.acerfi.org/user>>

[res/fichiers/interdiction_riba_sources.pdf](#)>.

Hassoune Anouar et Damak Mohamed, «Les habits neufs de la finance islamique», (2007), Paris, Standard & Poor's.

Mohamed Hessin Yakob, «La theorie de Prêt dans la Chari'a islamique», en ligne : <http://www.yaqob.com/web2/index.php/maqalat/maqal/74>>: نظرية القرض في الشريعة . محمد حسين يعقوب, الإسلامية

Kawther Kamal Ali, « Le Riba vu l' Islam : Etude comparative », université al-Azhar, en ligne : <http://www.badlah.com/page-1135.html> / (بحث مقارن) الربا في نظر الإسلام. كوثر كامل علي

Quorri Mohamed, en ligne : <http://www.badlah.com/page-90.html>>.

Clause abusive en matière de crédit bail, Volume un Numéro dix-huit Mars 1998 - Avril 1998, en ligne : <http://www.bernierbeaudry.com/DocUser/Final/Mod/ABO99737/Site103062/Blocks/Block1004963! !vol1-num18.pdf>>.

Organisation de coopération et de développement économiques, *Principaux indicateurs économiques : Sources et définitions 2000*, (2000), OCDE.

Said bin Saad Almrtn : Rapport des institutions appliquées à l'économie islamique, fenêtres islamiques des banques, à la p.8, en ligne : <http://www.kantakji.com/>>.

5.2. Monographies

5.2.1. Droit bancaire

Bauwens, Jean Valentin et Walhin François, *La titrisation du risque d'assurance*, Bruxelles, Éditions Lancier, 2008.

Bonneau Thierry, *Droit bancaire*, Paris, Montchrestien, 2009.

Deschamps Michel, *Droit bancaire [recueil de cours]*, Faculté de droit, université de Montréal, 2004.

Dumas Benjamin, *La monnaie et les banques dans l'économie*, Educa vision, 2005.

Gavalda Christian et Stoufflet Jean, *Droit de la banque*, 1er Ed, Paris, Presses universitaires de France, 1974.

Granier Thierry et Jaffeux Corynne, *La titrisation : aspects juridique et financier*, Paris, Ed. Economisa, 1997.

H Ogilvie Margaret, *Banking: the law in Canada*, Agincourt, Carswell, 1985.

H Ogilvie Margaret, *Canadian Banking Law*, 2nd ed., Scarborough, Carswell, 1998.

Ian F.G. Baxter, *The law of banking*, 3rd Ed., Toronto, Carswell, 1981.

L'Heureux Nicole, Fortin Édith et Lacoursière Marc, *Droit bancaire*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Balais, 2004.

Neau-Leduc Philippe, *Droit bancaire*, 4e éd, Paris, Dalloz, 2010.

Neuville Sébastien, *Droit de la banque et des marchés financiers*, Presses universitaires de France, 2005.

Nicholls Christopher C., *Financial institutions the regulatory framework*, LexisNexis Canada, 2008.

Vanderlinden Jacques, *le pluralisme juridique : Essai de synthèse*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1972.

5.2.2. Finance islamique

A. El-Gamal Mahmoud, *Islamic finance: law, economics, and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Archer Simon and Rifaat A. Abdel Karim, *Islamic Finance: The Regulatory Challenge*, Asia, John Wiley & Sons, 2007.

Askari Hossein, Iqbal Zamir and Mirakhor Abbas, *New Issues in Islamic Finance and Economics : Progress and Challenges*, Asia, John Wiley & Sons, 2009.

Assawi Salah, *Réflexion sur la légalisation du prêt à intérêt pour financer l'achat de logements dans les sociétés occidentales*, Dar Al Andalous al kgadraa, Djedda, 2000.

Geneviève Causse, *La finance islamique*, Paris, Revue Banque, 2009.

Homoud Sami Hassan, *Islamic banking*, London, Univesity Press Cambridge, 1985.

Homoud Sami Hassan, *Islamic banking: the adaptation Islamic law*, London, Arabian Information, 1985.

Jouini Elyés, Pastré Olivier, *La finance islamique - Une solution à la crise ?*, Paris, Économica, 2009.

Karich Imane, *Le système financier islamique : de la Religion à la Banque*, Bruxelles. Édition Larcier, 2002.

Martens André, *La finance islamique : fondements, théorie et réalité*, Montréal : Université de Montréal, Centre de recherche et développement en économie, 2001.

Rodney Wilson, *Islamic financial markets*, London, Routledge, 1990.

Zamir Iqbal and Mirathor Abbas, *An introduction to Islamic Finance Theory and Practice*, Asia, John Wiley & Sons, 2009.

5.2.3. Les contrats nommés, C.c.Q.

Ancel Pascal, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, paris, Dalloz, 1989.

Aynès Laurent, *Le cautionnement*, Paris, Dalloz, 1991.

Bauwens Valentin, Walhin Jean-François, *La titrisation du risque d'assurance*, Bruxelles, Éditions Lancier, 2008.

Bouteiller Patrice, *Le cautionnement : aspects généraux et pratiques bancaires*, Paris, les Éditions de l'épargne, 1986.

Brière Germain, *Donations, substitutions et fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988.

Cavin Pierre, *Vente, échange, donation*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg, 1978.

Charlotte Lavoie, *Le financement par crédit-bail ses avantages*, Québec, Revue juridique des étudiants et étudiantes de l'Université Laval, 1993.

Cerles Alain, *Le cautionnement et la banque*, 2e éd., Paris, RB Édition, 2008.

- Ciotola Pierre, *De la donation*, 2^{ème} éd, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2006.
- Colle Philippe, *la prévention de la défaillance de paiement : actes du 2^e congrès Sanguinetti*, Bruxelles, Éditions Lancier, 2000.
- Deschanel Jean-Pierre et Lemoine Laurent, *L'affacturage*, Paris, Presses universitaires de France, 1993.
- Deslauriers Jacques, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.
- Freddy R. Salinger, foreword & Roy Goode, *Factoring law and practice*, London, Sweet & Maxwell, 1991.
- Gavalda Christian et Stoufflet Jean, *Droit de la banque*, 1^{er} Ed, Paris, Presses universitaires de France, 1974.
- Grenon Aline, Le crédit-bail et la vente à tempérament dans le Code civil du Québec, (1994) 25 *R.G.D.* 217-234.
- Hawkins David, *The business of factoring a guide to factoring and invoice discounting*, Montreal, Montreal Mcgraw-Hill, 1993.
- Hull John, Godlewski Christophe & Merli Maxime, *Gestion des risques et institutions financières*, Paris, 2^e éd., Paris, Éditions Pearson éducation, 2007.
- Jobin Pierre-Gabriel et Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Le louage*, Cowansville, Éditions Y. Blais, 1996.
- Jobin Pierre-Gabriel et Cumyn Michelle, *La vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.
- Joseph Vankerckhove et Coeckelberghs Pierre, *Le louage de choses*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2000.
- Lamontagne Denys-Claude, *Droit de la vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.
- Larochelle Bernard, *Louage immobilier non résidentiel*, Montréal, Chambre des Notaires du Québec, 2007.

L'Heureux Nicole, *Droit de la consommation*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Balais, 1994.

Marcoux Michelle, *Organisation & activités comptables*, 2e éd., Bréal, Rosny, 2003.

Malaurie Philippe, Laurent Aynès, *Cours de droit civil. Tome VIII, Les contrats spéciaux : civils et commerciaux*, Paris, Éditions Cujas, 2001.

Pascal Philipposian, *Le crédit-bail et le leasing outils de financements locatifs*, Montréal, Société éducative financière internationale, 1998.

Pissoort William and Saerens Patrick, *Initiation du droit commercial international*, 1^{er} éd., Bruxelles, Éditions De Boeck université, 2004.

Revers-Cadoret M., *Le factoring une nouvelle méthode de crédit*, Paris, Pais Dunod, 1969.

Selby F. Ralph, *Leasing in Canada : a business guide*, 3rd ed., Toronto, Butterworths, 1999.

Thérèse Rousseau-Houle, *Précis du droit de la vente et du louage*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1978.

Thérèse Rousseau-Houle, « contrats nommés : note de cours, vente », (1977-78) Rec. Des Cours, université de Laval.

Vincent Olivier, *Gestion des débiteurs : Ou l'art de se faire payer*, Éditions de CCI SA, Belgique, 2009.

5.2.4. Les contrats connus (nommés), *Fiqh* des transactions financières islamique.

Abdullah bin Mahmud al Mosuli al Hanafi, *Al Ikhtiyar litaalil Almokhtar*, Cairo, Dar Alkhair, 1998, à la p. 319 (الاختيار لتعليق المختار عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي).

Abu al-Hasan Ali Ibn Muhammad Ibn Habib al- Mawardi, *Al-Hawi al-Kabir fi Fiqh Madhhab al-Imam al-Shafi*, Dar al-Kotob al-Ilmiyah, livre de la vente, chapitre Riba.

Abu al-Walid Muhammad Ibn Ahmad Ibn Rushd , *Bidayat al-Mujtahid wa Kifayat al-Muqtasid*, Charh asamarqandi, Le caire, 1907, , (2/108). (جَعَلَ لِلزَّمان) : المذهب المالكي : مقدار من الثمن (بداية المجتهد 2 / 108

المذهب الشافعي : (الخمسة نقداً تساوي ستة نسيئة) الوجيز للغزالي 1 / 85 Abû Hâmid Al-Ghazâlî

Achadli Hassan Ali, *Theorie de la condition dans la jurisprudence islamique*, Dal Al Kitab Aljamiai, Le caire.

Ala Uddin Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i* , Dar Al Kitab Al Arabi, Beirut 1982 , (5/187) .

المذهب الحنفي : (الثمن قد يزداد لمكان الأجل) بدائع الصنائع 5 / 187

Al-Mawardi Al-Basri, *Al Hawi Al Kabir fi Fiqh Madhab Al Imam Al Shafi*, Damas, Dar al-Kotob al-Ilmiyah, 1999, chapitre. Du cautionnement;

Almisri Rafik Younes, (*bai bi-takssit*) *analyse économique et jurisprudentielle*, 2^e, damas, Dar Alkalam, 1997.

Al-Kasani, Abu Bakr Ibn Masud, *Badai' al-Sana'i Fi Tartib al-Sharai'*, 2^{eme} éd., Cairo, Dar al- Kutub al-'Ilmiyyah, 1986 (بدائع الصنائع للكساني);

Al-Qurtubî, al-Jâmi' li ahkâm al-Qur'ân, Le Caire : Dâr al-hadîth, 1994, vol. 3, p. 364.

http://www.acerfi.org/user-res/fichiers/interdiction_riba_sources.pdf.

Ibn Qudama al-Maqdisi, *Al-mughnî*, 1^{er}., Beirut, Dar Ihya al-Turath al-Arabi, 1985, à la p. 215 (المغنى لأبن قدامة).

المذهب الحنبلي : (الأجل يأخذ قسطاً من الثمن) فتاوى ابن تيمية 29 / 499.. Fatawa Ibn Taymiya.

Ibn Rochd, *Bidayat al Mujtahid* 4/ 1339.

Issa Abdo, *Les contrats qui régissent les transactions financières contemporaines*, Riyad, 1977, Librairie de l'économie islamique.

Mansour Ibn Youness Al-Bahouti, *Kachaf alqinaa ala Matn Allqnaa*, Dar Alfikr, 1982.

Mohamed ibn mohamed ibn abderrahman el hattab, *Mawahib al Jaleel fi Sharh Mukhtasar Khalil*, 3e éd., Damas, Dar alfikr.

Mohammed Fawzi Faidallah, *la théorie de Daman dans le Fiqh musulman*, Dar Touret, Koweït, à la p.14.

Muhammad bin Idris al-Chafii, *Al-Umm*, Damas, Dar almaarifa, 1990 , livre de Rahn Asaghir et livre de Rahn alkabir (الأم للشافعي).

Muhammad ibn Ahmad ibn Abi Sahl al-Sarakhsi ,*Al Mabsot*, Damas, Dar El Maarifa, Livre de Rahn (المبسوط للسرخسي).

Mustafa Ahmad Al-Zarqa, *Al-Madkhal Al-Fiqhi Al-'Am*, Dar Al Qalam, Beyrouth, 1998, vol 1.

Mustafa Ahmad Al-Zarqa, 1 éd., *Les contrats nommés dans la jurisprudence islamique : contrat de la vente*, Dar Al Qalam, Beyrouth, 1999.

Nazili Hamad "Lexique terminologique des concepts économiques dans le langage des juristes" en arabe. L'Institut Supérieur de la Pensée Islamique, 1401 H-1981 C, Virginia.

Salah Assawi, *Réflexion sur la légalisation du prêt à intérêt pour financer l'achat de logements dans les sociétés occidentales*, Dar Al Andalous al kgadraa, Jedda, 2000.

Sarkhassi et Mohamed Ibn abi Sahl, *al-Mabsout*, Beirut, Dar Al-Marifa, Beirut, 1986.

Shihab al-Din al-Qarafi, *Al-dhakhirah* (The Stored Treasure), Dar Al-Gharb Al-Islami, 1994, à la p. 75 (الذخيرة شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي).

Salous Ali Ahmed, *Encyclopédie des affaires liées à la jurisprudence contemporaine et de l'économie*, Bayrūt, Mu'ssasat al-Ryyan, 2005.

Soulayman ben Turki Alturki, *les règles de bai bi-takssit*, Dar Ichbilia, Arabie Soudite. <<http://catalog.library.ksu.edu.sa/digital/420867.html>>.

5.3. Articles publiés dans des ouvrages collectifs

Agbodan Mavor Michel dir., *Les facteurs de performance de l'entreprise*, John Libbey, 1996, 125, aux pp. 125 et s.

Bentaibi Moncef «Al Baî bi-takssit ou la vente à tempérament pratiquée par les banques islamiques» dans Introduction aux techniques islamiques de financement, IIRF- BID, Djeddah, Arabie Saoudite.

El Habib Tijkani Mohamed «Législation des ventes» dans Boualem Bendjilali dir., *Les Sciences de la Charia' a pour les Economistes*, IIRF- BID, Djeddah, Arabie Saoudite (2001), 147.

El-Kettani Omar «Al Wakala (le Mandant), le Cautionnement et la Jouala» dans Boualem Bendjilali dir., *Les Sciences de la Chari'a pour les Economistes*, IIRFBID, Djeddah, Arabie Soudite , 2001, 226.

El-Kettani Omar «L'endettement dans la législation musulmane» dans Boualem Bendjilali dir., *Les Sciences de la Charia' a pour les Economistes*, IIRF- BID, Djeddah, Arabie Saoudite , 2001, 226.

Fazlur Rahman, « Riba and Interest », dans M.Kabir Hassan and Mervyn K.Lewis dir., *Islamic Finance*, Cheltenham, 2007, 22.

Kabir Younes Mohamed, « Le contrat en législation islamique ses fondements et ses conditions» dans Sciences de la Chari'a pour les Economistes, (IIRF de BID), (2001), Djeddah, Arabie Saoudite.

Le Roy Etienne, Dir., *Le pluralisme juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité*, Paris, Editions Karthala, 2003, à la p. 10.

Lewis. K , Han dir., *Handbook of Islamic Banking*, Edward Elgar, 2007, 49.

Lewis. K Mervyn, «Comparing Islamic and Chritian attitudes to usury», dans M.Kabir Hassan and Mervyn K.Lewis, Han dir., *Handbook of Islamic Banking*, Edward Elgar, 2007, 64.

Mabid Ali Al-Jarhi Et Munawar Iqbal « Banques islamiques : Réponses à des questions fréquemment posées» (2002), IIRF- BID, Djeddah, Arabie Saoudite (2002), 147, à la p. 25.

Mohameden O/ Sidi Mohamed « La Mourabaha comme mode d'intervention dans les banques islamiques» dans *Introduction aux techniques islamiques de financement*, IIRF- BID, Djeddah, Arabie Soudite.

M. Kabir Hassan and Mervyn K.Lewis, « Islamic banking: an introduction and overview», dans M.Kabir Hassan and Mervyn K.Lewis dir., *Islamic Finance*, Cheltenham, 2007, 1.

Mirakhor Abbas and Iqbal Zaidi, «Profit and loss sharing contracts in Islamic finance», dans M.Kabir Hassan and Mervyn K.Lewis, Han dir., *Handbook of Islamic Banking*, Edward Elgar, 2007, 49, à la p. 49.

M Umer Chapra et Tariqullah Khan, « Réglementation et contrôle des banques islamiques », IIRF- BID, Djeddah, Arabie Saoudite (2001), aux pp.18-19. Etude Spéciale No.3.

Ridha Saadallah, « Le financement islamique: Concept et principes généraux », dans Introduction aux techniques islamiques de financement, IIRF- BID, Djeddah, Arabie Saoudite, 123.

S.Ordody de Ordod, « Le principe du partage des profits et pertes et la fonction transactionnelle de la monnaie (tontines et modèle financier islamique) » dans Mavor Michel Agbodan Mavor dir., *Les Facteurs De Performance De L'ENTREPRISE*, John Libbey, 1996, 125.

Talpis A. Jeffrey, « L'accommodement raisonnable en droit international privé Québécois », dans Jean-François Gaudreault-DesBiens (dir.), *Le droit, la religion et le 'raisonnable'*, Montréal, *Montréal, Editions Thémis*, 2009, aux pp. 343 et s.

Trudeau, Gilles, « L'obligation d'accommodement en milieu de travail : évolution ou révolution? », dans Jean-François Gaudreault-DesBiens (dir.), *Le droit, la religion et le 'raisonnable'*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, aux pp. 205 et s.

Woehrling José, « Quelle place pour la religion dans les institutions publiques? » dans Jean-François Gaudreault-DesBiens (dir.), *Le droit, la religion et le 'raisonnable'*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, à la p.120.

5.4. Dictionnaires

Dictionnaire du droit privé de serge braudo

Dictionnaire de la langue arabe à la p. 501.

5.6. Documents historiques légaux

Coran, Traduction en langue Française, Riwaya Hafs, Complexe Roi Fahd pour l'impression du Noble Coran, Arabie Saoudite, 2006.

Abo Daoud, De la vente 3538.

Al askalani Ibn Hajar.

Al-Hakim, al-Mustadrak.

At- Tarmidi, De la vente 1298.

An-Nassa'i, *Sunnan an-Nissa'i*, Maktab almotboat AlIslamia.

Exode (chapitre 22, verset 25)

Mālik ibn Anas al-Asbahi, *Al-Muwatta*, j 2.

Muslim al-Quchayri, *Sahih Muslim, Caire*, Dar Ihya al Kotob Al Arabia.

Ibn Maja, *sunan Ibn Maja*, Al maktaba Al-Ilmiyah.

Ibn Hajar al-Asqalani, *Fath ul-Bari fi Sharh Sahih al-Bukhari*, Dar Al Rayyan, 1986.

Ibn Hajar al-Asqalani, *Fath ul-Bari fi Sharh Sahih al-Bukhari*, Dar Al Rayyan, 1986.

فتح الباري شرح صحيح البخاري ابن حجر العسقلاني

5.7. Thèses et dissertations

Azri Achraf, *Le système financier islamique*, mémoire de Maîtrise en Finance, Faculté des Sciences Économique et de Gestion de Sfax, en ligne : http://www.memoireonline.com/12/09/2975/m_Le-systeme-financier-islamique2.html.

Cherif Karim, 2008, *la finance islamique : Analyse des produits financiers islamiques*, Travail de Bachelor en finance, HEG Genève, 2001, à la p.39.

Lachemi Siagh, *Le fonctionnement des organisations dans les milieux de culture intense, le cas des banques islamiques*, Thèse de doctorat en administration, HEC Université de Montréal, 2001, à la p.39.

Mohamed Y.A Alhaj M, *Crédit bail : des pratiques contemporaines au contrat de location dans la jurisprudence islamique*, Thèse de master en fiqh et législation, Université de Nabluse, 2003, aux pp. 129-138.

Mohd-Karim, Muhammad, Syahmi, *Comptes de dépôt de participation aux bénéfices dans le secteur bancaire islamique : Analyse des perceptions et des attitudes des déposants Malaisie*, Thèse présentée comme exigence partielle du Doctorat en philosophie, Université de Durham, 2010.

Sophia Netzer Mariam, *Riba in islamic jurisprudenc : the role of 'Interest' in discourse on law and state*, Master of Arts in Law and Diplomacy Thesis, The Flecher School, 2004, [non publiée].

Malika Amri, *Les spécificités des contrats de financement dans les banques islamiques*, mémoire de Master 2 en Droit international et comparé, Université Toulouse, 2009.

Marazzato Pierre, *L'affacture international et la convention d'Ottawa*, Mémoire de DESS «Banques & Finances» Université René Descartes (Paris V), 1998.

Mohd-Karim, Muhammad Syahmi, *Comptes de dépôt de participation aux bénéfices dans le secteur bancaire islamique : Analyse des perceptions et des attitudes des déposants Malaisie*, Thèse présentée comme exigence partielle du Doctorat en philosophie, Université de Durham, 2010.

5.8. Revues

Affaki Georges, « L'accueil de la finance islamique en droit français: Essai sur le transfert d'un système normatif », *Finance islamique.indd*, (2008), aux pp. 164-167.

Anas Elmelki, «Le Principe De Partage Des Profits Ou Des Pertes Dans Le Cadre Des Banques Islamiques : Illustration Modélisée Des Contrats De Financement Participatifs Moudaraba Et Moucharaka», *Global Journal of Management and Business Research* Volume 11, (2011/11), à la p. 4.

Capiez Alain, « Évaluation du crédit-bail : vers une approche unifiée du risque », *Revue française de gestion*, no 139, (2002/3), p. 73-89.

Châtelain Jean-Bernard et Teurlai Jean-Christophe, « Le recours au crédit-bail permet-il d'identifier des entreprises à l'origine du canal du crédit ? », *Revue économique*, Vol. 54, (2003/4), p. 811-833., à la P. 813.

Chucri Joseph Serhal « L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique », *Banque & Droit*, (2009), à la p. 6.

Djaraouane Karim et Chucri J.Serhal, « La désignation de la loi applicable dans les contrats de financement islamique », N°2, *RDAI/IBLJ*, (2009), à la p. 117.

Frédéric Lobe et Jean-Christophe Statnik, « Une décision de crédit-bail peut aussi être un bon signal », *Revue économique*, Vol. 58, (2007/4), p. 941-951. DOI : 10.3917/reco.584.094, aux pp. 941 et 942.

Grenon Aline, «Le crédit-bail et la vente à tempérament dans le Code civil du Québec», *R.G.D.*, (1994/25), 217-234, à la p. 224.

Griffiths John, « what is a legal Pluralism? », 24 *J. Legal Pluralism & Unofficial L.*3, (1986), à la p.3.

Jahel selim, « Droit des affaires et religions », *RIDC*, vol. 53, n°4, 879, à la p. 10.

Macdonald A, Roderick, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *R.D.U.S.*, (2002-03) 33, (2002).

Merlet Pierre, Pluralisme juridique et gestion de la terre et des ressources naturelles, Agter, (2010), en ligne : <http://www.agter.asso.fr/article555_fr.html>.

Pastré Olivier et Gecheva Krassimira, «La finance islamique a la croisée des chemins», *Revue d'économie financière*, n° 92 (juin 2008), p. 197, à la p 202.

Saris Anne, « Les tribunaux religieux dans les contextes canadien et québécois », *Editions Thémis*, 40 R.J.T. 353, (2006), 353.

Schmidt. D, « La titrisation de créances », *Rev. De jurisprudence commerciale* n° 11, (numéro spécial), 1989, p. 114.

Tort Éric, L'affacturage confidentiel et sans recours : un montage déconsolidant ?, *R.F.C.* 427 (2009), à la p 48.

Vanderlinden Jacques, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *R.R.J* 1993-2, vo. 18, (1993), à la p.275.

Zayyad Ibrahim, «La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamique en France», *Revue Lamy de droit des affaires*, (2008).

Jacques Vanderlinden, *le pluralisme juridique : Essai de synthèse*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles aux pp. 36 et s.

Document Périodique n° 4. En ligne :
<<http://storage.canalblog.com/54/57/24250/9966894.pdf>>.

La RdR, *faire un don a la revue*, en ligne :

<<http://www.larevuedesressources.org/spip.php?rubrique70>>.

5.9. Journaux, fils de presse et autres sources de nouvelles

Abdullah Bin Bayyah, « Finance islamique : le « défi psychologique » est à relever en France », SaphirNews, (14 Novembre 2009), en ligne : SaphirNews <http://www.saphirnews.com/Finance-islamique-le-defi-psychologique-est-a-relever-en-France_a10763.html>

Bouchaib El yafi, « L'enjeu de la finance islamique », Le soir Echos [du Maroc], (7 février 2011), en ligne : Le soir Echos <<http://www.lesoir-echos.com/2011/02/07/l%E2%80%99enjeu-de-la-finance-islamique/>>

Leclerc Jean-Claude, « L'arrivée de banques musulmanes remue le monde de la finance au Canada », Le Devoir [de Montréal], (1 octobre 2007), en ligne : Le devoir <<http://www.ledevoir.com/2007/10/01/158926.html>>

Mathieu Gagné Louis, « La finance islamique émerge au Canada », Le Journal [de Montréal], (21 janvier 2008), en ligne : RIBH <<http://ribh.wordpress.com/2008/01/21/la-finance-islamique-emerge-au-canada/>>

Myret Zaki, « Tariq Ramadan dénonce l'hypocrisie de la finance islamique en marge d'Investissima », Le temps, (22 mai 2006).

Nadia Lamlili, « Fatwa. Et si Al Qaradawi avait raison ? », TelQuel Magazine, (2011), N242, en ligne : <http://www.telquel-online.com/242/maroc2_242.shtml>

Samir Achehbar, « Banques. Les produits "halal" arrivent », TelQuel Magazine, (2011), N259, en ligne : TelQuel <http://www.telquel-online.com/259/economie1_259.shtml>

5.10. Sites Internet

Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI),
en
ligne: aaoifi.com <<http://www.aaoifi.com/aaoifi/>>.

Académie Islamique *de Fiqh* (OCI), en ligne : [fiqhacademy.org](http://www.fiqhacademy.org)
<<http://www.fiqhacademy.org.sa/>>.

AIDIMM-France, en ligne : <<http://www.aidimm.info/>>.

Association des banquiers canadiens, en ligne : <<http://www.cba.ca/?lang=fr>>.

Assembly of Muslim Jurists in America, en ligne : <<http://www.amjaonline.com/>>.

Bibliothèque Alwaqfeya, [waqfeya.com](http://www.waqfeya.com) en ligne: <<http://www.waqfeya.com/>>.

Canadien Bankers association, en ligne :
<<http://www.cba.ca/en/content/stats/db375aeng%202007.pdf>>.

Code Civil du Québec, en ligne
<http://www.lexinter.net/QC/titre_ii_contrats_nommes.htm>.

Doctrine Malikite, en ligne : [doctrine-malikite.fr](http://www.doctrine-malikite.fr) <<http://www.doctrine-malikite.fr/>>.

Encyclopédie Économie et Finance Islamique, en ligne : [iefpedia.com](http://www.iefpedia.com)
<<http://www.iefpedia.com/france/>>.

Institute of Islamic banking and insurance, Islamic-banking en ligne:
<<http://www.islamic-banking.com/>>.

Islamic Development Bank, en ligne : [isdb.org](http://www.isdb.org)
<<http://www.isdb.org/irj/portal/anonymous>>.

Islamic Economics Global Site, en ligne : [isegs.com](http://www.isegs.com)
<<http://www.isegs.com/>>.

La jurisprudence de la finance islamique (Arabe), en ligne : [badlah.com](http://www.badlah.com)
<<http://www.badlah.com/page-1.html>>.

La Présidence générale des recherches scientifiques et de la délivrance des Fatwas, en
ligne: [alifta.com](http://www.alifta.com) <<http://www.alifta.com/>>.

Le journal de la finance islamique, en ligne: ribh.wordpress.com
<<http://ribh.wordpress.com/>>.

Livre de finance d'entreprise, en ligne : Vernimmen.net
<<http://www.vernimmen.net>>.

Magazine Almasrifiah Alislamia, en ligne : almasrifiah.com
<<http://www.almasrifiah.com/>>.

Sharjah islamic Bank, en ligne : <<http://www.sib.ae/ar/retail-banking-ar/products-services-ar/fixed-deposit-account-ar-2.html>>.