

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LE REDRESSEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ DANS LE DROIT ET LA  
FINANCE ISLAMIQUES : UNE ANALYSE À LA LUMIÈRE DU DROIT CANADIEN DE  
LA FAILLITE

THÈSE

PRÉSENTÉE

COMME EXIGENCE PARTIELLE

DOCTORAT EN DROIT

PAR

ABDELAZIZ EL HAMMAOUI

MAI 2023

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL  
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de cette thèse 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.04-2020). 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. Je remercie, aussi, très vivement mes parents pour le soutien qui m'ont donné depuis ma naissance.

J'adresse aussi ma profonde gratitude à mon directeur de thèse, le professeur François Roch, pour avoir accepté de me diriger patiemment, pour son soutien pendant la rédaction de cette thèse, sa disponibilité et ses conseils avisés. Un grand remerciement aussi au professeur Georges Lebel qui m'a incité fortement à travailler sur cette thématique, au professeur émérite Rodney Wilson qui m'a orienté vers cette problématique et au maître Samia Amor qui m'a solidairement épaulé durant mon parcours de doctorat.

Je souhaiterais remercier l'ensemble du corps professoral du département de sciences juridiques de l'université de l'UQAM. Je remercie également les membres de jury, les professeurs : Guillaume Laganière, Hélène Piquet, Karim Errouaki, Karim Vincent et Rodney Wilson.

Je suis aussi très reconnaissant au personnel du département des sciences juridiques de l'UQAM, spécialement Madame Hanadi Eid, pour tout le travail administratif concernant mon dossier académique. J'adresse également mes plus profonds remerciements au personnel de la bibliothèque des sciences juridiques.

Je tiens à remercier plus particulièrement toutes les personnes qui ont largement contribué à l'élaboration de cette thèse : professeur Amine Essalhi, monsieur Taha Mahamoud Sougueh et monsieur Hakim Aouhal. Enfin, je tiens à adresser mes remerciements à tous ceux qui m'ont suivi, soutenu, encouragé: à mes frères, mes sœurs et mes amis.

## DÉDICACE

Pour tous ceux qui croient en vivre ensemble.

*« Ô hommes ! Nous vous avons créés d'un mâle et d'une femelle, et Nous avons fait de vous des nations et des tribus, pour que vous vous entre-connaissiez. Le plus noble d'entre vous, auprès d'Allah, est le plus pieux. Allah est certes Omniscient et Grand-Connaisseur ». Sourate 49 du Coran.*

## TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS .....	ii
DÉDICACE.....	iii
LISTE DES FIGURES.....	ix
LISTE DES TABLEAUX.....	x
LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES .....	xi
LISTE DES SYMBOLES ET DES UNITÉS .....	xii
SYSTÈME DE TRANSLITTÉRATION .....	xiv
RÉSUMÉ.....	xv
ABSTRACT .....	xvi
INTRODUCTION.....	1
TITRE I LA RESTRUCTURATION DES ENTREPRISES EN DROIT CANADIEN ET EN DROIT ISLAMIQUE.....	38
INTRODUCTION DU TITRE I .....	39
CHAPITRE 1 LA RESTRUCTURATION DES ENTREPRISES DANS LE CADRE JURIDIQUE CANADIEN .....	40
INTRODUCTION DU CHAPITRE 1 .....	41
1.1 L'évolution de l'objectif de la législation canadienne en matière de faillite.....	42
1.1.1 La fin de l'emprisonnement pour dettes/ adoption de la cession des biens .....	43
1.1.1.1 L'ordonnance de 1839 et la loi de 1843, les lois de 1849-1858 dans le Haut et le Bas-Canada relatifs à l'insolvabilité .....	43
1.1.1.2 1864 : Acte concernant la faillite .....	46
1.1.2 Cession des biens : entre le maintien et l'abandon .....	47
1.1.2.1 Loi 1869-1875 .....	47
1.1.2.2 L'abolition de la loi de 1875 et le vide législatif de 1880 à 1919 .....	49
1.1.3 Vers l'instauration d'une culture de protection de l'entreprise en difficulté : de 1919 à nos jours.....	50
1.1.3.1 Les phases d'évolution d'une culture de sauvetage des entreprises en difficultés.....	50
1.1.3.1.1 L'évolution de la culture de sauvetage des entreprises insolubles dans le cadre de la LFI.....	51
1.1.3.1.2 L'évolution de la culture de sauvetage des entreprises débitrices dans le cadre de la LACC .....	53

1.1.3.2	La proposition et l'arrangement : processus de redressement judiciaire .....	55
1.1.3.2.1	Nature de la proposition et l'arrangement .....	55
1.1.3.2.2	Les effets de la proposition et de l'arrangement .....	57
1.2	Les outils de la réorganisation des entreprises en difficulté .....	64
1.2.1	Financement intérimaire .....	65
1.2.1.1	Origine canadienne et terminologie empruntée .....	66
1.2.1.2	Financement intérimaire : codification d'une pratique déjà existante .....	70
1.2.1.3	L'émergence de principes directeurs pour l'attribution de charges prioritaires.....	75
1.2.2	La résiliation des contrats dans le cadre de la restructuration.....	81
1.2.2.1	L'origine du droit de résilier un contrat dans le cadre de la faillite .....	82
1.2.2.2	Les modifications apportées par la réforme : encadrement législatif de la résiliation de contrats .....	86
1.2.2.3	La propriété intellectuelle à l'épreuve de la résiliation du contrat .....	89
1.2.3	Cession de contrat dans le cadre de la restructuration .....	93
1.2.3.1	Origine de la cession de contrat : cession judiciaire .....	94
1.2.3.2	La codification de la cession de contrat en droit de la faillite canadien.....	99
1.2.3.3	Les effets de la cession.....	101
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 .....		104
CHAPITRE 2 LA CONCEPTION ISLAMIQUE DE LA FAILLITE ET DE LA RESTRUCTURATION : D'HIER À AUJOURD'HUI.....		105
INTRODUCTION DU CHAPITRE 2 .....		106
2.1	L'évolution de l'objectif de la doctrine islamique en matière de faillite.....	106
2.1.1	La période prophétique : système à deux volets .....	108
2.1.1.1	Le Coran : difficulté financière, solidarité et charité.....	108
2.1.1.1.1	Remplir les engagements .....	110
2.1.1.1.2	Accorder un sursis.....	111
2.1.1.2	La Sunna : prolongement et complément.....	116
2.1.1.2.1	Consolider le discours coranique .....	118
2.1.1.2.2	Liquidation et mécanismes de redressement.....	121
2.1.2	La phase classique : théorisation de la liquidation et externalisation du redressement de l'autorité judiciaire .....	126
2.1.2.1	Le contexte économique : l'entreprise, la personne morale et la responsabilité limitée.....	126
2.1.2.2	La théorisation de la liquidation, l'interdiction (al-hajr).....	131
2.1.2.3	Redressement des entreprises : règlement extrajudiciaire des différends .....	133
2.1.3	L'exception : waqf, réflexion à part entière .....	136
2.1.3.1	Waqf : de quoi parle-t-on ?.....	136
2.1.3.2	Waqf : contrat de louage et solutions en cas de faillite.....	138
2.1.3.2.1	Louage par deux paiements.....	138
2.1.3.2.2	Hikr ou le droit de décider .....	139
2.2	Les outils de la réorganisation .....	140
2.2.1	La <i>zakat</i> : peut-elle être considérée comme un outil de financement .....	140

2.2.1.1	Les débiteurs : une catégorie à part entière .....	143
2.2.1.2	La <i>zakat</i> : peut-elle être une action en faveur des entreprises en difficulté ?.....	145
2.2.1.3	Une proposition d'application du financement <i>zakataire</i> , comment peut-on en bénéficier ? .....	150
2.2.2	Hawala : La cession de la dette .....	151
2.2.2.1	Hawala : institution à part entière ou dérivation ? .....	152
2.2.2.2	Le consentement des trois parties : le cédé, le cédant et le cessionnaire .....	155
2.2.2.3	Les effets de la hawala .....	157
2.2.3	La remise de dette : al-ibra' .....	159
2.2.3.1	La notion de la remise de dette (al-ibra') .....	160
2.2.3.2	Les effets de la remise de dette (al-ibra') .....	162
2.2.3.3	Remise de dette et libération : un recours judiciaire ou un arbitrage ? .....	163
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 .....		166
CONCLUSION DU TITRE I.....		169
TITRE II LA FAILLITE EN FINANCE ISLAMIQUE : UN DÉFI POUR LA DOCTRINE ISLAMIQUE ET POUR LE DROIT ÉTATIQUE (CANADIEN).....		174
INTRODUCTION DU TITRE II .....		175
CHAPITRE 3 LES INTERRELATIONS ENTRE LA FINANCE ISLAMIQUE ET LE DROIT DE LA FAILLITE.....		176
INTRODUCTION DU CHAPITRE 3 .....		177
3.1	FI et droit de la faillite : à la croisée des chemins entre l'évolution et le risque de la faillite	177
3.1.1	Finance islamique : renaissance récente et évolution remarquable .....	177
3.1.1.1	Renaissance récente de la finance islamique.....	178
3.1.1.2	Croissance de la finance islamique .....	184
3.1.1.2.1	Evolution de la FI : contexte général.....	185
3.1.1.2.2	Contexte canadien : entre présence de facto et vide juridique.....	188
3.1.2	Liquidation et restructuration des IFI : de la théorie à la pratique .....	193
3.1.2.1	UM financier : cas du Canada .....	195
3.1.2.1.1	UM Financial : <i>problèmes</i> résultant d'une difficulté financière.....	196
3.1.2.1.2	La liberté contractuelle : notion permettant l'application de la FI.....	196
3.1.2.1.3	<i>Colour of the right</i> : l'application simultanée du droit canadien .....	198
3.1.2.2	East Cameron Partners Inc (ECP) : peut-on considérer sukuk comme une obligation financière ? .....	200
3.1.2.2.1	ECP : cas concret de redressement des Sukuks .....	201
3.1.2.2.2	Problématique sur un point de divergence entre les Sukuks et les obligations .....	204
3.1.2.2.3	Sukuks : recoupement des intentions divergentes.....	207
3.1.2.3	Choix de redressement aux États-Unis en vertu du chapitre 11 .....	208
3.1.2.3.1	L'abolition de l'Arcapita : des difficultés financières ... ..	209

3.1.2.3.2 Forum shopping : Chapitre 11 du code de la faillite américain Vs la loi de la réorganisation et de la faillite Bahreïnienne .....	211
3.1.2.3.3 Défis de point de vue du droit islamique.....	215
3.2 La doctrine islamique contemporaine : nécessité de la réforme.....	216
3.2.1 Normalisation de la FI : l'émergence d'un droit de la FI et l'internationalisation de celui-ci .....	217
3.2.1.1 L'Académie Internationale du Fiqh Islamique (AIFI).....	218
3.2.1.2 L'AAOIFI (Accounting and Auditing Organization For Islamic Financial Institutions) Organisation de comptabilité et d'audit des institutions financières islamiques .....	220
3.2.1.3 L'IFSB (Islamic Financial Services Board).....	220
3.2.2 Analyse critiques des normes contemporaines .....	221
CONCLUSION DU CHAPITRE 3.....	228
CHAPITRE 4 LES CONCEPTS DE REDRESSEMENT : CROISSEMENT DE LA DOCTRINE JURIDIQUE ISLAMIQUE ET AVEC LE DROIT ÉTATIQUE (CANADIEN).....	230
INTRODUCTION DU CHAPITRE 4 .....	231
4.1 Les concepts de la restructuration judiciaire : discussion sur le pouvoir du juge.....	232
4.1.1 Le Financement intérimaire .....	233
4.1.1.1 Le financement intérimaire à la lumière du guide législatif de la CNUDCI.....	234
4.1.1.1.1 L'analyse du guide de la CNUDCI sur les solutions existantes dans différentes juridictions .....	235
4.1.1.1.2 Suggestions de la CNUDCI .....	239
4.1.1.2 De l'articulation de la notion du financement intérimaire en droit musulman .....	241
4.1.1.2.1 L'articulation du financement intérimaire sans garantie en droit musulman.....	242
4.1.1.2.2 Concept de financement intérimaire avec garantie en droit musulman.....	243
4.1.2 La résiliation du contrat : étude comparative .....	249
4.1.2.1 La résiliation du contrat à la lumière du guide législatif de la CNUDCI.....	249
4.1.2.1.1 Clauses de résiliation automatique adressées à l'entreprise en difficulté financière.....	250
4.1.2.1.2 Continuation ou rejet des contrats .....	255
4.1.2.2 La résiliation du contrat dans la doctrine islamique.....	260
4.1.2.2.1 Les dispositions encadrent les actions des fournisseurs de la personne en difficulté 261	
4.1.2.2.2 La rupture ou l'allègement des conditions dans un contrat de location suite à une excuse imprévisible : outil important pour l'intégration de la résiliation de contrat dans la doctrine islamique .....	264
4.1.3 La cession de contrat : étude comparative .....	267
4.1.3.1 Convergence dans les discussions doctrinales .....	269
4.1.3.1.1 Consentement du cédé .....	269
4.1.3.1.2 Les effets de la cession.....	271
4.1.3.2 L'analogie : outil important pour l'intégration de la cession de contrat dans la doctrine islamique.....	274
4.1.3.2.1 L'analogie : définition et position doctrinale .....	274

4.1.3.2.2 L'analogie : application contemporaine.....	276
4.2 Les modes d'intégration des concepts de la restructuration .....	276
4.2.1 La voie religieuse (fatwa).....	277
4.2.1.1 Définir la notion de fatwa.....	277
4.2.1.2 État des lieux de la position des jurisconsultes contemporains.....	280
4.2.1.3 Discussion sur ces positions : convergences et divergences .....	282
4.2.2 La voie législative (la loi) .....	284
4.2.2.1 Limite externe au processus législatif .....	284
4.2.2.2 Limite interne au processus législatif.....	286
4.2.2.3 La voie hybride (pluralisme juridique).....	291
4.2.2.3.1 Respect de la doctrine islamique.....	291
4.2.2.3.2 Respect des dispositions étatiques.....	291
4.2.2.3.3 Transformation de la norme juridique étatique.....	294
 CONCLUSION CHAPITRE 4.....	 297
 CONCLUSION TITRE II .....	 300
 CONCLUSION GÉNÉRALE .....	 304
 ANNEXE : PRÉSENTATION SOMMAIRE DES ÉCOLES JURIDIQUES SUNNITES .....	 318
 <b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	 322

## LISTE DES FIGURES

<i>Figure 1 : Part de la banque islamique dans le total bancaire : Actifs par juridiction .....</i>	<i>2</i>
<i>Figure 2 : Les produits de la finance islamique .....</i>	<i>6</i>
<i>Figure 3 : Les endettés pour leur propre intérêt : conditions à remplir pour bénéficiaire de la zakat.....</i>	<i>144</i>
<i>Figure 4 : Distinction des bénéficiaires de la zakat en trois catégories. ....</i>	<i>148</i>
<i>Figure 5: Schéma du mécanisme de la cession de dette.....</i>	<i>153</i>
<i>Figure 6 : Structure de base de contrat Mourabaha .....</i>	<i>181</i>
<i>Figure 7 : Structure de base de contrat Moudaraba financement.....</i>	<i>182</i>
<i>Figure 8 : Structure de base de contrat Moucharaka.....</i>	<i>183</i>
<i>Figure 9 : Composition segmentaire de la FI (2019).....</i>	<i>185</i>
<i>Figure 10 : Part des actifs bancaires islamiques mondiaux.....</i>	<i>187</i>
<i>Figure 11 : Schéma sur les étapes de l'émission des Sukuks.....</i>	<i>203</i>
<i>Figure 12 : Schéma du Groupe Arcapita.....</i>	<i>210</i>

## **LISTE DES TABLEAUX**

<i>Tableau 1 : Répartition de l'Industrie des services financiers islamiques mondiale par segment et par région (milliards USD, 2021).....</i>	<i>1</i>
<i>Tableau 2 : Organismes internationaux chargés de la normalisation de la FI.....</i>	<i>3</i>

## LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES

AAOFI	Organisation de Comptabilité et d'Audit pour les institutions financières islamiques.
BIMB	Bank Islam Malaysia Berhand.
CCG	Conseil de coopération des États arabes du Golfe Arabique.
CE	Communauté européenne.
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.
CNUCED	Commission des Nations Unis pour le droit commercial international.
CSFI	Conseil des Services Financiers Islamiques.
DIFC	Dubai International Financial Centre.
FMI	Fond Monétaire International.
FI	Finance islamique.
HSBC	Hong Kong and Shanghai Banking Corporation.
IFC	Institutions financières conventionnelles.
IFA	Académie islamique du Fiqh.
IFH	Ihlas Finance House.
IFI	Institutions financières islamiques.
IFSB	Islamic Financial Services Board.
IMF	International Monetary Fund.
INSOL International	International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals.
LACC	Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.
LFI	Loi sur la faillite et l'insolvabilité.
L.R.C	Loi sur les liquidations et les restructurations.
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques.
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.
OCI	Organisation de la coopération islamique.
RM	Le ringgit, roupie malaysienne est l'unité monétaire de la Malaisie.
SESRIC	The Statistical, Economic and Social Research and Training Centre for Islamic Countries.
UBS	Union Bank of Switzerland.

## LISTE DES SYMBOLES ET DES UNITÉS

Mot arabe original	Traduit comme	Sens français
الخليفة	Khalifa	Chef spirituel et religieux des musulmans
الشافعي المذهب	Madhab chafiite	École de pensée dans le courant sunnite
الشريعة	Shari'a	Norme canonique Islamique
القرآن	Coran	Livre saint des musulmans
ديانة	Diyanatan	Question d'obligation morale
الفقه	Fiqh	Compréhension, doctrine
الفتوى	Fatwa	Jugement résultant du Fiqh
الغارمين	Gharimin	Débiteurs
حديث	Hadith	Ce terme désigne un récit rapportant une parole ou un acte du prophète Mohammed.
الحنفي المذهب	Madhab hanafite	École de pensée dans le courant sunnite
الحنبلي المذهب	Madhab hanbalite	École de pensée dans le courant sunnite
جولة	Hawala	Mandant ou virement, c'est un système traditionnel de paiement informel.
الإبراء	Ibra'	Annulation de la dette
الإفلاس	Iflas	Une situation dans laquelle la dette de débiteur arrivée à échéance, excède ses actifs.
الإعسار	I'sar	La difficulté
المهر	Mahr	Le douaire
المالكي المذهب	Madhab malikite	École de pensée dans le courant sunnite
المفلس	Muflis	Une entité en faillite
المعسر	Mo'sir	Une entité en difficulté
قضاء	Qada'an	Question d'obligation judiciaire
القاضي	Qadi	Juge
ربا	Riba	Intérêt et usure
الصلح	Solh	Conciliation
سورة	Sourate	Chapitre du Coran
السنة	Sunna	Faits et dires du Prophète Mohamed
الصكوك	Sukuks	Le mot Sukuks se rapporte communément à l'équivalent islamique des obligations. Cependant, contrairement aux obligations conventionnelles, qui confèrent simplement la

		propriété d'une dette, le sukuk accorde à l'investisseur une part d'un actif, ainsi que des flux de trésorerie et des risques proportionnés.
تفليس	Taflis	Une déclaration judiciaire de faillite interdisant au débiteur de disposer de ses propres biens.
الزكاة	Zakat	Impôt religieux annuel
الوقف	Waqf	Équivalent de la fiducie
الواقف	Waqif	Administrateur du waqf

## SYSTÈME DE TRANSLITTÉRATION

Dans cette thèse, les titres des ouvrages contemporains en arabe seront traduits en français, comme dans l'exemple ci-dessous :

Al-Harthy Mohammed Said Saad, *la faillite et son impact sur les actions du débiteur : étude comparative (en arabe)*, thèse de doctorat en jurisprudence islamique, Université Umm Al-Qura, 1991 [non publiée].

Certains ouvrages ne disposent pas de date d'édition. Dans cette circonstance, nous allons mettre un tiré (-) à la place de la date.

En ce qui a trait à la littérature classique, la translittération des mots arabes est fondée sur la méthode de romanisation ALA-LC de l'American Library Association<sup>+</sup>. Ce choix de translittération ne concerne pas les citations empruntées aux différents auteurs étudiés. Pareillement, les mots arabes francisés tels que Sunna, Coran, Calife, Sunnite conserveront leurs formes.

Translittération des consonnes							
ا	a	د	d	ض	ḍ	ك	k
ب	b	ذ	z	ط	ṭ	ل	l
ت	t	ر	r	ظ	ẓ	م	m
ث	th	ز	z	ع	'	ن	n
ج	j	س	s	غ	gh	ه	h
ح	ḥ	ش	sh	ف	f	و	w
خ	kh	ص	s	ق	q	ي	y

Translittération des voyelles et diphtongues					
Voyelles courtes		Voyelles longues		Diphtongues	
Dhamma	u	Madd bil-wāw	ū	أو	aw
Fatha	a	Madd bil'alif	ā	أي	'ay
Kasra	i	Madd bil-yā'	ī		

## RÉSUMÉ

Le but de cette thèse est de mettre l'accent sur l'importance d'établir un régime d'insolvabilité efficace pour les institutions financières islamiques (IFI) qui ont pris une importance systémique dans plusieurs juridictions. La nécessité de ce régime, permettant la communication entre les IFI et les systèmes juridiques dans lesquels elles fonctionnent, est due à l'insuffisance de la clarté de la doctrine islamique sur certaines questions liées au recours des IFI au redressement judiciaire et le fonctionnement de ces institutions dans un environnement conçu initialement pour les institutions conventionnelles. Nous nous sommes attardés à faire l'analyse, sous l'angle de la doctrine islamique, des concepts de la restructuration en droit canadien et des modes de leur intégration dans la doctrine islamique. Trois concepts codifiés à la fois au sein de la LACC et de la LFI, le financement intérimaire, la résiliation de contrat et la cession de celle-ci, feront l'objet d'une discussion sur le plan juridique et fiqhique.

La nature de la recherche qui touche à plusieurs ordres juridiques a imposé une étude comparative fondée sur le pluralisme juridique. Elle vise à interroger la doctrine islamique sur les concepts utilisés par les IFI dans leur restructuration judiciaire et à questionner les fondements juridiques de la faillite et de redressement judiciaire à travers les sources fondamentales du Coran et de la Sunna en relation avec le fiqh. Cette recherche permettra d'éclairer le niveau du dénouement de la restructuration des IFI dans le respect du droit étatique de la faillite et de la doctrine islamique en matière financière.

L'intérêt porté à la finance islamique comme une sphère de croisement de la doctrine juridique islamique avec le droit étatique conduit à de nombreux enseignements : montrer l'importance d'un environnement propice au bon fonctionnement des IFI, avertir les parties prenantes (les IFI et leurs contractants) sur les divergences qui peuvent apparaître en cas de recours des IFI au redressement et finalement à mesurer l'effectivité des concepts de la restructuration et l'influence de la position doctrinale islamique sur leurs applications ou utilisations par les IFI.

La démarche retenue se déploie en deux temps : nous vérifions, en premier lieu et à travers une approche historique, si cet objectif du droit de la faillite dans les deux ordres juridiques, s'inscrit dans un axe statique ou un axe dynamique. En deuxième lieu, nous analyserons, sous l'angle de l'étude comparative, le financement intérimaire, la résiliation de contrat et la cession de contrat en comparaison avec leurs homologues ou concepts équivalents en doctrine islamique (*zakat, faskh et hawala*), (*Qiyas, Darora, Maqasid Ash Shari'a*). En dernier ressort, la recherche conduit à envisager trois propositions aux modes d'intégration des concepts de la restructuration, à savoir : la *fatwa*, la législation et un mode hybride.

Mots clés : finance islamique, redressement, restructuration, droit canadien, droit islamique, les concepts de la restructuration, financement intérimaire, résiliation de contrat, cession de contrat.

## ABSTRACT

The purpose of this thesis is to emphasize the importance of establishing an effective insolvency regime for systemically important IFIs in several jurisdictions. The need for this regime, allowing communication between IFIs and the legal systems in which they operate, is due to the lack of clarity of Islamic doctrine on some issues related to the use of IFIs in receivership and the functioning of these institutions in an environment initially designed for conventional institutions. We focused on analyzing, from the perspective of Islamic doctrine, the concepts of restructuring in Canadian law and the ways in which they are integrated into Islamic doctrine. Three concepts codified within both the CCAA and the BIA, particularly interim financing, contract termination and assignment, will be discussed legally and financially.

The nature of the research that deals with several legal orders, required a comparative study based on legal pluralism. It aims to question Islamic doctrine on the concepts used by the IFIs in their judicial restructuring and to question the legal foundations of bankruptcy and judicial reorganization through the fundamental sources of the Qur'an and the Sunnah in relation to fiqh. This research will shed light on the level of the outcome of the restructuring of the IFIs in compliance with state bankruptcy law and Islamic doctrine on financial matters.

The interest in Islamic finance as a sphere of intersection of Islamic legal doctrine with state law leads to many lessons: to show the importance of an environment conducive to the proper functioning of IFIs; warn stakeholders (IFIs and their contractors) about the divergences that may appear in the event of recourse by the IFIs to recovery ; and finally to measure the effectiveness of the concepts of restructuring and the influence of the Islamic doctrinal position on their application or their use by the IFIs.

The approach adopted is deployed in two stages. We verify, in the first place and through a historical approach, whether this objective of bankruptcy law in both legal orders, is part of a static axis or a dynamic axis. Secondly, we will analyse, from the point of view of the comparative study, the interim financing, the contract termination and the contract assignment in comparison with their counterparts or equivalent concepts in Islamic doctrine (*zakat, faskh et hawala*), (*Qiyas, Darora, Maqasid Ash Shari'a*). Ultimately, the research leads to the consideration of three proposals for the integration methods of restructuring concepts, namely: Fatwa, legislation and a hybrid mode.

**Keywords:** Islamic finance, reorganization, restructuring, Canadian law, Islamic law, restructuring concepts, interim financing, contract termination, contract assignment.

## INTRODUCTION

L'ampleur, le développement et l'intérêt de la finance islamique (FI) ne sont plus à démontrer. À titre indicatif, le rapport annuel sur la stabilité de Conseil des Services Financiers Islamiques (IFSB)<sup>1</sup> a déclaré que la taille de l'industrie du marché financier islamique atteignait une valeur totale de 3,06 mille milliards de dollars en 2021 contre 2,75 mille milliards de dollars en 2020 en enregistrant ainsi un taux de croissance annuel de 11,3% contre 11,4% de taux de croissance entre 2018 et 2019 et promettant encore d'importantes opportunités de croissance et de diversification<sup>2</sup>.

Tableau 1 : Répartition de l'Industrie des services financiers islamiques mondiale par segment et par région (milliards USD, 2021)

Table 1.1.1.1 Breakdown of the Global IFSI by Sector and Region (USD billion) (2021)

Region	Islamic Banking Assets	Sukūk Outstanding	Islamic Funds Assets	Takāful Contributions	Total	Share (%)
Gulf Cooperation Council (GCC)	1,212.5	332.3	46.0	12.7	1,603.5	52.4
South-East Asia (SEA)	287.5	390.3	37.5	4.7	720.0	23.5
Middle East & South Asia (MESA)	477.1	26.9	22.0	5.6	531.6	17.4
Africa	58.2	1.8	4.0	0.6	64.6	2.1
Others	68.8	24.4	45.1	0.7	139.0	4.5
Total	2,104.1	775.7	154.6	24.3	3,058.7	100.0
Share (%)	68.7	25.4	5.1	0.8	100	

Source: IFSB Secretariat workings.

Source : IFSB Secretariat Working<sup>3</sup>

Bien que la FI avance peu à peu en Afrique, en Asie centrale et en Europe, le Fonds Monétaire International (FMI) précise que sa présence est relativement significative dans

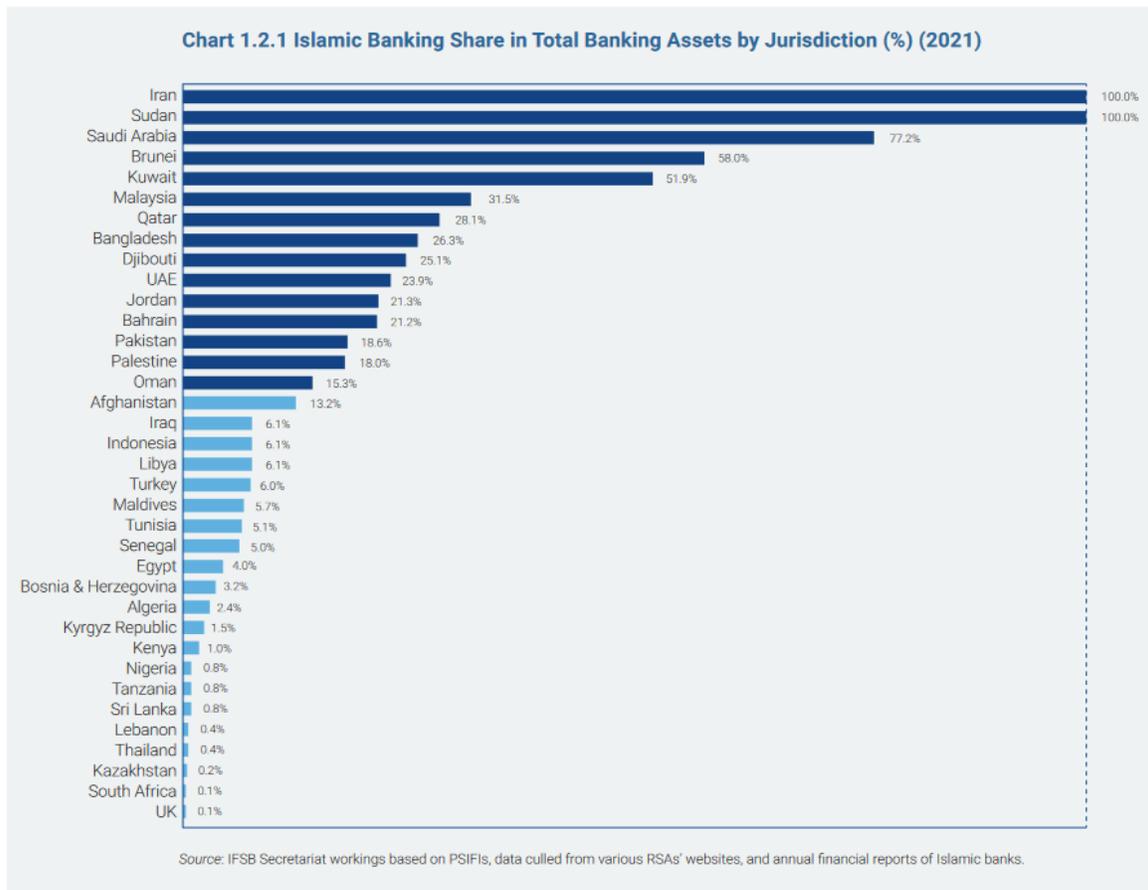
<sup>1</sup> Le Conseil des Services Financiers Islamiques (CSFI) ou Islamic Financial Services Board (IFSB) est basée à Kuala Lumpur depuis 2002. C'est un organisme regroupant des Banques centrales, des autorités monétaires ainsi que diverses organisations actives dans le domaine de la régulation et la supervision des institutions agissant dans la sphère de la FI.

<sup>2</sup> IFSB, *IFSI Stability Report 2022/1*, Kuala Lumpur, IFSB, 2022, à la p 12 [IFSB], en ligne : IFSB <<https://www.ifsb.org/sec03.php>>.

<sup>3</sup> *Ibid.*

soixante pays, principalement au Moyen-Orient, en Asie du Sud et du Sud-Est. Dans quinze pays de ces régions, les actifs islamiques représentent plus de 15%, notamment en Arabie Saoudite, au Koweït et en Malaisie<sup>4</sup>. Dans d'autres pays, la part de la FI est plus ou moins importante par rapport à la finance conventionnelle (FC) comme l'indique le graphique ci-dessous<sup>5</sup>.

Figure 1 : Part de la banque islamique dans le total bancaire : Actifs par juridiction



<sup>4</sup> IMF, *IF.1 Islamic Finance in the National Accounts and External Sector Statistics*, IMF, 2022 à la p 3, en ligne : IMF < <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2022/pdf/38/22-14.pdf> > [IMF] ; IMF, *The core principles for islamic finance regulations and assessment methodology*, IMF, 2018 à la p 4, en ligne : IMF < <https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2018/05/24/pp040618the-core-principles-for-islamic-finance-regulations-and-assessment-methodology> >.

<sup>5</sup> IFSB, *supra* note 2 à la p 16.

Les produits financiers islamiques ne sont pas offerts seulement par les banques islamiques mais aussi par les fenêtres islamiques des banques conventionnelles comme Barclays, the Hong Kong and Shanghai Banking Corporation (HSBC), l'Union Bank of Switzerland (UBS) et la Deutsche Bank<sup>6</sup>. Celles-ci se trouvent dans certains pays majoritairement musulmans comme dans d'autres pays où les musulmans constituent une minorité<sup>7</sup>. Parallèlement à cette croissance, des institutions internationales de normalisations ont été créées pour encadrer les opérations de la FI, bien que celle-ci fasse l'objet d'un encadrement juridique étatique par les différentes législations nationales. Dans le tableau ci-dessous, il est mentionné le nom de certaines institutions internationales chargées de la normalisation.

Acronym	Organisation	Fonction
IDB	Islamic Development Bank	Promotion d'un développement mondial fondé sur des structures de financement durables et conformes à la <i>Shari'a</i> , en tant que leaders mondiaux de la finance islamique
AAOIFI	Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions	Normalisation et harmonisation des rapports internationaux conformément à la <i>Shari'a</i>
IFSB	Islamic Financial Services Board	Introduction de nouvelles normes internationales ou adaptation des normes internationales existantes en conformité avec les principes de la <i>Shari'a</i> , et la recommandation de leur adoption.
IIFM	International Islamic Financial Markets	Normalisation des contrats financiers islamiques et des modèles de produits.
IIRA	Islamic International Rating Agency	Évaluation du risque de non-remboursement de la dette ou d'un emprunt.
LMC	Liquidity Management Center	Gestion des déséquilibres des IFI en matière de liquidité.
CIBAFI	General Council of Islamic Banks Financial Institutions	Amélioration de la capacité des institutions membres pour mieux servir les clients du monde entier grâce à des pratiques bancaires transparentes.

Tableau 2 : Organismes internationaux chargés de la normalisation de la FI<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Organisation of Islamic cooperation SESRIC, « Islamic Finance in OIC Member Countries » (2012) aux pp 4-5, en ligne: SESRIC <<http://www.sesric.org/files/article/450.pdf>>.

<sup>7</sup> *Ibid* à la p 4.

<sup>8</sup> Pour plus de détails sur le début de la normalisation voir : Jouaber-Snoussi Kaouther, « I. Un panorama de l'industrie de la finance islamique » dans : Kaouther Jouaber-Snoussi dir., *La finance islamique*, Paris, La Découverte, « Repères », 2012, p. 5-34 à la p 13 [Jouaber-Snoussi, « I. Un panorama de l'industrie de la finance islamique »]; Mumtaz Hussain, Asghar Shahmoradi & Rima Turk « An

Ces institutions jouent le rôle de leurs prédécesseuses dans la mesure où la renaissance de l'industrie de la FI a été le travail de spécialistes qui ont répondu à des besoins financiers conformes à leurs convictions religieuses. Une multitude de spécialistes dans la doctrine islamique, le domaine bancaire et dans le domaine financier a joué un grand rôle dans ceci<sup>9</sup>. Il s'ajoute à la réflexion intellectuelle, le fort attachement à la religion et à ses prescriptions a amené un nombre important de musulmans à ne pas intégrer le système bancaire en refusant de déposer l'argent dans un compte d'une banque conventionnelle. Les mêmes convictions religieuses ont poussé d'autres à refuser de toucher les intérêts bancaires générés par leurs dépôts et préfèrent les donner à des œuvres de charité. Les deux éléments ont aidé à la création des services financiers islamiques conformes aux besoins religieux des détenteurs de cet argent. Bien que des tentatives aient eu lieu dans les années 1960, la vraie institution financière islamique (IFI)<sup>10</sup> a pris naissance dans les années 1970 avec l'établissement de la première banque islamique commerciale à Dubaï

---

Overview of Islamic Finance » (2015) IMF Working Paper n° 15/120 aux pp 4-5 et 23-25, en ligne : IMF <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2015/wp15120.pdf>>.

- <sup>9</sup> Beaumont Robin, « BÂQIR AL-SADR Muhammad, La Banque sans intérêt en Islam, traduction de Julien Pélissier, Paris/Tunis, Karthala/IRMC, 2017, 212 p. » (2017) *Revue des mondes musulmans et de la Méditerranée* 145 2019 vol 145; Warde Ibrahim, *Islamic Finance in the Global Economy*, UK, Edinburgh University Press, 2011 à la p 40 [Ward, *Islamic Finance in the Global Economy*]; Wilson Rodney, *Economics, Ethics and Religion: Jewish, Christian and Muslim Economic Thought*, New York, University Press, 1997 à la p 115 [Wilson, *Economics, Ethics and Religion*]; Mallat Chibli, *The renewal of Islamic law: Muhammad Baqer as-Sadr: Najaf and the Shi'i International*, Cambridge University Press, 1993 à la p 111 [Mallat Chibli]; Allard, Patrick, et Djilali Benchabane. « La finance islamique : modèle alternatif, postiche ou pastiche ? » (2010) *Revue française d'économie* vol xxv n° 4 pp 11-38 à la p 13 [Allard, benchabane].
- <sup>10</sup> Peu de lois ont défini explicitement les IFI. À titre d'exemple, la définition des IFI a été clairement évoquée par le législateur Koweïtien. Ce dernier a défini les banques islamiques comme étant : « Celles qui exercent les transactions liées à la profession bancaire et les activités prévues par le droit commercial ou considérées par la coutume comme une partie intégrante des pratiques bancaires, et ce, conformément aux dispositions de la Chari'a ». De leur part, les Émirats arabes unis (EAU) ont défini les banques, les institutions financières et les sociétés d'investissement islamiques comme : « Celles qui renvoient à un ensemble d'entités dont les contrats constitutifs et les statuts comportent un engagement d'appliquer les dispositions de la Shari'a islamique (loi islamique), et dont les pratiques sont régies par lesdites dispositions ». En revanche, en Malaisie dont les actifs de la FI représentent 23,8% du total des actifs du système bancaire, l'Islamic Financial Services Act 2013 n'a pas défini les IFI, mais il a défini l'activité bancaire islamique comme désignant toute entreprise qui accepte les dépôts islamiques. Puis, a défini ces derniers comme une somme d'argent acceptée ou versée conformément à la Shari'a; Koweït, *Loi n° 30 (2003) liée à l'addition d'un chapitre spéciale pour les banques islamiques*; ÉAU, *Loi fédérale n° 6 de 1985 sur les banques, les institutions financières et les sociétés d'investissement islamiques*, article 1; IFSB, *supra* note 2 à la p 8; Malaysia, *Islamic Financial Services Act 2013* (IFSA).

en 1975 et de la Banque islamique de développement en 1976. D'autres institutions vont apparaître après dans différents pays.

D'autres facteurs supplémentaires semblent avoir ainsi favorisé le développement de la FI, tels que le gonflement de l'épargne des pays du Machrek (l'Orion arabe), le rapatriement de certains capitaux des investisseurs musulmans après le 11 septembre 2001, la demande importante de la part des musulmans pour les produits de la FI non seulement pour réconcilier la pratique avec les convictions religieuses, mais surtout pour mobiliser des ressources supplémentaires qui étaient auparavant gelées et la compétitivité des produits financiers islamiques qui attirent tant les investisseurs musulmans que les autres<sup>11</sup>.

Donc, c'est l'initiative individuelle qui a joué un rôle important dans la renaissance de la FI. Puis, il y a eu un rôle des institutions étatiques comme les fonds souverains et des institutions privées comme les banques islamiques et les fenêtres islamiques des banques conventionnelles de promouvoir un système financier qui interdit l'intérêt.

Par cette interdiction, la FI, théoriquement, apparaît comme une aberration face au système financier conventionnel car il interdit l'intérêt, principe de base de la FC. Elle interdit aussi la spéculation qui est basée sur un aléa. À cet effet, le mécanisme d'allocation de ressources dans la FC, en l'occurrence le taux d'intérêt interdit dans la FI, est substitué par un taux de rendement sur les activités réelles. Autrement dit, la FI se présente comme une autre façon de faire les affaires. Elle est basée essentiellement sur le partage des pertes et des profits et sur l'adossement des actifs fictifs<sup>12</sup>.

La FI a mis en place des instruments financiers : la *Mourabaha*, la *Moudaraba*, la *Moucharaka*, l'*Ijara*, et l'*Istisna*'. Ci-dessous une liste des produits de la FI<sup>13</sup>.

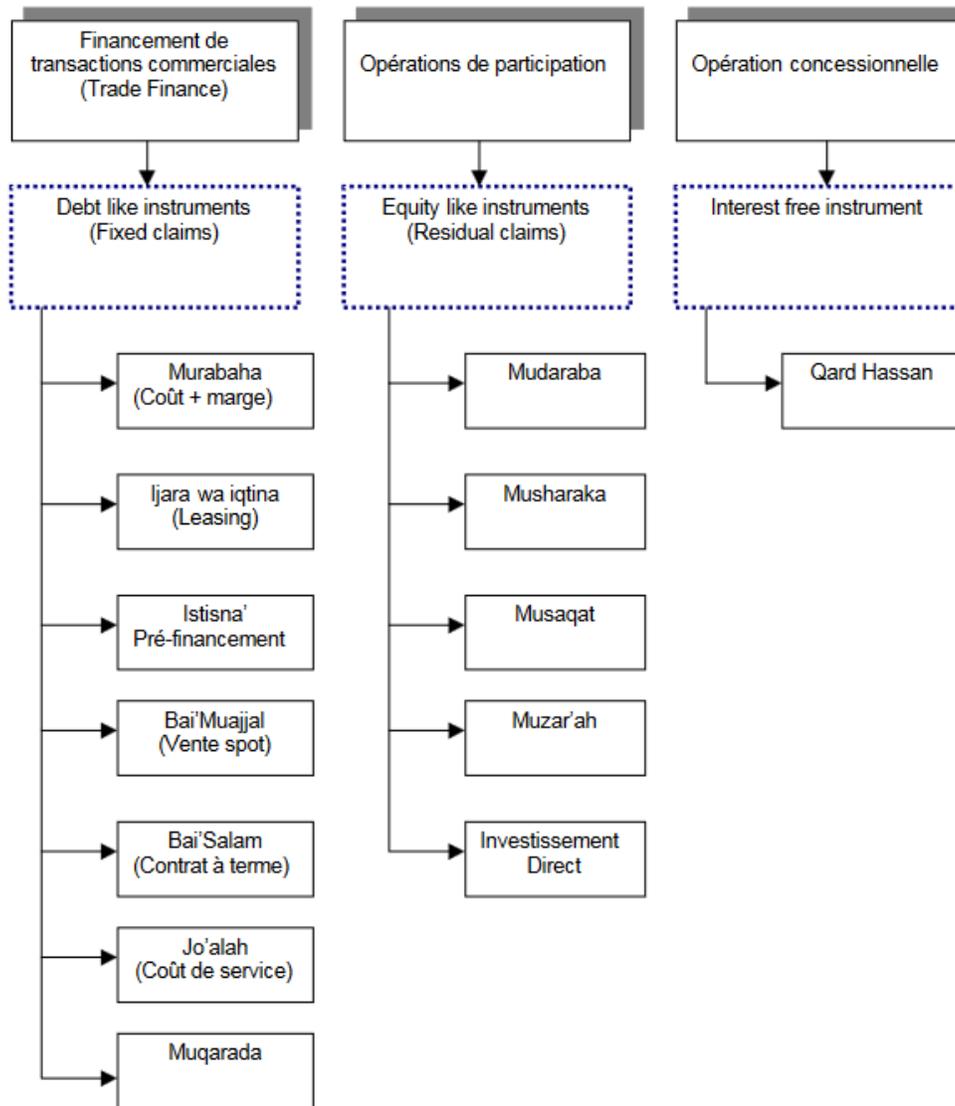
---

<sup>11</sup> Syed Nazim Ali, et al., editors, *The Edinburgh Companion to Shari'ah Governance in Islamic Finance*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2020 à la p 1.

<sup>12</sup> Abul Hassan & Sabur Mollah, *Islamic finance: ethical underpinnings, products, and institutions*, Cham, Switzerland, Palgrave Macmillan, 2018 aux pp 9-15.

<sup>13</sup> Siagh Lachemi, *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 32 [Siagh].

Figure 2 : Les produits de la finance islamique



Source : Iqbal & Mirakhor, 1987 complété et modifié par Lachemi Siagh

La littérature affirme souvent que la FI a montré une grande résilience en moment de crises par rapport à la FC car elle est basée sur le partage de risque qui réduit l'effet de levier et favorise une gestion efficiente des risques<sup>14</sup>. De même, cette dernière jouit d'une stabilité reposant sur plusieurs facteurs dont :

<sup>14</sup> Hasan, M. and Dridi, J. « The Effects of the Global Crisis on Islamic and Conventional Banks: A Comparative Study » (2011) Journal of International Commerce Economics and Policy vol 2 n° 2

- L'interdiction de la spéculation
- L'adossement à un actif tangible
- L'importance accordée à l'éthique<sup>15</sup>

En revanche, la FI doit faire face à de nombreux défis. On peut citer le manque de normalisation du fait du cadre juridique adapté à la FC qui ne prend pas en compte les particularités de la FI ainsi que les implications juridiques lors des crises financières rencontrées par les entreprises<sup>16</sup>. Malgré leur rôle important dans l'économie, ces IFI sont confrontées à plusieurs difficultés les conduisant parfois à la faillite<sup>17</sup> qui est « est une réalité socio-économique qui fait partie intégrante de l'environnement des entreprises »<sup>18</sup>. Elle est le résultat de plusieurs événements internes à l'entreprise et d'autres externes dont l'entreprise n'assume aucune part de responsabilité, comme le contexte général qui prévalait lors de la crise de 2008 et la crise de surendettement de la zone euro, l'évolution

---

[Hasan & Dridi]; Nienhaus Volker, « Islamic Finance Ethics and Shari'ah Law in the Aftermath of the Crisis: Concept and Practice of Shari'ah Compliant Finance, in: Ethical Perspectives » (2011) vol 18 n° 4 pp 891-623 à la p 594 [Nienhaus]; Moazzam Farooq & Sajjad Zaheer, « Are Islamic Banks More Resilient during Financial Panics? » (2015) IMF Working Paper n° 15/41 (Washington: International Monetary Fund) [Farooq & Zaheer]; Thorsten Beck, Asli Demirgüç-Kunt & Ouarda Merrouche, « Islamic vs. conventional banking: Business model, efficiency and stability » (2013) Journal of Banking & Finance vol 37 Issue 2 pp 433-447 [Beck, Demirgüç-Kunt & Merrouche]; Kammer Alfred, Mohamed Norat & Marco Piñón, « Islamic Finance: Opportunities, Challenges, and Policy Options » (2015) IMF à la p 8 [Kammer, Norat & Piñón].

<sup>15</sup> Allard, Benchabane, *supra* note 9 à la p 19. Ils précisent que « l'Islam pose des exigences fondées sur la nature de l'activité dans laquelle un investissement demeure conforme à la charia. Ainsi, les jeux de hasard, les activités en relation avec l'alcool, avec l'élevage porcin ou encore avec l'armement, avec l'industrie cinématographique suscitant ou suggérant la débauche ou la déchéance de l'être humain, constituent des secteurs d'investissement prohibés ».

<sup>16</sup> Slim Ur Rahman & Najeeb Zada « The Bankruptcy of an Islamic Financial Institution; A Case Study of Islamic Bank Limited (IBL) » (2016) Tahdhib al Afkar vol 03 Issue: 01 January-June 2016 à la p 42 [Ur Rahman & Zada]; Zulkifli Hasan, *Shari'ah Governance in Islamic Banks*, Edinburgh, University Press, 2012 à la p 27 [Zulkifli].

<sup>17</sup> Grais Wafik and Pellegrini Matteo, « Corporate governance in institutions offering Islamic financial services: issues and options » (2006) IMF Working Paper no 4052 (Washington: International Monetary Fund) aux pp 8-9 [Grais and Pellegrini].

<sup>18</sup> Coulibaly Aly D, *La défaillance des PME belges : analyse des déterminants et modélisation statistique*, thèse de doctorat en Sciences de Gestion, Université Catholique de Louvain, 2004 [non publiée] à la p 21.

technologique des années 2000<sup>19</sup>, le changement de la législation comme le cas de l'interdiction des sacs plastiques à Montréal<sup>20</sup> ou la crise mondiale du Covid-19.

Ainsi, au Canada 2 480 entreprises ont fait faillite en 2022. Le nombre de liquidations a atteint 1 942 et 538 entreprises ont fait l'objet d'une procédure de redressement<sup>21</sup>. En 2023, les défaillances d'entreprises croîtront de +19% à l'échelle mondiale, selon Allianz Trade<sup>22</sup>. La montée du nombre de défaillances a invité les instances internationales à trouver les solutions appropriées pour surmonter les difficultés dans le domaine du droit de l'insolvabilité, en particulier de l'insolvabilité des sociétés, pour promouvoir et encourager l'adoption de régimes nationaux efficaces en la matière<sup>23</sup>. Le guide législatif sur le droit de l'insolvabilité de la Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) par exemple, a proposé un rapport analytique des objectifs et principes que devrait refléter toutes les législations nationales sur l'insolvabilité. Il met l'accent sur neuf principes dont l'établissement d'un équilibre entre la liquidation et le redressement des entreprises. Cet équilibre a été précisé dans un rapport du FMI avec notamment l'adoption d'une politique qui permet la restructuration des sociétés viables et la liquidation de celles qui ne le sont pas<sup>24</sup>.

Un certain nombre de pays a mené des réformes juridiques qui ne réduisent pas seulement le droit de la faillite comme outil de sanction pour le débiteur en cessation de paiements mais qui conduit à la mise en place d'une législation privilégiant la sauvegarde des entreprises. L'un des outils adoptés pour pallier l'inefficacité des régimes

---

<sup>19</sup> Yuzawa, Takeshi, « The digital revolution and business behaviour: the case of Kodak versus Fujifilm » (2018) *Entreprises et histoire* vol 90 n° 1 aux pp 37-50.

<sup>20</sup> Ville de Montréal, Règlement 16-051, *Règlement interdisant la distribution de certains sacs d'emplettes dans les commerces de détail*, en ligne : <http://ville.montreal.qc.ca/sel/sypre-consultation/afficherpdf?idDoc=27529&typeDoc=1>.

<sup>21</sup> Gouvernement du Canada, Statistiques sur l'insolvabilité au Canada — 2021 (Tableaux 3, 3a et 3b).

<sup>22</sup> Allianz Trade, 2022, en ligne : <https://www.allianz-trade.fr/actualites/defaillances-entreprises-2023.html>.

<sup>23</sup> Banque Mondiale, principes régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers (2005) n° 48166 vol 1 à la p 1 ; CNUDCI, le guide législatif de la sur le droit de l'insolvabilité (2005) à la p iii; *Ibid* à la p 1, le Guide « s'intéresse essentiellement aux procédures d'insolvabilité ouvertes en application de la loi sur l'insolvabilité et menées conformément à celle-ci, et plus particulièrement au redressement, contre un débiteur, personne physique ou personne morale, qui exerce une activité économique. Les questions propres à l'insolvabilité des personnes physiques n'exerçant pas une telle activité, telles que les consommateurs, ne sont pas traitées ».

<sup>24</sup> Stone Mark R, « La restructuration du secteur des entreprises : Le rôle des pouvoirs publics en temps de crise » (2002) International Monetary Fund Publication Services à la p 1, en ligne : <https://www.imf.org/External/Pubs/FT/issues/issues31/fra/issue31f.pdf>.

d'insolvabilité est la restructuration. Elle s'est permis aux entreprises en difficulté passagères d'être à l'abri des poursuites de ses créanciers, la continuité de leurs activités et la réalisation de leurs réorganisations. Plusieurs terminologies ont été utilisées par différents législateurs pour décrire ledit concept<sup>25</sup>. Les principales sont : la réorganisation (États-Unis, Belgique), la restructuration (Canada), le redressement judiciaire (France, l'OHADA). Le guide législatif sur le droit de l'insolvabilité de la CNUDCI a choisi le terme redressement et l'a défini comme suit :

« Processus par lequel la prospérité et la viabilité financières de l'entreprise d'un débiteur peuvent être rétablies et l'entreprise continuer de fonctionner par le recours à différents moyens pouvant comprendre la remise des dettes, le rééchelonnement des dettes, la conversion de créances en prises de participation et la cession totale ou partielle de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité »<sup>26</sup>.

À partir de cette définition, nous constatons que le redressement est une procédure qui vise à donner une chance à une entreprise en difficulté<sup>27</sup> par différents moyens. Il constitue une ventilation artificielle utilisée pour apporter le soutien aux entreprises lorsque ces dernières sont en difficulté. Toutefois, une restructuration réussie d'une entreprise ne signifie pas seulement sa continuité, mais également le maintien de l'emploi, la conservation des relations d'affaires avec les clients de l'entreprise, la réassurance des créanciers sur leurs positions de crédit dans l'entreprise et la conservation de la valeur des actions<sup>28</sup>. Nous précisons que la liste des moyens énumérés dans la définition de la CNUDCI (comme celle de la remise des dettes et le rééchelonnement des dettes) est faite à titre d'exemple et qu'elle n'est pas exhaustive. Il existe d'autres outils

---

<sup>25</sup> Nous allons utiliser dans cette thèse de façon interchangeable les termes suivants : redressement, restructuration et réorganisation pour décrire ce concept.

<sup>26</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p 8.

<sup>27</sup> Nous entendons par cette expression toute entreprise qui se trouve dans une des trois situations suivantes : soit dans l'incapacité d'honorer ses obligations, soit en état de cessation de paiement ou dont la totalité de ses biens ne permettra pas l'acquittement de toutes ses obligations échues ou à échoir. Ceci, conformément à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (L.R.C. (1985), ch. B-3). Notre étude se limite aux entreprises en difficulté, honnêtes et malchanceuses. **Nous allons utiliser de façon interchangeable : entreprise insolvable, entreprise débitrice et entreprise en difficulté.** En ce sens, l'affaire *Stelco Inc., Re.* 2004 CarswellOnt 1211 (Ont. S. C. J.) explicite la différence entre la notion de (compagnie débitrice) en vertu de la LACC et la notion de (personne insolvable) dans la LFI ; *Re Les Oblats de Marie Immaculée du Manitoba*, 2004 MBQB 71 (CanLII) paras 33-34 : précise qu'il faut se référer à la notion de « personne insolvable » dans la LFI pour déterminer si une compagnie est une « compagnie débitrice » aux termes de la LACC.

<sup>28</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p 8.

qui diffèrent d'un pays à l'autre. Le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité de la CNUDCI lui-même précise qu'il ne fournit pas un ensemble unique de solutions types efficaces et effectives mais il aide les pays concernés à évaluer différentes options possibles et à choisir celle qui convient le mieux dans le contexte national ou local<sup>29</sup>. Ainsi au Canada, le législateur, à titre d'exemple, a codifié quatre concepts dans la réforme de 2009 qui vise à favoriser les réorganisations commerciales<sup>30</sup>. Lesdits concepts ne copient pas ceux cités dans la définition de la CNUDCI.

Les IFI ont été absentes lors des discussions récentes sur la résolution des régimes efficaces d'insolvabilité. Cependant, plusieurs IFI comme, Arcapita Bank, première banque d'investissement islamique touchée par la crise de la zone euro, ainsi que l'East Cameron Partners (ECP), qui a été la première entité américaine à émettre des *Sukuks*, ont demandé un *fresh start*, une seconde chance leur permettant de poursuivre leurs activités. Ils ont sollicité le dépôt d'une demande de protection au titre du chapitre 11 auprès d'un tribunal américain des faillites. Cela a ravivé l'intérêt sur les principes de la *Shari'a* relatifs à la faillite en général et au redressement plus particulièrement.

Ainsi, dans un premier temps, nous allons présenter dans une revue de littérature le contexte général de la faillite et du redressement des entreprises et la question de redressement de l'entreprise en difficulté dans la doctrine islamique classique et contemporaine. Ensuite, nous nous concentrerons sur la problématique de notre thèse à savoir l'objectif et l'hypothèse de recherche relative à cette dernière. Nous présenterons finalement le cadre théorique ainsi que la méthodologie envisagée.

\*\*\*\*\*

*Revue de littérature* – L'analyse de la question de la faillite au sein de la doctrine islamique n'a commencé que récemment dans la recherche juridique en anglais (en français, le sujet fait l'objet d'une littérature abondante)<sup>31</sup>. Deux articles ont exploré les

---

<sup>29</sup> *Ibid* à la p 2.

<sup>30</sup> McElcheran Kevin P, *Commercial Insolvency In Canada*, Toronto, LexisNexis, 2019 aux pp 10-11[McElcheran].

<sup>31</sup> **En Français** : Bouvet René, *De la faillite en droit musulman*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris, V. Giard & E. Brière, 1913; Tyan Émile, «Iflas et procédure d'exécution sur les biens en droit

points de convergence et de divergence entre le fiqh islamique classique et le droit étatique, en l'occurrence le droit américain<sup>32</sup>. Un autre a étudié un aspect différent du sujet traité, celui de l'influence de la *Shari'a*<sup>33</sup> sur le domaine de la faillite<sup>34</sup>. Malgré la pertinence de cette littérature, elle a été critiquée sur le fait d'être adressé aux experts de la finance. L'utilité de cette littérature, selon Kilborn Jason, dépend d'une connaissance globale qui permet au lecteur de contextualiser les discussions au sein de la doctrine

---

musulman (madhab hanafite) » (1964) *Studia Islamica* vol 21 pp 145 [Tyan]; **En arabe**, Ziad Sobhi Diab, *la faillite des entreprises dans la doctrine islamique (Fiqh) et le droit : une étude comparative (en arabe)*, thèse de doctorat en jurisprudence islamique, Université jordanienne, 2011 [Sobhi Diab]; Al-Harthy, Mohammed Saïd Saad, *la faillite et son impact sur les actions du débiteur : étude comparative (en arabe)*, thèse de doctorat en jurisprudence islamique, Université Umm Al-Qura, 1991 [non publiée]; Tabatabaei Mohammad, *Les effets de la faillite en Fiqh et en droit étatique (en arabe)*, thèse de doctorat en jurisprudence islamique, Université islamique al-'Imam muhammad bin Saoud, 1995 [non publiée]; Al hamadani Nizar ibn abdelkarim ibn sultan, *Le problème de la faillite du débiteur et la solution islamique : une étude doctrinale (fiqh) comparée (en arabe)*, Djeddah, Dar Al Mojtamaa, 1991; Al Mansour AbdelMajid ben Salah ben abdelAziz, *La faillite des entreprises et son impact sur le Fiqh et le droit étatique (en arabe)*, thèse de doctorat en jurisprudence islamique, Université islamique al-'Imam muhammad bin Saoud, 2009 [Dar kounouz Ishbilia, Riyad]; Al Khatib Ahmed Ali, *Al Hajr (la mise en tutelle) de débiteur au profit de ses créanciers dans la doctrine islamique (fiqh) et dans le droit comparé*, thèse de doctorat en jurisprudence islamique, Université de Caire, 1964 [Imprimerie Dar Ataalif, le Caire]; Saleh Abdel Ghaffar Ibrahim, *la faillite dans la Shari'a: une étude comparative (en arabe)*, le Caire, Maktabatal-Nahda al Misriya, 1999.

<sup>32</sup> Abed Awad & Robert E. Michael, « Iflas and Chapter 11: Classical Islamic Law and Modern Bankruptcy » (2010) 44 *Int'l Law*. 975 [Awad & Michael]; McMillen, Michael J. T., « An Introduction to Shari'ah Considerations in Bankruptcy and Insolvency Contexts and Islamic Finance's First Bankruptcy (East Cameron) » (2012) en ligne, SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=1826246>> [McMillen, « An Introduction »].

<sup>33</sup> Dans cet article, le droit islamique est utilisé en tant qu'un ensemble des règles juridiques, comme expression de la volonté de Dieu (Shari'a), ou développées par les juristes musulmans dans l'interprétation du Coran et de la Sunna (Fiqh) ou le droit positif lorsqu'il est en conformité avec la Shari'a ou le Fiqh. Pour plus de détails voir : Paradelle Muriel, « De la difficulté du bon usage des mots et de leur incidence sur la compréhension et l'application d'une norme juridique autre : La Shari'a, plus et au-delà du droit » (2013) 43 *R.D.U.S* [Paradelle] ; voir aussi Hallaq Wael B, *An introduction to Islamic law*, New York, Cambridge University Press, 2009; Schacht Joseph, *An introduction to Islamic law*, New York, Clarendon Press, 1982; René David et Jauffret-Spinozi Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11e éd, paris, Dalloz, 2002 aux pp 349- 350 [René et Jauffret-Spinozi]; Kamali Mohammad Hashim, *Principles of Islamic jurisprudence*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2003. Toutefois, il faut signaler qu'ils existent certains juristes qui réfutent cette dénomination du droit islamique, préférant parler plutôt d'une sorte de normativité et affirment que le droit islamique à son origine est l'expression d'une construction humaine : Amor Samia, « Le « nouveau pluralisme juridique » de Belley: ancien paradigme dans l'archéologie du droit islamique? » (2011) *Canadian journal of Law and society* vol 26 n° 2 pp 379-396 à la p 383. **De ce fait, nous allons utiliser dans cette thèse de façon interchangeable : droit islamique, Shari'a, fiqh et doctrine islamique.**

<sup>34</sup> Hamoudi, Haider Ala, « The Surprising Irrelevance of Islamic Bankruptcy » (2011) *American Bankruptcy Institute Law Review* vol 19 p 505 [Hamoudi, « The Surprising Irrelevance of Islamic Bankruptcy »].

islamique et son approche de la faillite. L'auteur de cette critique a contribué par un article intitulé « *Foundations of Forgiveness in Islamic Bankruptcy Law: Sources, Methodology, Diversity* »<sup>35</sup>, adressé aux non experts de la finance. Il fournit une feuille de route composée de la structure, des sources et du contenu de la doctrine islamique à cet égard.

Awad et Michael ont conclu que les dispositions de faillite en doctrine islamique classique sont similaires à celles de la Common Law avant l'adoption du chapitre 11 du Code américain des faillites en 1978<sup>36</sup>. Avant cette date, les lois sur la faillite avaient une seule fonction, celle de la distribution juste et équitable des actifs du débiteur entre ses créanciers<sup>37</sup>.

« This is similar to virtually all of the Western civil and common law systems. It is also similar to the Bankruptcy Code procedure in Chapter 7, Liquidation, in which a trustee-in-bankruptcy is required to take possession of the debtor's assets »<sup>38</sup>.

Après 1978, les États-Unis passent d'une loi sanctionnée qui favorise la liquidation à une loi qui encourage la restructuration de l'entreprise en difficulté. Par la suite, à partir des années 80, et dans la perspective de donner une chance aux entreprises qui font face à une difficulté financière, plusieurs pays ont introduit des réformes à leurs lois sur la faillite<sup>39</sup>. Cette tendance réformiste n'est pas universelle à l'image des pays du Conseil de

---

<sup>35</sup> Kilborn, Jason, « Foundations of Forgiveness in Islamic Bankruptcy Law: Sources, Methodology, Diversity » (2011) *American Bankruptcy Law Journal* 85 (4) 323-361 [Kilborn, « Foundations »].

<sup>36</sup> Awad & Michael, *supra* note 32 à la p 999.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid* à la p 989.

<sup>39</sup> Schultze & Braun, « Aperçu du droit allemand des procédures collectives » (1999) à la p 2, en ligne : Schubra <<https://www.schubra.de/downloads/broschueren/0060fr.pdf>>; Linklaters, « Brief Guide to English Corporate Insolvency Law » (2008) à la p 2, en ligne: Linklaters <[www.linklaters.com/pdfs/Insights/banking/Guidetoinsolvency.pdf](http://www.linklaters.com/pdfs/Insights/banking/Guidetoinsolvency.pdf)>; Slaughter and May, « An introduction to English Insolvency Law » (2015) aux pp 1-6, en ligne: Slaughterandmay <<https://www.slaughterandmay.com/media/251437/an-introduction-to-englishinsolvency-law.pdf>>; France, Sénat, Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, *Projet de loi de sauvegarde des entreprises*, par Jean-Jaques Hyest, Rapport n° 335 (11 Mai 2005) à la p 41, <<https://www.senat.fr/rap/104-335/104-3351.pdf>>; Giorgio Cherubini & Giavana Canale, « Italy moves forward amending bankruptcy law », (2015) *eurofenix* à la p 38, en ligne :eurofenix <<https://www.insol-europe.org/publications/eurofenix-past-issues>>; Geraldine Danaux, « La législation belge en matière de sauvetage d'entreprises sous la loupe. Quelles leçons tirer de notre passé et des pratiques législatives étrangères pour mieux faire échec à l'échec entrepreneurial? » (2014) Louvanschool of management Working paper 2014-12 à la p 2, en ligne : <<https://www.uclouvain.be/en-458935.html>>.

coopération des États arabes du Golf Arabique (CCG), (à l'exception de Dubaï International Financial Center (DIFC))<sup>40</sup> et dans un pays industriel comme le Luxembourg<sup>41</sup>.

Ce constat de la situation au niveau national appelle à se poser une question sur l'évolution des règles gouvernantes en matière de doctrine islamique.

Les auteurs qui ont étudié la faillite dans le fiqh classique divergent sur l'évaluation des principes classiques en matière de faillite. D'un côté, Monsieur Haidar Ala Hamoudi juge que les règles relatives à la faillite dans le fiqh classique sont mal adaptées afin de créer un régime de faillite moderne<sup>42</sup>. D'autres vont aller plus loin en niant l'existence de la notion de la faillite dans le fiqh classique qui a connu tout simplement la notion de l'insolvabilité<sup>43</sup>.

D'un autre côté, Awad et Michael affirment que le fiqh classique de la faillite était assez développé<sup>44</sup>. Il peut constituer une référence pour les pays de l'organisation de la coopération islamique dans leurs élaborations de nouvelles législations en la matière<sup>45</sup>.

De même, Jason Kilborn précise à ce sujet que:

« The core of the Islamic tradition offers reformers a solid foundation on which to build a modern insolvency relief structure. This region holds tremendous promise for reconciliation between local values and ancient legal norms on the one hand, and on the other, time-tested ideas borrowed from abroad for implementing effective modern techniques for addressing financial distress. In few other areas of governance do modern Western and Islamic norms seem to dovetail so smoothly. The essential elements and policies of modern bankruptcy law resonate

---

<sup>40</sup> Le Centre financier international de Dubaï (DIFC) est une zone franche financière avec son propre système juridique, distinct du reste des Émirats Arabes Unis qui abritent des institutions financières telles que NASDAQ Dubaï, ainsi que certains des hauts lieux culturels et culinaires de la ville; DIFC Law No.7 of 2004 (the 'Insolvency Law'), en ligne :

[https://www.difc.ae/files/1914/5448/9179/Insolvency\\_Law\\_DIFC\\_Law\\_No.\\_3\\_of\\_2009.pdf](https://www.difc.ae/files/1914/5448/9179/Insolvency_Law_DIFC_Law_No._3_of_2009.pdf).

Il faut toutefois noter que certains pays de golfe n'ont commencé que récemment à mettre en œuvre des réformes : les ÉAU en 2016, Bahreïn en 2018 et l'Arabie-Saoudite en 2018.

<sup>41</sup> Lovells Hogan, « Réforme du droit de la faillite : la reprise d'un chantier en cours ? » (2017) legitech à la p 1, en ligne :

<https://www.legitech.lu/newsroom/articles/reforme-droit-de-faillite-reprise-dun-chantier-cours/>.

<sup>42</sup> Hamoudi, « The Surprising Irrelevance of Islamic Bankruptcy », *supra* note 34 à la 510: « The first reason relates to the fact that the Shari'a insolvency rules are not terribly useful or relevant to the ordering of modern commercial societies ».

<sup>43</sup> Islamic Finance -Bankruptcy, « Financial Distress and Debt Restructuring: A Short Report » (2011) Harvard Law School Islamic Finance Panel, à la p 4.

<sup>44</sup> Awad & Michael *supra* note 32 à la p 999.

<sup>45</sup> *Ibid.*

quite harmoniously with the long Islamic tradition of peace, compassion, reconciliation, and forgiveness »<sup>46</sup>.

Toutefois, les auteurs convergent sur l'absence du volet de redressement dans le fiqh classique. Ils démontrent que l'objectif des dispositions sur la faillite, en fiqh classique, est d'assurer la distribution des biens entre les créanciers et de promouvoir la confiance dans le système de crédit<sup>47</sup>. Ainsi, cette procédure insiste seulement sur le volet de la liquidation. En revanche, la réhabilitation et la survie d'une entreprise insolvable, n'a pas été au centre des préoccupations des fouqaha classiques. Ceci laisse un champ d'action à l'étude de la réorganisation des entreprises dans la doctrine islamique contemporaine.

\*\*\*\*\*

L'idée initiale de cette étude est née lors d'une discussion avec notre directeur de mémoire de la maîtrise, le professeur Lebel Georges, qui nous a conseillé fortement de continuer à travailler sur cette thématique (la FI) en proposant de traiter le rôle de la finance islamique dans le renforcement de l'inclusion financière dans les pays de l'Organisation de la coopération islamique (OCI)<sup>48</sup>. Dans l'absence d'une problématique juridique, ce sujet a été abandonné et d'autres sujets ont pris la relève (responsabilité limitée des IFI, retard de paiement, personne morale...) jusqu'à ce que la recherche nous ait conduit à canaliser le questionnement et à nous intéresser au redressement des IFI<sup>49</sup>. Dans l'absence de recherches précises sur cette question, il était tentant de demeurer dans le raisonnement spéculatif qui stipule que ces normes (les dispositions de redressement) ne seraient pas adaptées pour les IFI. Il fallait, donc, dépasser le sens commun et comprendre, à partir du fonctionnement du redressement judiciaire étatique, le fondement juridique et religieux de ce concept en droit islamique.

---

<sup>46</sup> Kilborn Jason, « Bankruptcy and Islam: An explicit tradition of compassion and forgiveness » (2011) Cayman Financial Review [Kilborn, « Bankruptcy »].

<sup>47</sup> Sobhy Diab, *supra* note 31 aux pp 97-100; Al-Harithy, *supra* note 31 à la p 6.

<sup>48</sup> Lebel Georges est un professeur titulaire au département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

<sup>49</sup> Le Professeur émérite Wilson Rodney (professeur émérite d'économie à l'Université de Durham) nous a suggéré de traiter ce sujet.

Les instances internationales se posent encore plusieurs questions au sujet du développement d'un régime de faillite efficace pour les IFI<sup>50</sup>. À titre d'exemple, il a été signalé dans le cadre d'un rapport du FMI que la croissance de la FI et ses caractéristiques spécifiques par rapport à la FC nécessite une coopération entre les personnes chargées d'établir les normes dans la FI et FC pour l'élaboration d'un régime de faillite efficace pour les IFI<sup>51</sup>. La littérature disponible, dans ce champ d'études, est focalisée principalement sur le volet de la liquidation. Les auteurs qui ont traité le problème de redressement penchent essentiellement soit sur la critique des doctrines classique et contemporaine<sup>52</sup>, sur la description du processus de la liquidation ou sur la restructuration de certaines IFI qui ont rencontré des difficultés dans leurs réalisations<sup>53</sup>. Cette littérature ouvre, dans ses conclusions, des pistes de recherches qui nous été utiles dans nos développements.

Cette thèse s'est inspirée d'une ouverture qui a été faite par Awad et Michael dans la conclusion de leur article « Iflas and Chapter 11: Classical Islamic Law and Modern Bankruptcy »<sup>54</sup> et une autre faite par Michael J.T. McMillen dans son article « an introduction to shari'ah considerations in bankruptcy and insolvency contexts and islamic

---

<sup>50</sup> Tata Vijay, « Development of Effective Insolvency Regimes for Islamic Financial Institutions » (2012) Fifth Islamic financial stability forum, Bahrain à la p 5 [Vijay].

<sup>51</sup> IMF, *supra* note 4.

<sup>52</sup> Awad & Michael *supra* note 32; Muhammad Al-Bachir Muhammad Al-Amine, « insolvency and restructuring in islamic finance » dans Harvard-LSE Workshop dir., *Insolvency & Debt Restructuring in Islamic Finance*, London School of Economics, London, 2013 [Muhammad Al-Bachir]; Hamoudi, « *The Surprising Irrelevance of Islamic Bankruptcy* », *supra* note 34; Kilborn, « Foundations » *supra* note 35; McMillen, « An Introduction » *supra* note 32.

<sup>53</sup> McCarthy Tim & Kahn Aimee, « In ReArcapita: Islamic finance appears in U.S. bankruptcy court » (2013) International Financial Products & Services Committee vol 2 Issue [McCarthy & Khan]; Salzberg Mark A, « Arcapita Bank: The Bankruptcy Court Closes an Escape Valve for Foreign Defendants » (2017) Squire Patton Boggs [Sazberg]; Najeeb Zada, Ahcene Lahsasna & Muhammad Yusuf Saleem, « On sukuk insolvencies: a case study of east camron partner » dans Syed Aun R. Rizvi and Nafis Alam, *Islamic Capital Markets Volatility, Performance and Stability*, Switzerland, Palgrave Macmillan, 2016 31 à la p 32 [Zada, Lahsasna & Saleem, « On sukuk insolvencies: a case study of east camron partner »]; Sobhy Diab, *supra* note 28 à la p 14; McMillen Michael J. T, « The Arcapita Group Bankruptcy: A Restructuring Case Study » (2015) Global Trends in Islamic Commercial Law: International Shari'ah Research Academy for Islamic Finance and Thomson Reuters Report, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2687239>> [McMillen, « The Arcapita »] ; Hasan & Dridi, *supra* note 14; Nienhaus, *supra* note 14; Faroq & Zaheer, *supra* note 14; Beck, Demirgüç-Kunt & Merrouche, *supra* note 14; Ur Rahman & Zada, *supra* note 16 ; Zulkifli, *supra* note 16; Grais and Pellegrini, *supra* note 17.

<sup>54</sup> Awad & Michael, *supra* note 32 aux pp 999-1000.

finance's first bankruptcy (east cameron) »<sup>55</sup>. Les premiers ont recommandé de traiter davantage le concept du redressement en droit islamique et le deuxième a interrogé la base de la *Shari'a* dans une hypothèse d'intégration des concepts de réorganisation.

À la lumière de la littérature qui porte sur notre sujet de recherche et suite aux conseils de mon directeur de recherche (professeur Roch François)<sup>56</sup> et des membres du jury, l'idée de cette recherche a pris forme. Par conséquent, notre thèse s'est attardée à une analyse des concepts de la restructuration en droit canadien à la lumière de la doctrine islamique et les modes de leur intégration.

Les concepts de la réorganisation suggérés par les trois auteurs n'ont jamais été traités dans la littérature. Dans ce cadre, nos propos se situent dans le prolongement desdites réflexions. Notre contribution sera l'analyse des outils de la réorganisation prévus par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC) et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI)<sup>57</sup>. De ce fait, notre question principale sera la suivante :

Comment introduire les concepts de la restructuration conventionnelle dans la doctrine islamique ?

Cette question principale se décline en quatre sous-questions :

- Comment fonctionnent les concepts de la restructuration dans le droit canadien de la faillite ?
- Trouve-t-on des concepts équivalents dans la doctrine juridique islamique ?
- Que prévoient les normes encadrant la finance islamique en matière de faillite et de restructuration ?
- Dans quelle mesure les concepts de restructuration en droit canadien convergent avec leurs équivalents en droit islamique? Dans la négative, quelles propositions pouvons-nous faire?

Nous proposons comme hypothèse que l'existence de certains principes à savoir : la résiliation (*faskh*), l'annulation de la dette (*al-ibra'*) et le transfert de la responsabilité de la dette à une personne tierce (*hawala*), dans la doctrine islamique, permettent la réception de certains concepts de la restructuration de la FC ancrés dans la jurisprudence

---

<sup>55</sup> McMillen, « An Introduction » *supra* note 32 à la p 29.

<sup>56</sup> Roch François est un professeur titulaire au département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

<sup>57</sup> La présente recherche constitue la première étude sur l'analyse des concepts de la réorganisation. Une nouveauté qui touche aux fondements juridiques de ces concepts, à leurs introductions dans la doctrine islamique et leurs adaptabilités pour les IFI.

canadienne et codifiés dans la LAAC et la LFI. Cependant, la spécificité de la théorie de la faillite en FI<sup>58</sup> laisse penser que l'introduction d'autres concepts peut être faite sous certaines conditions.

Autrement dit, selon nous, le droit canadien connu par sa mixité, dans laquelle, notamment, deux traditions juridiques coexistent et interagissent, peut servir de référence aux organismes islamiques chargés de la normalisation de la FI lors de l'élaboration de nouvelles normes de restructuration ou de l'examen de l'adéquation des dispositions, en la matière, existantes en droit canadien ou autre part. le droit canadien peut aussi constituer un indicateur précis sur la manière dont certains remèdes aux difficultés financières propres à la doctrine islamique peuvent être activés.

L'objectif de cette thèse est de montrer l'importance de l'établissement de régimes d'insolvabilités efficaces pour les IFI.

Étant donné que la problématique de restructuration des entreprises des IFI brouille les frontières entre les normes juridiques et les normes religieuses<sup>59</sup>, il nous paraît convenable d'abandonner le paradigme moniste qui ne reconnaît qu'un seul ordre juridique pour chaque espace géographique, au profit du pluralisme juridique qui admet l'existence d'une pluralité des ordres juridiques ou de cadres normatifs<sup>60</sup>.

\*\*\*\*\*

*Le redressement des IFI et le pluralisme juridique* – Les IFI sont soumises aussi bien au droit étatique qu'à d'autres normativités. Cette soumission des IFI à plusieurs normativités constitue un défi juridique qui nécessite l'éloignement d'une vision qui limite le droit à la loi de l'État au profit d'une approche pluraliste en vertu de laquelle le droit n'est pas une exclusivité étatique. Dans notre étude, nous nous inscrivons dans le

---

<sup>58</sup> Cette singularité se manifeste dans l'aspect de l'interdiction de l'intérêt, la nature de l'argent qui est reconnu comme un moyen d'échange qui n'a pas de valeur économique en soi et la dette qui ne peut pas être annulée que par le remboursement ou le pardon, voir Salman Syed Ali, « Insolvency and Debt Restructuring in Islamic Finance » dans Harvard-LSE Workshop, *Insolvency & Debt Restructuring in Islamic Finance*, London, London School of Economics, 2013 à la p 11.

<sup>59</sup> Langevin Louise, « L'affaire Bruker c. Marcovitz : variations sur un thème » (2008) 49 Les Cahiers de droit à la p 655.

<sup>60</sup> Macdonald R. A., « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées » (2002) 33 R.D.U.S à la p 135 [Macdonald]; Tremblay Geneviève, « Le phénomène d'émergence de la normativité dans le domaine de la télémédecine : du pluralisme juridique au constructivisme » (2001) Revue de droit d'Ottawa vol 32 n° 2 à la p 160 [Tremblay].

cadre du pluralisme juridique ou plutôt des pluralismes juridiques<sup>61</sup>, dans la mesure où il existe plusieurs approches dans ce courant qui se construit dans une perspective critique de la vision d'un droit porté par un centralisme (un droit exclusivement étatique)<sup>62</sup> et un monisme (un ordre juridique)<sup>63</sup>.

Le pluralisme juridique est marqué par une divergence, sur le plan lexical associé à son usage, sur sa nature et sur les caractéristiques des foyers normatifs non étatiques qu'il incarne.

Au plan de la dichotomie lexicale<sup>64</sup>, les auteurs utilisaient plusieurs termes pour décrire le pluralisme juridique tels que : « dominant et dérivé »<sup>65</sup>; « modéré et radical »<sup>66</sup>, « réel et formel »<sup>67</sup> ou « réel et complexe »<sup>68</sup>, « objectif et subjectif »<sup>69</sup>, « faible et fort »<sup>70</sup>, « strict et général »<sup>71</sup>, « intra-étatique et extra-étatique »<sup>72</sup> et « ancien et nouveau »<sup>73</sup>. Cette déclinaison dichotomique complique la saisie de la nature du pluralisme juridique. En ce qui concerne cette nature, l'hétérogénéité au sein de la littérature consacrée au pluralisme juridique le conçoit comme un « champ d'étude ou un courant théorique »<sup>74</sup>, « une

---

<sup>61</sup> Vanderlinden Jaques, *Les pluralismes juridiques*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013 [Vanderlinden].

<sup>62</sup> Macdonald, *supra* note 60 à la page 135.

<sup>63</sup> *Ibid* ; Vanderlinden Jaques, « À la rencontre de quelques conceptions du pluralisme juridique » (2005) *Revue de la Common Law en français* vol VII 7 (1-2) à la p 361.

<sup>64</sup> Dans son ouvrage sur le pluralisme juridique Vanderlinden Jacques met en place une typologie de ses modalités : « pluralisme parallèle ou intégré; pluralisme cumulatif ou isolé; pluralisme optatif ou obligatoire; pluralisme contrôlé ou indépendant; pluralisme remédial ou préventif; pluralisme antagoniste ou complémentaire; et pluralisme imposé ou convenu » : Vanderlinden, *supra* note 63.

<sup>65</sup> Hooker M. P., *Legal Pluralism – An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975 à la p 454 [Hooker].

<sup>66</sup> Belley Jean-Guy, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique » (1986) *Sociologie et sociétés* vol 18 n°1 aux pp. 11-32.

<sup>67</sup> Lajoie Andrée, Quillinan Henry, Macdonald Rod et Rocher Guy, « Pluralisme juridique à Kahnawake ? » (1998) *Les Cahiers de Droit* vol 39 n°4 à la p 709 [Lajoie, Quillinan].

<sup>68</sup> *Ibid*, p. 706.

<sup>69</sup> Macdonald, *supra* note 60 à la p. 138.

<sup>70</sup> Rouland Norbert, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob, 1991 aux pp.116- 117.

<sup>71</sup> Otis Ghislain, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada » (2009) *Revue de droit de McGill* vol 54 n°2 aux pp 237-256.

<sup>72</sup> Lajoie, Quillinan, *supra* note 67 à la p 684.

<sup>73</sup> Berman Paul Schiff, « Le nouveau pluralisme juridique » (2013) *Revue Internationale de Droit Économique* T. XXVII vol 1 à la p 230 [Berman].

<sup>74</sup> Otis Ghislain, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel » dans Ghislain OTIS, Abdoullah Cissé, Paul De Decker, Wanda Mastor, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone. Présentation générale d'une problématique*, Paris, Éditions des archives contemporaines/Agence universitaire de la Francophonie, 2010 à la p 15.

hypothèse »<sup>75</sup>, « un courant doctrinal »<sup>76</sup>, « une nouvelle orthodoxie »<sup>77</sup>, un « cadre analytique attrayant »<sup>78</sup>, « un appareil conceptuel »<sup>79</sup>, ou « une des voies de rupture épistémologique »<sup>80</sup>. Conséquemment, on peut voir cette nature « à la fois un fait et une norme »<sup>81</sup>.

Quant aux caractéristiques identificatoires d'un pluralisme juridique, les travaux de nombreux auteurs juristes et sociologues du droit mettent en relief, au moins, deux paramètres : la multiplicité des ordres juridiques<sup>82</sup> et le concept du champ social. Autour de ces deux variables se construit une multiplicité de particularités. C'est ainsi que le pluralisme juridique se caractérise, indistinctement, par rapport à l'observation de « l'existence d'une multiplicité de foyers de création du droit »<sup>83</sup>, de « niveaux juridiques de sous-groupes [organisés dans une forme pyramidale] »<sup>84</sup>, de « champs sociaux semi-autonomes [pratiquant] une interaction horizontale »<sup>85</sup>, d'«interférence de deux ou de plusieurs lois »<sup>86</sup>, de « la soumission simultanée d'un individu à une multiplicité d'ordonnancements juridiques »<sup>87</sup>; de «la présence de plusieurs ordres juridiques dans un

---

<sup>75</sup> Macdonald, *supra* note 60 à la p 137.

<sup>76</sup> Rouland Norbert, « Pluralisme juridique (théorie anthropologique) » dans André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du Droit*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1993 à la p 449.

<sup>77</sup> Belley Jean-Guy, « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit. » (2011) *Canadian Journal of Law and Society* vol 26 n°2 à la p 260.

<sup>78</sup> Berman, *supra* note 73 aux pp 229-256.

<sup>79</sup> Macdonald, *supra* note 60 à la p 144.

<sup>80</sup> Otis Ghislain, Abdoullah Cissé, Paul De Deckker et Wanda Mastor, *Cultures juridiques et gouvernance : dans l'espace francophone. Présentation générale d'une problématique*, Paris, Éditions des archives contemporaines/Agence universitaire de la Francophonie, 2010 à la p 15.

<sup>81</sup> Terré Dominique, « Le pluralisme et le droit » (2005) *Arch. phil. Droit* vol 49 aux pp 72-75.

<sup>82</sup> Rocher Guy, « Pour une sociologie des ordres juridiques » (1988) *les Cahiers de droit* 29 (1) 91–120 à la p 108 [Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques »].

<sup>83</sup> Gurvitch Georg, *L'idée d'un Droit social. Notion et système du Droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII<sup>e</sup> siècle jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Sirey, 1932.

<sup>84</sup> L'idée de système se trouve chez Pospisil. Il l'a développée par identification à des sous-groupes divisant la société en paliers juridiques. Chaque groupe est seul détenteur de ce système : Pospisil Leopold Jaroslav, *Anthropology of Law : A Comparative Theory*, New York, Harper & Row, 1971 à la p 385.

<sup>85</sup> Moore Sally Falk, « Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study » (1973) in *Law and Society Review* vol 7 aux pp 719-746 [Sally Falk Moore].

<sup>86</sup> Hooker, *supra* note 65 à la p 6.

<sup>87</sup> Dans une première analyse, J. Venderlinden définissait le pluralisme juridique comme « l'existence de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques » Vanderlinden Jacques, « Le pluralisme juridique – Essai de synthèse » dans John Gilissen (dir.), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, Institut de sociologie, histoire et ethnologie juridique, 1972 à la p 56. Deux décennies plus tard, l'auteur revisite sa définition pour prétendre que le pluralisme juridique

même champ social donné »<sup>88</sup>, de «la résultante des interactions entre des champs sociaux »<sup>89</sup> et d'outils alternatifs « en faveur de la justice sociale »<sup>90</sup> ou encore « [la reconnaissance] d'une multiplicité d'ordres juridiques sur un même territoire à un moment déterminé »<sup>91</sup>.

L'arrêt sur la dichotomie lexicale du pluralisme juridique, la divergence quant à sa nature et l'hétérogénéité de ses identités renvoient à son appréhension à partir de trois angles : institutionnel, individuel et intermédiaire. L'institutionnel retient l'ordre juridique à travers lequel le pluralisme juridique peut être considéré comme modéré ou intra-étatique. Le second revêt un caractère plus subjectif : l'individu se trouve au centre de la convergence de plusieurs réseaux sociaux qui le situent dans un pluralisme radical ou un pluralisme extra-étatique<sup>92</sup>.

L'intermédiaire se situe entre les deux concepts précédents<sup>93</sup>, il oriente vers l'acteur<sup>94</sup> (multijuridisme<sup>95</sup> et mixte). Les trois angles dépeignent le degré de rapprochement ou

---

est centré sur l'individu : Jacques Vanderlinden, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique » (1993) *Revue de la recherche juridique-Droit prospectif* vol 18 n°2 à la p 582. Une idée que l'on retrouve également chez R.-A. Macdonald.

<sup>88</sup> Mais le vrai pluralisme juridique serait celui qui se soustrait à la domination de l'État : John Griffiths, « What is Legal Pluralism? » (1986) *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* n°24 p 1-55. De son côté, R.-A. Macdonald précise que toutes les normativités, celle de l'État et celles de la société civile sont conçues par le pluralisme juridique comme « des ordres juridiques » : Macdonald, *supra* note 60 à la p 138.

<sup>89</sup> Rouland Norbert, *Anthropologie juridique*, Paris, P.U.F, coll. « Droit fondamental », 1988 à la p. 88.

<sup>90</sup> Arnaud André-Jean, « Alternatif (droit)-Alternative (Justice) » dans *Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, Paris, L.G.D.J., 1988 (réd.1993) à la p 2.

<sup>91</sup> Lajoie Andrée, « Synthèse introductive » dans Lajoie Andrée, Brisson Jean-Maurice, Normand Sylvio et Bissonnette Alain (dir.), *Le statut des autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éditions Yvon Mais, coll. « Le droit aussi... », 1996 à la p 6.

<sup>92</sup> Macdonald R. A, « Pour une reconnaissance d'une normativité juridique implicite et « inférentielle » » (1986) *Sociologie et sociétés* vol 18 n°1 p 47-58; Vanderlinden, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *supra* note 87 aux pp 580-581.

<sup>93</sup> Cette posture du milieu se situe entre l'individualisme du pluralisme radical et le holisme du positivisme juridique. Elle est défendue par Le Breton Karine, « La justice urbaine à Kinshasa : de la symbiose des acteurs à un pluralisme judiciaire à construire » dans *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2009 à la p 130.

<sup>94</sup> « L'acteur s'inscrit dans la société par de multiples appartenances, jouant dans chacun des collectifs un rôle particulier où il se voit reconnaître des droits et des obligations qui sont spécifiés par le mode de régulation propre à « chaque champ social semi autonome » selon la fameuse théorie de Sally Falk-Moore » : Le ROY Étienne, « Le pluralisme juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité » dans *Cahiers d'Anthropologie du droit*, 2003 à la p 12.

<sup>95</sup> Dans une position de désertion de la notion de pluralisme juridique, Le Roy préfère « restituer l'idée que chaque « cité », donc chaque « monde », peut posséder ses propres régulations et s'il y a pluralité des mondes, il y a *ipso facto* pluralité des régulations, ce que je dénomme « multijuridisme » : Le ROY

d'éloignement de l'entendement du pluralisme juridique par rapport à l'État en tant qu'unique producteur de droit<sup>96</sup>.

Nous demeurons attachés à l'attribution de la juridicité au seul droit étatique. Nonobstant, nous reconnaissons l'existence d'un ordre juridique étatique et d'un autre non étatique dans un espace géographique déterminé. À cet égard, nous adoptons dans cette thèse une approche hybride combinant l'approche intra-étatique et celle extra-étatique. L'utilité de cette approche est pertinente dans cette recherche, dans la mesure où elle reconnaît, sur le plan sociologique, l'existence à la fois d'un ordre juridique étatique, international et religieux (1). De même, elle permet d'observer les traces d'une internormativité à travers le dialogue entre les différents acteurs (2).

*La pluralité des ordres normatifs et le redressement des IFI* – La majorité des IFI opèrent sous l'égide du droit étatique. Dans certains pays, malgré l'existence de lois spéciales pour les IFI (comme en Malaisie, les EAU et le Koweït)<sup>97</sup>, lesdites lois elles même précisent que les IFI sont soumises aux lois du pays, dès leur naissance jusqu'à leur dissolution. Là-dessus, l'article 2 de la loi fédérale n° 6 sur les banques, les institutions financières et les sociétés d'investissement islamique aux ÉAU stipule que :

---

Étienne, *Le jeu des lois. Une anthropologie « dynamique » du Droit : avec des consignes et des conseils au « jeune joueur juriste »*, Paris, L.G.D.J., 1999 à la p 59. Et le multijuridisme réfère à « la multiplicité des réseaux qui reçoivent notre sociabilité ». Dans cette pluralité, la juridicité se conçoit « comme une interface (l'interlégalité) entre des modes de régulation fondamentalement originaux » : Le ROY Étienne, « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de la modernité » dans Lajoie Andrée et al., (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles, Bruylant/Thémis 1998 à la p 36.

Plus précisément Le ROY conçoit le droit comme un tripode juridique ou tripode de la juridicité dont chaque pied correspond à des normes générales et impersonnelles, des modèles de conduites et de comportements et enfin des systèmes de dispositions durables: Le ROY Étienne, « Le tripode juridique. Variations anthropologiques sur le thème de flexible droit » (2007) l'Année sociologique vol 57 n°2 à la p 349. Par ce tripode juridique, Le Roy conforte sa conception du droit qui ne se limite pas au tripode juridique de Jean Carbonnier articulé autour de la Loi, la jurisprudence et la coutume (ou la doctrine). La juridicité comprend tous les phénomènes juridiques (droit étatique y compris) qui traduisent le développement humain au sein d'une société donnée.

<sup>96</sup> Carré de Malberg soutient l'idée d'un État détenteur de la souveraineté et donc à l'origine de l'ordre juridique : Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Léviathan », 2003 à la p 352.

<sup>97</sup> Wilson Rodney, *Legal regulation and governance issues in islamic finance*, Croydon CRO, Edinburgh University Press, 2012 aux pp 103-105 [Wilson, *Legal regulation and governance issues in islamic finance*].

« ...Ces banques, institutions et sociétés sont régies par la loi fédérale n ° (10) pour l'année 1980 et la loi fédérale n ° 8 de 1984 et d'autres lois et règlements en vigueur dans le pays, ainsi qu'aux règles coutumières en vigueur - et cela s'applique à tout ce qui ne figure pas expressément dans la présente loi... »<sup>98</sup>

La Coopérative d'habitation Qurtuba, à titre d'exemple, est une IFI constituée au Québec (Canada) comme une coopérative en vertu de la Loi qui lui est propre<sup>99</sup>. Le Dubai Islamic Bank et le Noor Islamic Bank sont introduites en tant que sociétés par action en vertu du droit commercial de les EAU. La même chose s'applique à Al Rajhi Bank of Koweït et Koweït Finance House, intégrées par le droit commercial au Koweït.

En cas de défaut des IFI, ces dernières feront face à une procédure encadrée par la loi nationale du pays de résidence. C'est le cas de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (LACC) et la Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI) au Canada<sup>100</sup>, pour la coopérative Qurtuba, ou le chapitre 11 et le chapitre 7 du Code de la faillite des États-Unis<sup>101</sup> pour l'East Cameron Gas Sukuk (ECP) ou encore le Décret-loi fédéral sur la faillite<sup>102</sup> des EAU pour le Dubai Islamic Bank.

Le point commun entre les dispositions juridiques que nous avons citées ci-dessus, c'est qu'elles s'inscrivent toutes dans une vision qui considère le droit comme :

« Une composition (1 de l'ensemble des règles, normes et principes 2 que l'on trouve dans les textes qui émanent 3 soit d'organismes publics ou étatiques habilités à dire le doit 4 soit de personnes, de groupes de personnes, d'organismes privés qui agissent ou passent des ententes en vertu de pouvoirs reconnus par l'État ou le droit de l'État »<sup>103</sup>

Cette vision n'est plus utile en ce qui concerne la faillite des entreprises en général et les IFI en particulier, car les entreprises se réfèrent à plusieurs corpus juridiques et normatifs.

---

<sup>98</sup> Émirats arabes unis, *Loi fédérale n° 6 de 1985 sur les banques, les institutions financières et les sociétés d'investissement islamiques*, en ligne :

[https://www.centralbank.ae/index.php?option=com\\_content&view=article&id=142&Itemid=115](https://www.centralbank.ae/index.php?option=com_content&view=article&id=142&Itemid=115).

<sup>99</sup> Québec : *Loi sur les coopératives* (RLRQ, C. C-67.2).

<sup>100</sup> *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* L.R.C. (1985), ch. C-36; *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* L.R.C. (1985), ch. B-3.

<sup>101</sup> U.S. Code: *Title 11 – Bankruptcy*.

<sup>102</sup> ÉAU, *Décret-loi fédérale n° 6 de 2016 sur la faillite*, en ligne :

<https://www.mof.gov.ae/Ar/lawsAndPolitics/govLaws/Documents/FederalBankruptcy.pdf>.

<sup>103</sup> Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *supra* note 82 à la p 93.

Cela dit, l'État n'est pas le seul maître d'œuvre dans ce domaine de droit<sup>104</sup>. Après les crises financières des années 90, l'encadrement juridique de l'insolvabilité n'est plus une spécificité nationale. L'existence de régimes de traitement de l'insolvabilité et de protection des droits des créanciers efficaces commence à acquérir une réelle dimension politique, économique et sociale, et nécessite l'élaboration de règles internationales. Ainsi, de nouvelles normes ont vu le jour. Il s'agit notamment d'un rapport élaboré par le département juridique du FMI en 2000, intitulé « *Pour des procédures d'insolvabilité ordonnées et efficaces* »<sup>105</sup>, le condensé des pratiques internationales des régimes d'insolvabilité intitulé « *Les Principes régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers* » formulé par la Banque Mondiale<sup>106</sup> et le « *le guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* » émis par CNUDCI<sup>107</sup>.

Les normes nationales relatives à la faillite vont être donc superposées par des normes internationales comme le guide de la CNUDCI, de même que des normes supranationales comme le règlement européen sur l'insolvabilité<sup>108</sup>. La cohabitation des deux normes, nationale et internationale, se manifeste dans le principe de la supériorité des normes du droit international et la primauté du droit européen. Ce principe signifie que « *le droit international l'emporte sur toutes les règles juridiques émises par ces sujets : États, organisations internationales, organismes publics internationaux, O.N. G. ou personnes privées* »<sup>109</sup>. Bien que ce principe ne soit pas inscrit dans les traités, il a été consacré par la jurisprudence. L'arbitrage international a confirmé ce principe dans l'affaire « Montigo 1875 » et l'affaire « Georges Pinson 1928 »<sup>110</sup>. La pratique judiciaire a appliqué ce

---

<sup>104</sup> Tremblay, *supra* note 60 à la p 162.

<sup>105</sup> FMI, Pour des procédures d'insolvabilité ordonnées et efficaces, (2000) en ligne : FMI  
<<http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/fre/>> [FMI].

<sup>106</sup> La Banque Mondiale, *supra* note 23.

<sup>107</sup> CNUDCI, *supra* note 23.

<sup>108</sup> Règlement UE, Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 *relatif aux procédures d'insolvabilités transnationales (refonte)* [2015] J.O. L 141/19 p. 19-72. Il a remplacé, à partir du 26 juin 2017, le règlement 1346/2000 *relatif aux procédures d'insolvabilité* : Règlements CE, Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 *relatif aux procédures d'insolvabilité* [2000] J.O. L 160 p. 0001-0018.

<sup>109</sup> Carreau Dominique, *Droit international*, 11e éd., Paris, Éditions A. Pédone, 2012 à la p 79 [Carreau].

<sup>110</sup> Arbitrage : *Affaire Montijo* (1875), 353, 429, 487 ; *Georges Pinson (France) v. United Mexican States* 19 octobre 1928.

principe dans le cas « traitement des nationaux polonais à Dantzig »<sup>111</sup>. Dans le contexte européen, la CJUE a consacré le principe de primauté dans l'arrêt *Costa contre Enel*, datant du 15 juillet 1964<sup>112</sup>. En vertu de ce principe, le droit issu des institutions européennes s'intègre aux systèmes juridiques des États membres qui sont obligés de le respecter. La Cour de justice a consacré un autre principe : celui de l'effet direct dans l'arrêt *Van Gend en Loos* du 5 février 1963<sup>113</sup>. En vertu de ce dernier, les particuliers peuvent se prévaloir de leurs droits européens et les invoquer directement devant les juridictions nationales et européennes. De ce fait, il n'est pas nécessaire que le pays de l'UE reprenne la norme européenne concernée dans son ordre juridique interne.

La coexistence du droit national et du droit international ou supranational dans un espace géographique donné apparaît aussi dans leur contrariété qui impose aux autorités des États concernés d'appliquer la disposition européenne ou internationale. De plus, la cohabitation se manifeste dans la non-annulation et la non-abrogation de la règle interne<sup>114</sup> par la règle internationale. Dans ce sens, et par rapport au juge ou l'arbitre international, le Professeur Dominique Carreau précise que :

« S'il constate une contrariété entre la norme interne et la norme internationale, il ne va pas « annuler » ou « reformer » la première; dans une telle hypothèse, il déclarera la norme interne inopposable sur le plan international c'est-à-dire « inefficace » ou, tout simplement, « non applicable »<sup>115</sup>.

L'émergence de la normativité internationale dans le domaine de la faillite constitue, selon la CNUDCI, un référentiel qui favorise la prise en considération du contexte culturel, économique, juridique et social dans les différents pays<sup>116</sup>. Cela nous permet de s'interroger sur le rapport que les IFI entretiennent avec le droit islamique.

Les IFI, comme toute autre entreprise, fonctionnent dans un environnement tâche composé de quatre éléments, à savoir : les clients, les fournisseurs, les concurrents et les

---

<sup>111</sup> C.P.J.I., Avis consultatif du 4 février 1932, *Traitement des nationaux aux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*.

<sup>112</sup> C.J.C.E., l'affaire 6-64 du 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, *Rec.*, 1964, p.1160.

<sup>113</sup> C.J.C.E., l'affaire 26/62 du 5 février 1963, *Van Gend en Loos*.

<sup>114</sup> Le droit national n'est ni annulé ni abrogé. Mais, sa force obligatoire est suspendue.

<sup>115</sup> Carreau, *supra note* 109 à la p 85.

<sup>116</sup> CNUDCI, *supra note* 23, à la p 2.

régulateurs<sup>117</sup>. Elles subissent le même niveau d'influence de la part de ces facteurs par rapport à d'autres entreprises. Toutefois, les IFI assument une dose supplémentaire en ce qui concerne l'environnement intangible relatif aux soi-disant systèmes idéologique, religieux ou dogmatique, juridique, culturel et social<sup>118</sup>.

Le fonctionnement des IFI dans ce contexte particulier qualifié par Lachemi Siagh de *culture intense*<sup>119</sup>, notion similaire au concept de *champ social semi-autonome* de Sally Falk Moore<sup>120</sup>, exige l'éloignement de l'aspect moniste du droit positif et impose *de facto* une approche pluraliste<sup>121</sup>. Il ne s'agit pas de réfuter le droit étatique mais plutôt de s'opposer à l'exclusivité qu'on lui a attribué. Le droit se manifeste dans un tel environnement sous différentes normes juridiques, religieuses, culturelles et sociales. Cela dit, il faut prendre en considération lesdites normativités qui participent à l'encadrement des IFI. En plus du droit national et du droit international, les IFI sont soumises également au droit islamique ou aux droits islamiques, puisqu' il s'agit d'un droit pluraliste. Pour bien illustrer cette pluralité, nous signalons que dans la contemporanéité, certains pays disposent d'un conseil national de la *Shari'a* et d'autres n'en disposent pas. Force est de constater qu'une divergence apparaît au sein des pays composant la deuxième catégorie. Quant à la première, elle vit dans une certaine harmonie et cohérence normatives assurées par le conseil central de la *Shari'a*<sup>122</sup>. Toutefois, cette harmonisation ne dépasse pas le territoire national, car chaque pays est influencé par une école juridique précise. À titre d'exemple, la Malaisie est dominée par

---

<sup>117</sup> Lachemi Siagh, *supra* note 13 aux pp 59- 60.

<sup>118</sup> *Ibid* à la p 68.

<sup>119</sup> *Ibid*, aux pp 71-72.

<sup>120</sup> Moore Sally Falk, *supra* note 85 aux pp. 719–746.

<sup>121</sup> Cousineau Julie, *L'anonymat des dons de gamètes et d'embryons au Québec et au Canada : Essai théorique sur l'internormativité entre le droit positif et l'éthique de la sollicitude dans la résolution du conflit*, Thèse de doctorat en droit, Université McGill, 2011 à la p 53.

<sup>122</sup> Le conseil central de la *Shari'a* est un conseil de niveau général ou un organisme analogue de juristes spécialisés dans *Fiqh al-Mu'amalat* (doctrine commerciale islamique) et des experts en banque islamique, en finance, en droit, en comptabilité, etc. Il fournit des orientations et des conseils sur des questions relatives à la *Shari'a*, avec une supervision limitée, qui est établie dans un pays ou une juridiction spécifique pour assurer l'uniformité et l'harmonie dans les produits et les pratiques en matière de la finance islamique par le biais de la *Fatawa*, les décisions et les principes applicables sur une base large plutôt qu'au niveau d'une institution unique. Il a deux types de base, c'est-à-dire un conseil national de la *Shari'a* et un conseil de la réglementation de la *Shari'a*. Voir Brian Kettell, *Introduction to Islamic Banking and Finance*, John Wiley & Sons Ltd, UK, 2011 aux pp 23-26 [Kettell].

l'école chafite, le Maroc est influencé par l'école malikite et le Pakistan s'est inspiré par l'école hanafite. Cela entraîne une divergence entre ces différents pays.

Face à cette pluralité des normes contribuant à la régulation de la FI, la notion du droit positif présente certaines limites liées surtout à son attachement à l'État et à ses appareils. Cette notion ignore l'existence d'autres formes de régulation auxquelles le pluralisme attribue un caractère qu'on pourrait qualifier de juridique. La quête des critères qui peuvent identifier les différentes normativités a été faite par Niklas Luhmann qui a proposé la notion du système (systèmes autarcique et autonome) et par Guy Rocher qui a suggéré la notion d'ordre<sup>123</sup>. Cette dernière est privilégiée dans notre travail d'attribuer la juridicité à cette multiplicité de normes. Les ordres juridiques, selon Rocher, s'identifient par leur acquisition d'un ensemble de règles et de normes reconnues contraignantes par les membres d'une unité sociale. Par ailleurs, ils peuvent s'identifier par des agents ou des appareils reconnus dans l'unité sociale d'avoir une compétence d'élaborer, d'interpréter et d'appliquer lesdites normes. Aussi, ils peuvent acquérir une légitimité sur laquelle l'intervention des agents doit être fondée. Finalement, une stabilité des règles et des agents dans le temps peut également identifier l'existence des ordres juridiques<sup>124</sup>. Ces critères se concordent bien avec le droit étatique, le droit international et le droit islamique. Les IFI ne sont pas régies par un seul ordre juridique. Il faut prendre en considération cette multiplicité de normes qui fonctionnent de façon horizontale et qui interagissent entre elles<sup>125</sup>.

*L'internormativité : un concept outil dans le redressement des IFI* – Les IFI, telles que présentées plus haut, sont régies par plusieurs ordres normatifs qui interagissent entre eux. Ceux-ci créent un dialogue entre les normes et les acteurs appartenant à l'ordre

---

<sup>123</sup> Luhmann Niklas, *Systèmes sociaux*, presses de l'université Laval, Québec, 2011; Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *supra* note 82; Bernheim Emmanuelle, « Le « pluralisme normatif » : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ? » (2011) *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* vol 67 aux pp 9-19 [Bernheim].

<sup>124</sup> Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *supra* note 82 à la p 104.

<sup>125</sup> Pomade Adélie, « Penser l'interdisciplinarité par l'internormativité. Illustration en droit de l'environnement » (2012) *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* vol 68 aux pp85-87 [Adélie].

juridique étatique, l'ordre international et l'ordre religieux; voire même un dialogue de normes internes au sein du droit islamique.

Nous constatons donc que la normalisation de la faillite en droit islamique entre en interaction avec le droit étatique et le droit international, ce qui interpelle l'internormativité. Cette dernière est définie comme étant « *l'ensemble des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes* »<sup>126</sup>. L'internormativité est un instrument théorique approprié pour notre sujet. Il crée un pont entre l'ordre juridique étatique, l'ordre international et l'ordre religieux<sup>127</sup>. L'internormativité est une idée développée par Santi Romano, l'appellation est conçue par Carbonnier « phénomènes d'inter-normativité » et l'ambiguïté qui l'entache a été levée par Guy Rocher qui explique, après une étude approfondie, les faits et les obstacles de l'internormativité<sup>128</sup>. Il donne à cette dernière une signification juridique et une autre sociologique. La première « *fait référence au transfert ou passage d'une norme ou d'une règle qui a été produite ou formulée à l'intérieur d'un système normatif à un autre* »<sup>129</sup>. La deuxième, quant à elle, « *fait référence à la dynamique des contrats, aux rapports de pouvoir et aux modalités d'inter-influence ou d'interaction qui peuvent être observés entre deux ou plusieurs systèmes normatifs* »<sup>130</sup>. Nous nous attacherons plus précisément à la première conception de l'internormativité développée par Rocher. Selon lui, celle-ci se définit par le fait qu'une règle produite ou formulée à l'intérieur d'un système normatif donné se trouve similaire, ou à peu près similaire dans un autre ordre normatif<sup>131</sup>. L'internormativité révèle le concept de la polycentricité en vertu duquel les trois ordres juridiques, à savoir l'ordre étatique, l'ordre international et l'ordre religieux participent à

---

<sup>126</sup> Arnaud André-Jean et al., (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de France, 1993 aux pp 313-314.

<sup>127</sup> Rocher Guy, « les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles » dans Jean-Guy BELLY (dir.), *le droit soluble. Contribution québécoise à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996 à la 26 [Rocher, « les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles »].

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> *Ibid* à la p 27.

<sup>130</sup> *Ibid* à la 28; Pour sa part, Jean-Guy Belley avance que l'inter normativité peut se concevoir « comme un phénomène de conjonction de deux normativités plutôt que de remplacement de l'une par l'autre ou d'existence simultanée dans des sphères séparées » dans Benyekhlef Karim, *une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2015 à la p 830- Belley Jean-Guy, « Pluralisme juridique », dans A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup>éd., Paris, LGDJ, 1993 à la p 446

<sup>131</sup> Rocher, « les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles », *supra* note 127 à la 27.

l'élaboration de la norme dans le domaine de la faillite<sup>132</sup>. Cela passe à travers un dialogue entre les acteurs et les normes relatives auxdits ordres juridiques. De ce fait, l'élaboration des normes dans le domaine de la faillite, actuellement, n'est plus comme avant un monopole normatif étatique. Elle fait, cependant, l'objet d'une compétition entre plusieurs producteurs de normes.

Retournons à notre point de départ, nous avons constaté qu'il y avait un manque de dialogue entre les trois ordres juridiques : l'interne, l'international et le religieux, ou ce qu'on appelle dans le langage de cette école de pensée « irrelevance », soit l'absence de relativité entre lesdits ordres juridiques<sup>133</sup>. À cette époque-là, c'est-à-dire avant les années 90, le droit de l'insolvabilité a été une exclusivité purement étatique.

Dans le cadre du début de dialogue ou ce qui est appelé *relevance*, soit les relations qui schématisent les rapports internormatifs<sup>134</sup>, l'ordre juridique étatique a fait une proposition aux organisations internationales après les crises financières qui se sont produites sur les marchés émergents à la fin des années 1990<sup>135</sup>. La proposition consiste à entreprendre des travaux dans le domaine du droit de l'insolvabilité pour promouvoir et encourager l'adoption de régimes nationaux efficaces en la matière<sup>136</sup>.

Par la suite, lesdites organisations ont émis plusieurs documents après une étude approfondie des différentes législations nationales en la matière. Elles ont organisé certains colloques et conférences suite auxquels plusieurs documents ont été rédigés. Le rapport du FMI, à titre d'exemple, a mis l'accent sur l'absence de normes internationales dans ce domaine. Toutefois, le FMI précise qu'il ne tente nullement d'en proposer dans un court terme<sup>137</sup>. En revanche, la CNUDCI affiche clairement qu'elle vise à éclairer la réforme du droit de l'insolvabilité à travers le monde et à fournir aux États un outil de référence pour élaborer de nouvelles dispositions législatives et réglementaires<sup>138</sup>. De

---

<sup>132</sup> Adélie, *supra* note 125 à la p 86.

<sup>133</sup> Bernheim, *supra* note 123 à la p 12.

<sup>134</sup> *Ibid.*

<sup>135</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p iii.

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> FMI, *supra* note 105 à la p 5.

<sup>138</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p 1.

même, le document « les *Principes* de la Banque mondiale » a été rédigé avec une grande flexibilité afin de permettre aux différents systèmes nationaux de s'en inspirer<sup>139</sup>.

Les documents internationaux, comme celui de la Banque mondiale, du FMI et de la CNUDCI, et les documents supranationaux, comme le règlement européen et l'acte uniforme de l'OHADA, ont réussi à démontrer que la loi de l'insolvabilité n'est pas seulement un mécanisme visant à liquider les entreprises qui ne peuvent pas être redressées, mais c'est aussi un dispositif qui contribue au renforcement de la confiance dans l'économie, la promotion de la croissance et la participation à la prévention et à la résolution des crises économiques et financières<sup>140</sup>. Les documents internationaux ont aussi incité les législateurs à prendre en considération le contexte culturel, religieux, social et économique et la spécificité locale dans l'élaboration des normes.

À cet égard, la CNUDCI, dans son guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, précise :

« Ce mécanisme juridique doit prendre en considération différents éléments: ... En général, ce mécanisme doit concilier non seulement les différents intérêts de ces parties prenantes, mais aussi ces intérêts et les considérations pertinentes d'ordre social, politique et autre qui ont une incidence sur les objectifs économiques et juridiques des procédures d'insolvabilité »<sup>141</sup>.

Dans la même perspective, la Banque mondiale stipule que :

« ...Tout d'abord, un système efficace est un système qui répond aux besoins et aux problèmes nationaux. Pour ce faire il doit être enraciné dans le contexte culturel, économique, juridique et social d'ensemble d'un pays.... »<sup>142</sup>.

Nous croyons que ce discours qui incite, d'une part, à favoriser le redressement par rapport à la liquidation de l'entreprise, et d'autre part, à prendre en compte la spécificité locale, s'adresse à la fois à l'ordre juridique étatique et à l'ordre religieux. Dans cette perspective, le FMI a récemment demandé à ses services d'engager de nouveaux travaux et de coopérer avec d'autres organismes internationaux en vue d'encourager l'adoption de normes pertinentes et de combler les lacunes réglementaires restantes, en l'occurrence

---

<sup>139</sup> La Banque Mondiale, *supra* note 23 à la p 1.

<sup>140</sup> Sean Hagan, « Pour des procédures d'insolvabilité ordonnées et efficaces » (2000) Finances & Développement, à la p 1, en ligne : <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/fre/2000/03/pdf/hagan.pdf>.

<sup>141</sup> CNUDCI, *supra* note 23, à la p 9.

<sup>142</sup> La Banque Mondiale, *supra* note 23, à la p 2.

un régime d'insolvabilité efficace pour les IFI<sup>143</sup>. Il a explicitement déterminé les acteurs intermédiaires qui vont jouer le rôle de « passeurs de normes »<sup>144</sup>. Ils appartiennent à la fois à l'ordre juridique étatique (les législateurs), l'ordre juridique international (organisations internationales), et aussi à l'ordre juridique religieux, comme l'Organisation de Comptabilité et d'Audit pour des Institutions Financières Islamiques (AAOIFI) et le Conseil des services financiers islamiques (IFSB)<sup>145</sup>. Ces acteurs ont pour but principal de participer à l'élaboration de la norme ou de la faire passer de l'ordre juridique religieux à l'ordre juridique étatique.

\*\*\*\*\*

*Méthodologie de la recherche* – Notre objet d'étude, de façon générale, est la FI qui est devenue, grâce à la mondialisation et à l'effet migratoire, au centre d'une articulation entre plusieurs normativités et intentions divergentes : celles des personnes qui visent seulement un financement à un taux raisonnable et d'autres qui veulent en plus d'investir leur argent, de le faire en conformité avec leurs convictions religieuses. Notre objet précis de recherche, dans le cadre de la FI, s'articule autour des concepts de redressement susceptibles d'entraîner un litige en cas de recours des IFI au redressement. Nous nous intéressons dans la présente recherche au droit tel qu'il existe dans la société et non tel qu'il devrait être. La critique de la FI n'est pas un objectif de cette thèse. Par conséquent, le lecteur comprendra que nous ne nous attarderons pas sur les limites de la FI. Nous avons décidé de mener une étude comparative entre deux systèmes juridiques totalement distincts tant au niveau du droit, que de la source juridique et du fonctionnement. Plusieurs questions peuvent être posées à cet égard, comme celles liées aux raisons de la comparaison afin de comprendre les motifs de l'inspiration du droit

---

<sup>143</sup> IMF, *supra* note 4.

<sup>144</sup> Rocher, « les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles », *supra* note 127 à la p 32.

<sup>145</sup> L'organisation de comptabilité et d'audit pour les institutions financières islamiques (OCAIFI ; en anglais Accounting and Auditing Organization for Islamic Finance Institution (AAOIFI)) est un organisme international a pour objet de préparer et d'édicter les règles de gouvernance, déontologiques et les règles de la Chari 'a à destination des institutions de finance islamique et de l'industrie ; Le Conseil des Services Financiers Islamiques (CSFI ; en anglais Islamic Financial Services Board (IFSB)) est basée à Kuala Lumpur depuis 2002. C'est un organisme regroupant des Banques centrales, des autorités monétaires ainsi que diverses organisations actives dans le domaine de la régulation et la supervision des institutions agissant dans la sphère de la finance islamique.

canadien et le degré de la réponse de cette comparaison à la problématique de la recherche.

Les raisons qui ont poussé à comparer le droit canadien au droit islamique se manifestent, premièrement, dans le manque de clarté de la doctrine islamique contemporaine relativement à la question du redressement. La deuxième raison est l'existence d'un exemple phare des mécanismes permettant le redressement dans le droit canadien. Comme troisième raison, on peut citer les enjeux juridiques résultant des difficultés financières des IFI liés à leur soumission à plusieurs normativités (droit étatique, doctrine islamique).

Le motif incitant l'analyse du droit canadien n'est pas exclusif à ce dernier puisque plusieurs juridictions disposent des mécanismes de redressement. À cet effet, on peut préciser que l'une des raisons fondamentales du choix du droit canadien se manifeste dans le choix lui-même qui s'impose à l'auteur de privilégier certaines sources et de mettre de côté d'autres afin de rendre possible et réalisable le projet de la thèse. On ne peut pas analyser tous les concepts de redressement comme on ne peut non plus analyser ces concepts dans l'abstrait. On doit, selon nous, choisir d'analyser certains concepts, au détriment d'autres. Puis, on doit aussi choisir une société déterminée au sein de laquelle ses concepts s'appliquent à des situations concrètes. Cette société déterminée ou ordre juridique peut être le Canada ou autres. Il s'ajoute une autre raison plus pratique, celle de la facilité d'accès aux sources. Ceci a favorisé le choix du droit canadien.

Nous sommes persuadés que l'importation des mécanismes existants ailleurs exige un intérêt particulier aux répercussions qui seront occasionnées par cette importation. En d'autres termes, un pays intéressé par un système étranger devra lui préparer un écosystème approprié : une infrastructure adaptée à cette importation.

De même, nous sommes conscients que chaque nouveau concept a des chances de produire des effets secondaires ou bien carrément être dans l'impossibilité d'être instaurer. De ce fait, l'idéal est que chaque système développe lui-même ses contours d'évolution.

Cependant, le transfert ou la réception des concepts ne sont pas étrangers au système juridique islamique. Dès la naissance de l'islam, ce dernier a encadré plusieurs institutions, concepts et législations d'autres civilisations. La FI contemporaine, de sa

part, a reçu plusieurs concepts comme le leasing et les dommages-intérêts<sup>146</sup>. Dans la même optique, le droit islamique a transféré plusieurs concepts aux différentes traditions juridiques : transfert d'argent (*hawala*), société en commandite (*Moudaraba*) et l'institution de jury (*lafif*)<sup>147</sup>.

La connaissance citée dans le Coran entre les civilisations « *Ô hommes! Nous vous avons créés d'un mâle et d'une femelle, et Nous avons fait de vous des nations et des tribus, pour que vous vous entre-connaissiez* »<sup>148</sup> peut se concrétiser par plusieurs moyens dont la comparaison. Cette dernière permettra la résolution des problèmes, l'harmonisation, le dégagement des principes généraux communs comme ceux qui constituent des sources du droit international public en vertu de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice et l'adoption des solutions qui ont déjà prouvées leur efficacité au sein d'un système juridique donné. Cette comparaison autorisera aussi l'amélioration du droit ou l'inspiration de la manière de l'élaboration des normes. Ceci peut aider à activer certaines solutions propres à un système juridique comparé sans recevoir un concept tel qu'il existe dans le système juridique référentiel. Notre étude vise le dernier objectif : celui de l'amélioration du droit comparé par la réception conditionnelle ou non conditionnelle de certains concepts de la part du référentiel ou par l'inspiration de la façon ou du processus de l'élaboration d'un système référentiel afin d'activer des remèdes propres au système comparé.

La présente thèse vise à comparer les concepts de la restructuration des entreprises en droit canadien avec leurs équivalents en droit islamique. Dans le droit canadien, notre corpus d'analyse est constitué essentiellement de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC), la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI), le Code civil du Québec (C.c.Q.) et le Code de procédure civile (C.p.c.). Le corpus d'analyse est constitué également de lois d'harmonisations du droit fédéral avec le Code civil. La doctrine civiliste est aussi présente dans cette thèse à côté des monographies et des articles qui portent sur le droit de la faillite.

---

<sup>146</sup> Kureshi Hussain, Mohsin Hayat, *Contracts and Deals in Islamic Finance: A User's Guide to Cash Flows, Balance Sheets, and Capital Structures*, Singapor, John Wiley & Sons, 2015 à la p 8.

<sup>147</sup> Makdisi John A., "The Islamic Origins of the Common Law" (1999) 77 N.C. L. Rev. 163.

<sup>148</sup> Coran, sourate 49 : Al-hujurat (Les appartements), verset 13.

En ce qui concerne le droit islamique, nous allons nous baser sur les décisions de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique attachée à l'OCI<sup>149</sup> l'Organisation de Comptabilité et d'Audit pour les Institutions Financières Islamiques (AAOIFI)<sup>150</sup> et le Conseil des Services Financiers Islamiques (IFSB)<sup>151</sup>. Nous faisons aussi recours aux textes sacrés du droit islamique soient le Coran et les *hadiths*<sup>152</sup> du prophète, les ouvrages d'explication et d'interprétation et les recueils de la doctrine (*fiqh*) tels que les livres de l'interdiction (*hajr*), faillite (*iflas-taflis*), conciliation (*solh*), remise de dette (*al-ibra'*) dans les différents courants sunnites<sup>153</sup>. À propos des instruments internationaux, nous nous appuyons sur le rapport du FMI<sup>154</sup>, le condensé des pratiques internationales des

<sup>149</sup> OCI, Décision 186 (1/20)/ AIF de l'académie du 18 Septembre 2012 relative à l'insolvabilité et la faillite [2012], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2343.html>>; OCI, Décision 218 (2/23)/ AIF de l'académie du 1 Novembre 2018 relative à l'insolvabilité et la faillite [2018], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2343.html>>.

<sup>150</sup> AAOIFI, Standard (Shari'a) no. 43 : al-Iflas (La faillite), à la p 715.

<sup>151</sup> IFSB, Recovery, resolution and insolvency issues for institutions offering islamic financial services, à la p 27, 2017, IFSB working paper series.

<sup>152</sup> Malik Ibn Anas, *Al-Mouwatta*, le Caire, Dar ihya' al 'ouloum al 'arabiya, 1994; Al-Boukhari, *l'authentique de Boukhari*, Damas, Dar ibn Kathir, 1993[Al-Boukhari]; Muslim, *l'authentique de Muslim*, Beyrouth, Dar ihya' al kotob al 'arabiya, 1991[Muslim]; Abou Dawoud, *Sunan abou dawoud*, Beyrouth, Al maktaba al ' asriya [Abou Daoud]; Al-Nasa'i, *Sunan Al-Nasa'ai*, Alep, Maktab al-matbou'at al-islamiya, 1994 [Al-Nasa'i]; Al-Tirmidhi, *Sunan At-Tirmidhi*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiah [Al-Tirmidi]; Muḥammad ibn Yazid Ibn Majah, *Sunan Ibn Majah*, Beyrouth, Al maktaba al 'ilmiah [Ibn majah]; Abû Bakr Al Bayhaqi, *Sunan al-Kubra*, Beyrouth, Dar al ma'rifa [Al Bayhaqi].

<sup>153</sup> Al-Suyuti Abd al-Rahman ibn Abi Bakr ibn Muḥammad, *Al-Ashbah wal Nadha'ir*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiah, 1983[Al-Suyuti, *Al-Ashbah wa n-Nadha-ir*] ; Abu Bakar bin Muhammad Syatha al-Bakri, *Hasyiyat I'anat atalibin*, 1<sup>er</sup> éd, Beyrouth, Dar al fikr; Al Dasouqi, *Hashiyat Dasouqi ala sharh al-Kabir*, Beyrouth, Dar ihya' al kotob al 'arabiya [Al Dasouqi, *Hashiyat Dasouqi*]; Ali Ibn Sulayman Ibn Ahmad Ibn Muhammad Al Mardawi, *Al Insaf fi ma'rifat al rajih min al-khilaf*, Beyrouth, Dar ihya' al-turath al-arabi [Al Mardawi, *Al Insaf*] ; Al-Nishaburi, *Al-Mustadrak `alâ al-Sahîhayn*, Beyrouth, Dar al ma'rifa, 1998 [Al-Nishaburi, *Al-Mustadrak*]; Al-Ramli, *Nihayat al-muhtaj ila Sharh al-Minhaj*, Beyrouth, Dar al-fikr, 1984 [Al-Ramli, *Nihayat al-muhtaj*]; Al-Sarakhsi, *Al-Mabsut*, Beyrouth, Dar Al Maarifa, 1989 [Al-Sarakhsi, *Al-Mabsut*]; Ibn Abi shayba, *Al Moussannaf*, Beyrouth, Dar al-fikr, 1994; Ibn Hajar Al-Haytami, *Tuhfat Ul Muhtâj Li Sharh Il Minhâj*, Beyrouth, Dar Ihya' al-Turath al-Arabi [Al-Haytami, *Tuhfat Ul Muhtâj*]; Ibn Hazm, *Al-Mouhalla*, Beyrouth, Dar al-fikr [Ibn Hazm]; Ibn Qudama, *Almoghni*, 1<sup>er</sup> ed, Beyrouth, Dar ihya' turath al-'arabi, 1985[Ibn Qudama, *Almoghni*]; Al-Zayla'I Jamal al-Din 'Abd Allah, *Nasb al-Raya fi Takhrij Ahadith al-Hidaya*, le Caire, Dar al Hadith, 1995; Ben Hammam Kamal al-Din, *Fath Al-qadir*, Beyrouth, Dar al-Fikr; Al-Bahuti Mansur Ibn Yunus, *Kashshaf al-qina' 'an matn al-iqna'*, Beyrouth, Dar al-Fikr, 1982 [Al-Bahuti]; Ibn Abidin Muhammad Amin, *Radd al-Muhtar ala Ad-Durr al-Mukhtar*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiah, 1992 [Ibn Abidin, *Radd al-Muhtar*]; Illich Mohammed bin Ahmed, *Charh Moukhtasar Khalil*, Beyrouth, Dar al-fikr, 1989; Ibn Nujaim al-Hanafi, *Al-Bahr al-Raiq Sharh Kanzud Daqa'iq*, le Caire, Dar al-Kitab al-Islami, -. [Ibn Nujaym, *Al Bahr Ar Raiq*].

<sup>154</sup> IMF, *supra* note 4.

régimes d'insolvabilité de la Banque Mondiale<sup>155</sup>, le guide législatif sur le droit de l'insolvabilité de la CNUDCI<sup>156</sup> et le règlement européen sur l'insolvabilité<sup>157</sup>.

Notre recherche s'attarde essentiellement sur les sources du droit de transactions financières islamiques sunnite. Le sunnisme est le courant religieux majoritaire de l'islam. Il représente 85% à 90 % des musulmans et possède plusieurs écoles juridiques. Les quatre principales écoles étant l'école hanafite, malikite, chafite et hanbalite<sup>158</sup>. Dans le même ordre d'idées, nous ne nous inscrivons pas dans une école juridique précise dans ce courant.

Toutefois, cette étude comparative ne sera pas une tâche facile pour les raisons suivantes : tout d'abord, la traduction des termes juridiques arabes et islamiques et la découverte des équivalents convenables dans l'ordre juridique comparé ne sont pas un exercice simple.<sup>159</sup> Un deuxième obstacle est lié à la différence entre le droit canadien qui est un droit posé par le législateur et applicable dans un espace géographique déterminé et le droit islamique qui est un droit d'origine divine dont la réflexion humaine participe aussi à l'élaboration des normes<sup>160</sup>. Ce droit ne doit pas être confondu avec le droit positif qui peut être aussi en vigueur dans les États majoritairement musulmans, dans la mesure où ce dernier, qui diffère selon les pays, réduit l'étendue du droit islamique principalement au droit de la famille. Le troisième inconvénient réside dans la distinction entre le droit islamique qui régit à la fois des actes culturels (relation avec Dieu), la pratique relationnelle (relations sociales) et le droit canadien qui encadre seulement les relations sociales.

---

<sup>155</sup> La Banque Mondiale, *supra* note 23.

<sup>156</sup> CNUDCI, *supra* note 23.

<sup>157</sup> Règlement UE, Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 *relatif aux procédures d'insolvabilités transnationales* (refonte) [2015] J.O. L 141/19 p. 19-72; Le règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 *portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (texte codifié).

<sup>158</sup> Makdisi George, *The rise of colleges: institutions of learning in Islam and the West*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1981 aux pp 1-9 [Makdisi, *The rise of colleges: institutions of learning in Islam and the West*].

<sup>159</sup> Voir Paradelles, *supra* note 33; Zuzana Honová, « L'équivalence fonctionnelle – une stratégie pour la traduction juridique ? » (2016) *Études romanes de Brno* vol 37 iss 2 pp 163-176.

<sup>160</sup> Al-Dabbagh Harith, « Droit comparé et renouveau du droit musulman : le vieux rêve de Sanhoury revisité » (2015) *Journal of Comparative Law in Africa* vol 2 p 2-39 à la p 2.

Notre approche comparative consiste

« en l'analyse de deux ou plusieurs systèmes (ou parties du système) selon un angle d'approche déterminé et un champ d'analyse choisi par l'observateur»<sup>161</sup>

C'est un processus qui nécessite la connaissance du système ou de certaines notions dans ses sources originaires, sa compréhension et la découverte des différences ou points communs permettant le rapprochement de ces notions ou systèmes<sup>162</sup>. Ce processus peut être un outil d'amélioration, d'harmonisation ou de construction du droit. Il se base essentiellement sur l'interprétation, l'observation et l'intégration d'autres approches : historique, économique ou sociologique. Il existe diverses approches de droit comparé<sup>163</sup>, l'approche retenue dans notre travail est la méthode conceptuelle qui est une approche de droit comparé fondée sur les concepts juridiques<sup>164</sup>. La professeure Béatrice Jaluzot a stipulé que :

« Cette approche semble d'une évidence telle qu'elle a peu retenu l'attention des auteurs alors que presque tous l'appliquent, tout au moins débutent leurs recherches en droit comparé par celle-ci »<sup>165</sup>.

Toutefois, la méthode conceptuelle comporte des limites liées au défaut de correspondance entre les notions et entre les éléments qui définissent ces notions et la difficulté de la langue de traduction qui peut être source de confusion<sup>166</sup>. Concrètement, notre méthode consiste à opposer les concepts de redressement cités dans *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC) et la loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI) en droit canadien avec les principes équivalents en droit islamique. De ce fait, notre objectif ne se limite pas à tirer des conclusions, mais plutôt à envisager d'utiliser la méthode conceptuelle comme un instrument de compréhension, d'explication

---

<sup>161</sup> Barrué Belou, Rémi, « Méthode et enjeux de la démarche comparative: la question de la comparabilité » (2011) 8e congrès français de droit constitutionnel NANCY 2011 AFDC IRENEE Université Nancy 2 à la p 2 [Barrué].

<sup>162</sup> *Ibid*, à la p 3.

<sup>163</sup> Jaluzot Béatrice, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective » (2005) *Revue internationale de droit comparé* vol 57 n°1 aux pp 36-48 [Jaluzot].

<sup>164</sup> *Ibid*, à la p 39.

<sup>165</sup> *Ibid*, à la p 39; Basil S Markesinis, *Foreign Law and Comparative Methodology*, Thesis, Hart Publishing, 1997, aux pp 4-5.

<sup>166</sup> René et Jauffret-Spinosi, *supra* note 33 à la p 4 : « Au défaut de correspondance entre les notions, et même entre les catégories juridiques admises ici et là, constitue l'une des plus grandes difficultés (...) on est désorienté (...) lorsqu'on ne retrouve pas dans un droit étranger une manière de classer qui nous semble tenir à la nature même des choses ».

et de critique<sup>167</sup>. Dans cette perspective, nous essaierons d'expliquer à l'ordre religieux les concepts que le juge peut accorder dans un contexte de redressement judiciaire et nous menons là-dessus une analyse critique des principes opposés dans l'ordre juridique islamique. Par ailleurs, on expliquera à l'ordre étatique la compatibilité des concepts de redressement avec les IFI ou la nécessité de les adapter à un régime qui leur est propre.

Nous nous basons certes sur l'interprétation lors de la représentation des bilans de notre analyse comparative<sup>168</sup> mais aussi sur l'attachement entre les concepts juridiques et la réalité dans laquelle elle s'inscrit et dont elle est issue<sup>169</sup>. Pour ce faire, nous allons intégrer dans notre recherche d'autres approches : historique, sociologique et économique. À titre exemple, l'approche historique nous servira à démontrer la limite de la doctrine classique face à des réalités contemporaines. Elle constitue également une opportunité de revoir la doctrine (*fiqh*) afin d'améliorer le droit et de répondre aux besoins sociétaux.

\*\*\*\*\*

*Division de la thèse* – Cette thèse comprend une introduction générale, deux titres (chaque titre est composé de deux chapitres) et une conclusion générale.

Le premier titre fait, dans un premier chapitre, un survol sur la législation canadienne en matière de faillite. Après ce survol, nous éclairerons la signification de redressement judiciaire. Par la suite, nous analyserons les concepts de la restructuration dans le contexte législatif canadien. Cette analyse a pour but de permettre d'identifier l'origine, la nature et les caractéristiques desdits concepts.

Après avoir traité les concepts de la réorganisation dans le contexte du droit canadien de la faillite, le deuxième chapitre vérifiera l'existence des principes de la restructuration dans la doctrine islamique. L'impotence de ce chapitre se manifeste dans le fait de donner au lecteur un aperçu sur les éléments initiaux qui lui permettent de comprendre un ordre

---

<sup>167</sup> Przeworski, A, « Method of Cross-National Research, 1970 1983: An Overview » dans M. Dierkes, H. N. Weiler and A. B. Antal (eds), *Comparative Policy Research: Learning from Experience*, Aldershot : Gower 1987 à la p 35. À cet égard, A. Przeworski précise qu'« il y a un consensus sur le fait que la recherche comparative ne consiste pas à comparer mais à expliquer. L'objectif de la recherche transnationale est de comprendre » ; Barrué, *supra* note 161 aux pp 2-3.

<sup>168</sup> Barrué, *supra* note 161 à la p 3.

<sup>169</sup> *Ibid.*

juridique qui n'existe pas dans les pays occidentaux et qui fera l'objet d'une comparaison avec un ordre juridique étatique.

Le deuxième titre cherche à répondre à notre troisième et quatrième sous questions : Que prévoient les normes encadrant la finance islamique en matière de la faillite et de restructuration ? : Dans quelle mesure les concepts de restructuration en droit canadien convergent avec leurs équivalents en droit islamique? Dans la négative, quelles propositions pouvons-nous faire? Ce titre s'appuie sur les résultats découlant du premier titre pour analyser l'interférence entre les concepts de la restructuration. Nous tenterons de démontrer les points de convergence et les points de divergence entre le droit canadien et la doctrine islamique. Les modes d'intégration des concepts de la réorganisation seront développés aussi.

Nous concluons par un bref résumé et synthèse de cette thèse pour mettre en évidence les points essentiels, les limites, la contribution apportée et une ouverture vers des axes de recherche future.

**TITRE I**  
**LA RESTRUCTURATION DES ENTREPRISES EN DROIT CANADIEN ET EN**  
**DROIT ISLAMIQUE**

## **INTRODUCTION DU TITRE I**

Ce premier titre est structuré en deux chapitres : le premier chapitre porte sur la conception de la faillite en droit canadien, nous passerons en revue en particulier l'évolution de la législation canadienne en la matière. Puis, nous développerons les différents concepts utilisés dans le cas de la restructuration.

Dans le deuxième chapitre, nous procéderons à l'analyse de la conception islamique de la faillite. Par ailleurs, nous tenterons de savoir s'il existe des concepts qui peuvent être utiles en matière de restructuration

**CHAPITRE 1**  
**LA RESTRUCTURATION DES ENTREPRISES DANS LE CADRE JURIDIQUE**  
**CANADIEN**

## INTRODUCTION DU CHAPITRE 1

Bien que les réorganisations d'entreprises soient devenues un phénomène assez courant<sup>170</sup>, la législation canadienne en matière de faillite n'a pas toujours accepté d'accorder une deuxième chance à un débiteur en difficulté<sup>171</sup>. L'objectif du droit de la faillite a évolué dans le temps, à savoir, qu'il était à l'origine porté sur l'expulsion du mauvais débiteur qui ne paie pas ses dettes et la garantie du règlement des créanciers<sup>172</sup>. Par la suite, la libération du débiteur honnête et malchanceux du fardeau de ses dettes a été favorisée afin de permettre sa réhabilitation<sup>173</sup>. Aujourd'hui, il s'agit d'assurer la survie de l'entreprise et de prévenir les difficultés financières. Cette volonté de préservation de l'entreprise en difficulté est tout un processus qui a commencé par l'établissement des procédures collectives telles que la proposition concordataire et l'arrangement en vertu respectivement de la LFI et la LACC. Il s'agit essentiellement d'accorder au débiteur en difficulté, entre autres, une suspension des procédures contre ses créanciers et une limitation de certains droits que peut avoir ses cocontractants, notamment à l'égard du contrat de bail, de licence ou les entreprises de services publics. Toutefois, les outils de redressement prévus dans la définition de la CNUDCI<sup>174</sup> tels que le financement intérimaire et la résiliation de contrat, n'apparaissent nulle part dans la législation canadienne avant 2009<sup>175</sup>. Ces outils, qui facilitent la continuité des opérations de la

---

<sup>170</sup> Papillon, B. M. & Morin, M, « La réorganisation de l'entreprise en difficulté plutôt que sa liquidation et l'efficacité informationnelle du processus de sélection dans le droit canadien ? » (2018) *Revue internationale P.M.E.* 31 (3-4) 261–283 à la p 263; Schweizer Lars & Nienhaus Andreas, « Corporate distress and turnaround: integrating the literature and directing future research » (2017) *Business Research* 10 3–47 à la p 4.

<sup>171</sup> Telfer Thomas G.W., *Reconstructing Bankruptcy Law in Canada: 1867 to 1919 From an Evil to a Commercial Necessity*, thesis of Doctor of Juridical Science, University of Toronto, 1999 [unpublished] à la p ii [Telfer].

<sup>172</sup> Bohémier Albert, *La faillite en droit constitutionnel canadien*, Montréal, PUM, 1972 à la p 21 [Bohémier, La faillite en droit constitutionnel].

<sup>173</sup> *Ibid.*

<sup>174</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p 8.

<sup>175</sup> Boucher Bernard, « Fascicule 14 Procédures en vertu de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies » dans *JurisClasseur Québec- Faillite, insolvabilité et restructuration*, Québec, Lexis Nexis, 2010 aux pp 14-5 [Boucher].

compagnie débitrice pendant la période de l'élaboration d'un plan de réorganisation, ont constitué auparavant une pratique courante des juges sous la LACC<sup>176</sup>.

Ce chapitre permettra au lecteur de comprendre l'objectif contemporain du droit de la faillite canadien. Ainsi, dans la première section, nous donnerons un aperçu historique sur l'évolution de la finalité du droit de la faillite, d'un droit de sanction à un droit de pardon à travers la restructuration illustrée par la proposition et l'arrangement (1.1). Dans la deuxième section, nous traiterons les outils de la réorganisation judiciaire (1.2). Le but de ce chapitre est surtout de fournir au lecteur les éléments essentiels qui lui favorisent la bonne compréhension du contexte lié à l'objectif ultime du droit de la faillite et les outils qui permettent de l'atteindre. Ainsi, il constitue une référence dans notre comparaison avec la doctrine islamique qui porte sur l'objectif du droit de la faillite et son ajustement avec le contexte sociétal afin de savoir son évolution ou sa régression.

## **1.1 L'évolution de l'objectif de la législation canadienne en matière de faillite**

Avant de procéder à la présentation des outils de la réorganisation judiciaire, nous avons jugé utile de donner d'abord un aperçu historique sur l'évolution de la finalité du droit de la faillite canadien. Il s'agit de présenter les trois phases marquantes de ce processus. La première a été marquée par la fin de la contrainte par corps et le rétablissement de la cession des biens et son corollaire la libération des dettes (1.1.1). La deuxième consiste en l'abolition de la cession des biens et par la suite l'abrogation de la loi de la faillite (1.1.2). Dans une troisième étape, on voit l'apparition de l'affleurement d'une culture de sauvetage de l'entreprise faisant face aux difficultés financières (1.1.3). Cette section se limitera à l'histoire législative du Haut et du Bas-Canada en période pré-confédérative et post-confédérative<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> *Ibid* aux pp 14-5.

<sup>177</sup> Pour avoir une idée sur l'histoire durant la période pré-confédérative avant 1839 voir : Bohémier Albert, *Faillite et insolvabilité*, Montréal, les Éditions Thémis, 1992 à la p 9 [Bohémier, *Faillite et insolvabilité*]; Telfer, *supra* note 171 aux pp 117-128; Duncan Lewis, *The Law and Practice of Bankruptcy in Canada*, Toronto, Carswell, 1922 aux pp 4-15.

### 1.1.1 La fin de l'emprisonnement pour dettes/ adoption de la cession des biens

Ce paragraphe analysera, dans un premier temps, l'ordonnance de 1839 qui a mis fin à l'emprisonnement pour dettes pour les commerçants et inaugure la cession des biens ainsi que la loi de 1843 qui étendra son application au Haut-Canada et les lois de 1849-1858 dans le Haut et le Bas-Canada relatifs à l'insolvabilité (1.1.1.1). Dans un deuxième temps, nous mentionnerons la loi 1864 qui a pris des mesures limitant la cession des biens (1.1.1.2).

#### 1.1.1.1 L'ordonnance de 1839 et la loi de 1843, les lois de 1849-1858 dans le Haut et le Bas-Canada relatifs à l'insolvabilité

L'origine du droit de la faillite canadien remonte à l'ordonnance de 1839<sup>178</sup>. Cette dernière constitue selon un auteur « *le premier monument de la législation sur le sujet dans l'histoire canadienne* »<sup>179</sup>. Cette ordonnance veut faire une rupture avec une vision réductrice du droit de la faillite, celle de l'exclusion du marché pour tout commerçant qui ne paie pas ses dettes<sup>180</sup>. La faillite n'était pas un processus légal par lequel le débiteur peut être libéré de ses dettes. Elle représentait exclusivement une cession involontaire lorsque le créancier dépose une requête devant un tribunal contre un débiteur en défaut. Cette vision a été justifiée, selon les dires de Fernand Ouellet, par rapport à un contexte : « ou le capitalisme avait assez peu d'effet sur la propriété foncière ; à une époque où les

---

<sup>178</sup> *Ordonnance concernant les Banqueroutiers et l'administration et la distribution de leurs effets et de leurs biens*, 1839, 2 Vict., ch. 36.

<sup>179</sup> De la Durantaye Louis Joseph, *Traité de la faillite en la province de Québec à l'usage des praticiens et des commerçants*, suivi des textes officiels (Français et anglais) des Loi et règlements de faillite, Montréal, L.-J. de la Durantaye, 1934. Dans Telfer, *supra* note 171 à la p 129.

<sup>180</sup> Kolish, E., « L'introduction de la faillite au Bas-Canada : conflit social ou national ? » (1985) *Revue d'histoire de l'Amérique française* 40 (2) 215–235 à la p 225 [Kolish]. Il précise que « Les moyens juridiques primitifs des saisies et de la contrainte par corps, ainsi que les ententes privées, semblent satisfaire largement les marchands et on discute alors de faillite seulement à l'occasion des crises économiques. La crise de 1820-1821 et l'augmentation conséquente du nombre de débiteurs suscitent au Bas-Canada, comme aux États-Unis, des demandes de réforme. On peut probablement trouver dans la croissance économique et démographique de la province l'élément essentiel à l'apparition d'un véritable mouvement de réforme du droit de la faillite ».

marchands, évoluant dans un cadre fort restreint connaissaient la situation des individus et l'état de leur fortune »<sup>181</sup>.

À cet égard, les moyens juridiques de l'époque comme la contrainte par corps et les règlements à l'amiable étaient suffisants pour régler les différends entre commerçants. Mais avec l'évolution des échanges économiques entraînant une complexification et la crise sociale de 1820-1821<sup>182</sup>, l'ordonnance est devenue indispensable afin d'adapter les lois régissant l'activité économique aux formes modernes du commerce<sup>183</sup>. D'inspiration anglaise, elle a été adoptée après revendications à caractère répétitif des marchands anglais<sup>184</sup>. On n'est plus dans une philosophie qui considère le débiteur qui est dans l'impossibilité de rembourser ses créanciers légalement comme un criminel, mais tout simplement comme une personne ayant des difficultés. À la rigueur, on lui crée un contexte propice aux pourparlers avec ses créanciers afin d'accepter un remboursement partiel des dettes du débiteur non frauduleux<sup>185</sup>. Cela dit, l'ordonnance a banni l'emprisonnement pour dettes des commerçants débiteurs honnêtes et malchanceux et a établi à côté de la cession involontaire, la *cession volontaire* et la *libération des dettes* tout en projetant les bases du *concordat extrajudiciaire*.

Concernant la *cession des biens*, des mesures supplétives ont été prises pour inciter les banqueroutiers à faire cession volontaire de leurs biens<sup>186</sup>. Tout d'abord, il s'agit d'une somme d'argent accordée par le syndic ou le commissaire au profit du banqueroutier. Ensuite, il existe un dédommagement du failli pour son assistance au syndic dans sa tâche. Enfin, une allocation est versée au failli. Elle est proportionnelle au seuil de remboursement des dettes au moment de la libération<sup>187</sup>.

En ce qui a trait au *concordat*, cette loi établit les fondements du redressement non judiciaire ou informel. À cet égard, l'ordonnance se focalise sur les commerçants

---

<sup>181</sup> Ouellet, f. *Histoire économique et sociale du Québec, 1760-1850*, Montréal, Fides, 1971 aux pp 356. Dans Beaulieu Claude, *Le crédit et la faillite à Québec (1873-1879)*, thèse de doctorat en Arts, université Laval, 1982 [non publiée] aux pp 5-6 [Beaulieu].

<sup>182</sup> *Ibid* à la p 9 ; Kolish, *supra* note 180 à la p 225.

<sup>183</sup> Beaulieu, *supra* note 181 à la p 9.

<sup>184</sup> Bohémier, *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 177 à la p 9, Beaulieu, *supra* note 181 aux pp 5-7.

<sup>185</sup> Beaulieu, *supra* note 181 à la p 7.

<sup>186</sup> *Ibid* à la p 8.

<sup>187</sup> *Ibid*.

insolvables qui font face à des difficultés financières temporaires mais qui préservent encore une certaine fiabilité en leur proposant le redressement informel. Ce dernier est basé sur un accord du débiteur et de ses créanciers concernant les ententes contractuelles sans passer par l'autorité judiciaire. Cela peut se traduire par certaines mesures comme : l'octroi, par les créanciers, de délais de paiement additionnels, de moratoires sur le paiement du capital ou des intérêts d'un prêt ou bien la réduction de la dette<sup>188</sup>. Au contraire, le redressement formel, qui fait l'objet de notre thèse, suppose alors le recours aux diverses procédures judiciaires disponibles, et ce en vertu des lois sur l'insolvabilité. Cependant, l'ordonnance ne s'appliquait qu'aux commerçants et seulement au Bas-Canada<sup>189</sup>. Pour les non commerçants, ils étaient exposés au risque d'emprisonnement ou de saisie de biens. De son côté, le Haut-Canada ne dispose que de certaines règlementations pour modérer la sanction attribuée aux débiteurs insolvables<sup>190</sup>. En 1840, on assiste à un changement constitutionnel qui est la réunion du Haut et du Bas-Canada<sup>191</sup>. De ce fait, dès 1843, l'ordonnance sur la faillite de 1839 fut abrogée par l'assemblée unifiée en promulguant une nouvelle loi sur la faillite<sup>192</sup>. Cette ordonnance qui s'applique aussi bien au Haut-Canada qu'au Bas-Canada n'affecte que les commerçants. Elle a subi des modifications en 1846 et 1850 pour être abrogée en 1864.

Dans le domaine de l'insolvabilité, le parlement de la province du Canada adopta deux lois distinctes pour le Haut et pour le Bas-Canada respectivement en 1849<sup>193</sup> et en 1858<sup>194</sup>. La première loi vise à mettre en place la cession volontaire des biens du débiteur insolvable à un curateur. Cela permet au débiteur qui a été emprisonné pour dettes d'obtenir son élargissement même s'il doit toujours rembourser la portion impayée de ses dettes. Cette possibilité a été introduite aux articles 763 et suivants de l'ancien Code de

---

<sup>188</sup> Beaulieu, *supra* note 181 à la p 8.

<sup>189</sup> Deslauriers Jacques, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, 2e éd., Montréal, W&L, 2011 à la p 18 [Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*].

<sup>190</sup> Bohémier, *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 177 à la p 9.

<sup>191</sup> *Ibid* à la p 10.

<sup>192</sup> 7 Vict., c. 10.

<sup>193</sup> 12 Vict., c. 42.

<sup>194</sup> *An Act respecting the relief of Insolvent Debtors*, 22 Vict., c. 96.

procédure civile<sup>195</sup>. Une deuxième loi datant de 1858 instaure un mécanisme similaire plus simpliste<sup>196</sup>. Ces deux lois ont aboli l'emprisonnement pour dettes. Nonobstant, elles ne prônent pas la libération des dettes.

#### **1.1.1.2 1864 : Acte concernant la faillite**

La législation de 1843 ne doit pas être considérée comme une acceptation du droit de la faillite car plusieurs critiques lui ont été adressées notamment sur la crédibilité, sur l'efficacité et sur des coûts plus élevés. Suite à ces critiques, en 1864, une nouvelle loi de la faillite a été promulguée<sup>197</sup>. Elle concerne toute personne dans le Haut-Canada. Dans le Bas-Canada, elle s'applique uniquement aux commerçants. Elle a permis de restreindre les cessions de biens volontaires, les concordants préventifs et la libération des faillis<sup>198</sup>. Mais sur le plan administratif, cette loi est mieux organisée que celle de 1843 dans la mesure où elle a avancé les salaires des employés dans un échelon privilégié au sein de la liste des créanciers, a imposé la nomination des syndics par leur chambre de commerce de comté ou distinct et a supprimé le poste de commissaire en attribuant son rôle au juge qui doit veiller à la vérification des formulaires et les étapes administratives de la faillite<sup>199</sup>. À l'opposé de la loi de 1839, le législateur a supprimé les avantages attribués par l'ordonnance au failli et accorde davantage de pouvoirs aux représentants des créanciers (au syndic) qui disposent de tous les droits sur les biens du failli<sup>200</sup>.

Après la présentation des deux lois (1839 et 1864), nous concluons que la première établit la distinction entre le débiteur honnête et le débiteur frauduleux et se montre indulgente avec le premier en l'aidant à résoudre ses problèmes de dettes avec un soutien financier. La deuxième loi, quant à elle, considère le débiteur comme un criminel et

---

<sup>195</sup> Bohémier, *Faillite et insolvabilité*, supra note 177 à la p 10.

<sup>196</sup> *Ibid.*

<sup>197</sup> *Insolvent Act*, (1864) 27-28 Vict., c. 17.

<sup>198</sup> Bernier Yves, Laquerre Paul et Morin Pierre, *Faillite*, Québec, Université Laval, 1974 à la p 1-12 [Bernier, Laquerre et Morin].

<sup>199</sup> Beaulieu, supra note 181 à la p 9.

<sup>200</sup> *Ibid.*

s'oppose aux avantages incitatifs à la cession des biens et aux ententes privés entre commerçants<sup>201</sup>.

### **1.1.2 Cession des biens : entre le maintien et l'abandon**

Dans ce point, nous traitons d'abord la première loi après la confédération, qui a renforcé la cession des biens. Par la suite nous exposerons la loi de 1875 qui a mis fin à la cession des biens (1.1.2.1). Puis, dans un dernier temps, nous traiterons la loi de 1880 qui a aboli catégoriquement la loi de la faillite (1.1.2.2).

#### **1.1.2.1 Loi 1869-1875**

La loi constitutionnelle de 1867 attribue au parlement canadien le pouvoir exclusif de légiférer en matière de faillite et d'insolvabilité<sup>202</sup>. Bien qu'il s'agisse d'une compétence exclusive, les provinces continuent de régler les rapports entre débiteurs et créanciers en vertu de leur compétence en matière de « propriété » et de « droits civils »<sup>203</sup>.

Les raisons de l'attribution de cette compétence législative au parlement fédéral ne figurent nulle part. Le professeur Bohémier considère que ceci s'explique par le besoin d'avoir une uniformité et une efficacité afin d'éviter les conflits insolubles de droit international privé à l'image de l'expérience américaine. De même, cette attribution vise à garantir le contrôle du parlement fédéral sur le crédit et le commerce. Enfin, le caractère pénal du droit de la faillite en 1867 étant affirmé, c'est le gouvernement fédéral qui détient toute compétence dans ce domaine<sup>204</sup>. En vertu de ce pouvoir exclusif du parlement fédéral, la première loi après la confédération a été adoptée en 1869<sup>205</sup>. Elle ne

---

<sup>201</sup> *Ibid* aux pp 9-10.

<sup>202</sup> L'article 91 (21) *Loi constitutionnelle de 1867*, 30-31 Vict., R-U., c. 3.

<sup>203</sup> L'article 92 (13) *Loi constitutionnelle de 1867*, 30-31 Vict., R-U., c. 3.

<sup>204</sup> Bohémier Albert, *La faillite en droit constitutionnel canadien*, supra note 172 à la p 19.

<sup>205</sup> *An Act respecting insolvency*: l'acte de faillite 32-33 Vict., c. XVI.

constitue pas une rupture avec la loi précédente mais bien une révision de celle-ci<sup>206</sup>. Elle s'applique uniquement aux commerçants et permet les concordats préventifs, la cession volontaire et involontaire des biens ainsi que la libération des biens<sup>207</sup>. Cette loi offre une possibilité d'élargissement conditionnelle au débiteur emprisonné pour dette pour sa réintégration dans la société. Ce dernier doit respecter les conditions qui lui ont été imposées (cession complète de ses biens et l'attestation de ne pas cacher ni soustraire son patrimoine)<sup>208</sup>.

Concernant l'élaboration de cette loi, plusieurs raisons peuvent être évoquées. Une première est liée à une volonté d'étendre l'application de la loi de faillite à toutes les provinces appartenant à la confédération canadienne (Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Ecosse)<sup>209</sup>. La seconde raison est que la loi de 1867 a été critiquée sur le fond et a fait l'objet de demande d'abolition ou d'amendements<sup>210</sup>. La nouvelle loi, elle-même, suite à la colère de l'opinion publique face à la hausse des abus liées à l'utilisation de cessions volontaires, des concordats et des libérations, va être critiquée de fait qu'elle est trop à l'avantage des faillis<sup>211</sup>.

Par la suite, le parlement fédéral adopta une nouvelle loi en 1875, entrée en vigueur en 1876 qui abroge la loi de 1869<sup>212</sup>. S'appliquant aux corporations dans toutes les provinces, elle présente beaucoup de convergences avec la loi de 1869 mais la divergence la plus remarquable est celle de la suppression de la cession volontaire. De même, les conditions pour l'obtention de la libération ont été durcies et le dépôt de la proposition est liée à l'approbation par une résolution spéciale des créanciers qui ont prouvé leur réclamation. De 1875 à 1880, la loi fut modifiée plusieurs fois pour pallier ces abus.

---

<sup>206</sup> Beaulieu, *supra* note 181 à la p 11.

<sup>207</sup> Bernier, Laquerre et Morin, *supra* note 198 à la p 1-13.

<sup>208</sup> *Ibid.*

<sup>209</sup> Beaulieu, *supra* note 181 à la p 11.

<sup>210</sup> *Ibid.*

<sup>211</sup> Bohémier, *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 177 à la p 11; Bernier, Laquerre et Morin, *supra* note 198 à la p 1-13.

<sup>212</sup> *Insolvent Act*, 38. Vict. c. 16.

### 1.1.2.2 L'abolition de la loi de 1875 et le vide législatif de 1880 à 1919

Après avoir fait l'objet de plusieurs modifications et face à l'insatisfaction générale en raison de ses méthodes administratives inefficaces, le parlement fédéral abrogea la loi de 1875 en 1880<sup>213</sup>. Pendant 40 ans à partir de cette date, le Canada fut dépourvu de législation fédérale en matière de faillite puisqu'il n'existe aucune loi sur la faillite.

Le parlement fédéral adopte après 2 ans, en 1882, une nouvelle loi qui règlemente la liquidation des compagnies incorporées<sup>214</sup>. Il vise à combler le vide laissé par l'abrogation de la loi de faillite de 1875 et de permettre la liquidation des corporations. Ce fut la seule législation de faillite qui existait au Canada jusqu'en 1920. L'unique recours pour les individus peut être effectué par la législation provinciale. À titre d'exemple, le Québec s'est servi des articles 780-783 appartenant à l'ancien Code de procédure civile (C.p.c.). Les autres provinces y avaient des lois sur les cessions et les préférences comme celle promulguée par la législature l'Ontario en 1885<sup>215</sup>.

Cela a entraîné un litige constitutionnel auprès du Conseil privé connu sous le nom de (*Voluntary Assignment Case*)<sup>216</sup>. Le Conseil privé, après avoir qualifié le droit de la faillite comme étant un système visant la liquidation forcée du patrimoine du débiteur insolvable au profit de ses créanciers et avoir jugé que les législations provinciales régissent les cessions purement volontaires de biens, a reconnu aux provinces le droit de légiférer en l'absence de législation fédérale dans le domaine subordonné et accessoire à la faillite et à l'insolvabilité, c'est-à-dire, dans le domaine des pouvoirs ancillaires.

La loi provinciale de l'Ontario a été jugée constitutionnelle dans la mesure où elle n'empiétait pas sur la compétence exclusive du Parlement fédéral en matière de faillite et

---

<sup>213</sup> 44 Vict., c. 27.

<sup>214</sup> *Acte des liquidations (Winding up Act)*, S.C. 1882, c. 23 et S.R.C. 1886, c. 129, modifié par *Acte modifiant « l'Acte des liquidations »*, 1889 (*Winding up Amendment Act*, 1889), S.C. 1889, c. 32.

<sup>215</sup> Honsberger John D & DaRe Vern W, *Bankruptcy in Canada*, Ontario, Canada law book, 2009 à la p 17 [Honsberger & DaRe]; Duncan Lewis & Reilley William John, *Bankruptcy in Canada*, 2 ed., Toronto, Age publications limited, 1933 à la p 6 [Duncan & Reilley]; Ben-Ishai Stephanie & Telfer Thomas G W, *Bankruptcy and insolvency law in Canada: cases, materials, and problems*, Toronto, Irwin Law, 2019 à la p 13 [Ben-Ishai & Telfer].

<sup>216</sup> *Procureur général de l'Ontario c. Procureur général du Canada*, [1894] A.C. 189 ; En ce sens voir : Bohémier, *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 177 à la p 12; Bernier, Laquerre et Morin, *supra* note 198 aux pp 1-15,17.

d'insolvabilité. Ladite loi encadre seulement les cessions purement volontaires de biens, elle ne prévoyait ni la mise en faillite forcée ni la libération qui relèvent de la compétence fédérale. Cette affaire a théorisé aussi le pouvoir accessoire qui accorde au Parlement fédéral une compétence d'adopter des lois liées à des matières relevant de la compétence provinciale. L'exercice de ce pouvoir accessoire doit respecter deux tests jurisprudentiels : l'efficacité de la disposition adoptée au système législatif auquel elle appartient et l'existence d'un lien direct entre le sujet sur lequel elle porte la disposition et la compétence fédérale<sup>217</sup>.

### **1.1.3 Vers l'instauration d'une culture de protection de l'entreprise en difficulté : de 1919 à nos jours**

Dans un premier point nous exposons l'évolution d'une culture de sauvetage des entreprises en difficulté (1.1.3.1) alors que le deuxième point fera objet d'une analyse des moyens prévus à cet effet (1.1.3.2).

#### **1.1.3.1 Les phases d'évolution d'une culture de sauvetage des entreprises en difficultés**

Le vide législatif créé par l'abolition de la loi de 1875 ainsi que l'inefficacité des législations provinciales adoptées entre temps ont fait sentir les besoins d'une législation canadienne uniforme en matière de faillite<sup>218</sup>. C'est ainsi qu'on adopta une nouvelle loi sur la faillite en 1919, entrée en vigueur en 1920 (1.1.3.1.1) et une autre loi intitulée la LACC en 1933 (1.1.3.1.2).

---

<sup>217</sup> *Larue v. Attorney General for Quebec / Larue v. Royal Bank of Canada*, 1926 CanLII 49 (SCC), [1926] SCR 218; *Dupuy v. Ducondu*, 1881 CanLII 31 (SCC), 6 SCR 425; *Duncan & Reilley*, *supra* note 215 aux pp 16-21; *Honsberger & DaRe*, *supra* note 215 aux pp 26-30.

<sup>218</sup> *Bohémier, Faillite et insolvabilité*, *supra* note 177 à la p 13 ; *Beaulieu*, *supra* note 181 à la p 8.

### 1.1.3.1.1 L'évolution de la culture de sauvetage des entreprises insolvable dans le cadre de la LFI

Nous ferons la distinction entre deux étapes concernant cette législation. La première s'étend de 1919 à 1949 et connaît l'inauguration de la proposition et sa modification. D'autre part, la deuxième phase, qui commence en 1949, a été marquée par la réintroduction des mesures de redressement et leur évolution graduelle dans le temps.

En ce qui a trait à la première phase, le parlement fédéral a adopté une nouvelle loi de la faillite en 1919 qui est entrée en vigueur en 1920<sup>219</sup>. De cette prise de fait, toutes les législations provinciales en la matière entrant en conflit avec la nouvelle loi fédérale sont devenues de *jure* inopérantes<sup>220</sup>. La loi s'applique aux commerçants et non-commerçants et règlemente plusieurs aspects<sup>221</sup> dont les cessions de biens volontaires ou forcées et instaure un processus de proposition par un débiteur insolvable et un failli dans le cadre des restructurations conventionnelles<sup>222</sup>.

Le parlement canadien a amendé les articles de la *loi de la faillite* concernant la réorganisation des créances à partir de 1923 instaurant un droit, pour le failli et le débiteur insolvable, de dépôt d'une proposition à l'intention des créanciers. Ce nouveau cadre juridique restreint l'accessibilité à la proposition au seul failli au détriment du débiteur insolvable qui sera privé de cette possibilité.<sup>223</sup> Cet amendement qui exclut le débiteur insolvable associé à l'absence d'autres alternatives de restructuration ont

---

<sup>219</sup> *Bankruptcy Act*, (919) 9-10 Geo. V, c. 36; Houlden L W, *Bankruptcy law of Canada*, vol 1, Toronto, Carswell, 1984 à la p A-1.

<sup>220</sup> *Le Procureur général du Canada v. Larue et al*, (1928) 1 D.L.R. 945.

<sup>221</sup> Voir notamment, Belanger Philippe H. et Rigaud Sylvain, *La réforme en matière d'insolvabilité : nouveautés et codification de pratiques existences*, Québec, Éditions Yvon Blais, 2009 aux pp 7-8 [Belanger et Rigaud] : « Les transactions frauduleuses et préférentielles et la saisine par un syndic des biens d'un failli pour fins de liquidation ; le système de l'administration des biens d'un débiteur insolvable par un syndic ; le processus de liquidation ; tenue d'assemblées des créanciers, comité d'inspecteurs, traitements des réclamations, les infractions criminelles pouvant être commises par des débiteurs insolubles, la libération d'un débiteur failli ».

<sup>222</sup> *Ibid.*

<sup>223</sup> *Ibid.*

accéléral'adoption de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* en 1933<sup>224</sup>.

La deuxième période commence par la *loi sur la faillite* de 1949 et la modification de la proposition. Ainsi, la *loi de faillite* de 1919 a été modifiée à diverses occasions. En 1949 ; la *loi sur la faillite* (1949) a remplacé la *loi de faillite* (1919)<sup>225</sup>. En plus d'avoir été remaniée, la nouvelle loi a réintroduit le droit pour une personne insolvable de déposer une proposition à l'intention de ses créanciers non garantis<sup>226</sup>. Auparavant, cette mesure était restreinte au failli. Elle a aussi aboli la notion de *Custodian* et a ajouté un nouvel ordre de collocation qui limitait considérablement les droits de la Couronne et a établi un processus d'administration sommaire<sup>227</sup>.

Malgré ces avancés, les créanciers garantis n'étaient pas encore concernés par la procédure elle-même. Par conséquent, le débiteur n'était pas protégé contre leurs recours. Le recours à la LACC était la meilleure possibilité pour le débiteur insolvable puisqu'elle lui permet de faire une demande afin de suspendre les droits de ses créanciers garantis<sup>228</sup>. Il fallait attendre les modifications apportées à la *loi sur la faillite* en 1992 pour imposer la suspension de procédures applicables aux créancières garantis dans certaines circonstances<sup>229</sup>. Après le changement de nom<sup>230</sup>, la nouvelle loi a introduit la notion d'avis d'intention de faire une proposition à côté de la proposition,<sup>231</sup> et a mis en place des dispositions relatives à la résiliation de beaux commerciaux<sup>232</sup>. Par ailleurs, elle a modifié l'ordre de collocation des créanciers pour exclure les créances gouvernementales

---

<sup>224</sup> *Ibid.*

<sup>225</sup> *The Bankruptcy Act*, (1949) 13 Geo VI, C. 7.

<sup>226</sup> Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, *supra* note 189 à la p 23.

<sup>227</sup> Belanger et Rigaud, *supra* note 221 aux pp 8-9.

<sup>228</sup> *Ibid* à la p 9.

<sup>229</sup> Entre-temps, il a eu des amendements et des tentatives de remplacer la Loi sur la faillite. Voir Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, *supra* note 189 aux pp 23-25.

<sup>230</sup> *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (L.R.C. (1985), ch. B-3).

<sup>231</sup> Bouchard P. Michel, « Séquestres et créanciers garantis : leurs obligations » dans Barreau du Québec, *Développements récentes en droit de la faillite*, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1992 aux pp 43-63.

<sup>232</sup> Belanger et Rigaud, *supra* note 221 aux pp 10-11 ; Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, *supra* note 189 aux pp 26-27 ; Vincent Sylvain, « Autres amendements à la Loi sur la faillite et l'insolvabilité » dans Barreau du Québec, *Développements récentes en droit de la faillite*, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1992 aux pp 1-13.

de la définition de créanciers privilégiés. Toutefois, les fiducies présumées des gouvernements fédéral et provincial (déductions à la source, assurance-chômage, R.R.Q) sont reconnues dans la loi comme créances garanties<sup>233</sup>.

Plusieurs modifications ont été apportées à la LFI, la plus importante est celle de 2009<sup>234</sup>. Les principes directeurs de la réforme en matière de réorganisation commerciale peuvent sans doute être résumés comme suit :

- Assurer une meilleure protection en faveur des employés
- Favoriser les réorganisations commerciales en codifiant tant à la LFI qu'à la LACC des pratiques et des mécanismes de restructuration développés par les tribunaux canadiens en vertu de la LACC
- Assurer un meilleur contrôle du processus de restructuration et redéfinir le rôle des intervenants
- La codification des outils de la réorganisation tels que DIP etc...

#### **1.1.3.1.2 L'évolution de la culture de sauvetage des entreprises débitrices dans le cadre de la LACC**

À l'encontre de la LFI qui a été conçue comme un moyen de liquidation des entreprises, La LACC a été élaborée dans un contexte de crise économique<sup>235</sup> et dans une époque où les entreprises insolubles (mais qui n'ont pas déclaré faillite) ont été incapables de se prévaloir de la LFI. Il a été adopté par le parlement en 1933 initialement afin de faciliter

---

<sup>233</sup> St-Orge Denis, « Les priorités de la Couronne rendra-t-on moins à César ? » dans Barreau du Québec, *Développements récentes en droit de la faillite*, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1992 aux pp 15-41; Ben-Ishai & Telfer, *supra* note 215 aux pp 18-19.

<sup>234</sup> Deslauriers Jacques, « Vue générale des amendements apportés à la Loi sur la faillite et l'insolvabilité par la L.C. 1997, c. 12 » dans Barreau du Québec, *Développements récentes en droit de la faillite*, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1998 aux pp 117-135 ; Barreau du Québec, *Développements récentes en droit de la faillite*, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 2000 ; Barreau du Québec, *Développements récentes en droit de la faillite*, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1992 ; Voir notamment, Brochu Denis, *Précis de la faillite et de l'insolvabilité*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Lexis Nexis, 2022 aux pp 8-9; Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, *supra* note 189 aux pp 27-29.

<sup>235</sup> La Grande Dépression ou la crise des années 1930 au Canada.

la réorganisation et la survie des entreprises débitrices<sup>236</sup>. Plusieurs raisons ont motivé l'adoption de cette loi, l'une des plus importantes a été explicitée dans un débat parlementaire tel que suit :

« Nos lois n'assurent aucun mode de procédure en vertu duquel les créanciers d'une compagnie peuvent être convoqués devant le tribunal et recevoir l'autorisation d'en venir à un arrangement à l'amiable entre eux pour un règlement à la composition des dettes de la compagnie, et ce, de façon que la compagnie puisse, à la suite d'une réorganisation, poursuivre de nouveau ses affaires »<sup>237</sup>.

En se basant sur la finalité initiale de cette loi, les tribunaux canadiens ont trouvé leur propre interprétation de ces articles. Cela ressort clairement dans le commentaire de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'Affaire *Chef Ready Foods c. HongKong Bank of Canada*<sup>238</sup>.

La tendance à donner une deuxième chance au débiteur en difficulté n'a pas toujours été linéaire. L'observation des injustices subies par les créanciers non garantis à cause de l'utilisation abusive de cette loi par les entreprises a conduit à la proposition de son abolition dans un projet de loi en 1938. Toutefois, la LACC n'a pas été abrogée<sup>239</sup>.

La LACC fut très peu utilisée durant cette période jusqu'aux années 80 et il faut attendre plus de soixante ans pour qu'elle soit modifiée. En effet, ce n'est qu'en 1997 que cette loi a fait l'objet de modifications substantielles. Celle-ci a été amendée pour permettre de

---

<sup>236</sup> Bernier, Laquerre et Morin, *supra* note 198 à la p 1-23 ; Ferland Denis, « L'arrangement ou la proposition : avantages, inconvénients et applications émergentes » dans Institut canadien, *La Deuxième conférence avancée sur la faillite et l'insolvabilité*, Toronto, Institut canadien, 2002 aux pp 5-6 [Ferland].

<sup>237</sup> Canada, *Débats de la chambre des communes*, 1932-1933, 4<sup>e</sup> session, 17<sup>e</sup> Parlement, vol 4, p 4063-4064.  
<[https://publications.gc.ca/collections/collection\\_2021/isde-ised/RG62-1-1970-fra.pdf](https://publications.gc.ca/collections/collection_2021/isde-ised/RG62-1-1970-fra.pdf)>.

<sup>238</sup> *Chef Ready Foods c. HongKong Bank of Canada* 1990 CanLII 529 (B.C.C.A.) : « Having regard to the broad public policy objectives of the C.C.A.A there is good reason why s. 178 recurrency should not be excluded from its provisions. The C.C.A.A was enacted by Parliament in 1933 when the nation and the world were in the grip of an economic depression. When a company became insolvent liquidation followed because that was the consequences of the only insolvent legislation which then existed – the Bakruptcy Act and the Winding-Up Act. Almost inevitably liquidation destroyed the shareholders' investment, yielded little by way of recovery to the creditors, and exacerbated the social evil of devastating levels of unemployment. The government of the day sought, through the C.C.A.A, to create a regime whereby the principals of the company and the credidors could be brought together under the supervision of the court to attempt a reorganization or compromise or arrangement under which the company could continue in business ».

<sup>239</sup> Belanger et Rigaud, *supra* note 221 à la p 13.

remplacer la condition d'application relative à l'émission d'obligations par une nouvelle condition qui est d'avoir des créances d'un montant supérieur à 5 000 000\$<sup>240</sup>. En 2009, la LACC connaît, elle aussi, la codification des outils de restructuration.

Les principales législations au Canada en matière de restructuration financière des entreprises ont réussi à mettre en place des mécanismes tels que l'avis de proposition, la proposition en vertu de la LFI et l'arrangement au nom de la LACC. Avec une certaine différenciation dans leur approche et fonctionnement, les deux visent à permettre la réorganisation des entreprises en difficulté financière à travers la protection du débiteur durant la proposition ou l'arrangement.

### **1.1.3.2 La proposition et l'arrangement : processus de redressement judiciaire**

Nous abordons dans un premier point en quoi consiste la proposition ou l'arrangement (1.1.3.2.1) et ensuite quel sont leurs effets (1.1.3.2.2).

#### **1.1.3.2.1 Nature de la proposition et l'arrangement**

La proposition telle que définie par la LFI dans l'article 2 peut être considérée comme une offre qui vise un concordat, un atermoiement ou un accommodement afin de payer les créanciers suivant la forme et les modalités prévues à la proposition <sup>241</sup>. Cette

---

<sup>240</sup> *Ibid*, à la p 14.

<sup>241</sup> Bohémier, *Faillite et insolvabilité*, supra note 177 à la p 260 ; Brochu Denis, *Précis de la faillite et de l'insolvabilité*, 5<sup>e</sup> éd, Montréal, Lexis Nexis, 2016 à la 155 : « Par analogie, on peut la comparer, à son origine, à une offre de contracter (art. 1388 C.c.Q.) à la différence qu'elle est toutefois assujettie à un contrôle judiciaire » ; Bilodeau Paul-Émile, *Précis de la faillite et de l'insolvabilité*, 2<sup>e</sup> éd., Québec, Publications CCH Ltee, 2004 à la p 207 « Pour lui : la proposition est un contrat conclu, par un débiteur, généralement désigné comme l'auteur de la proposition, avec ses créanciers » ; *The Employer's Liability Co. c. Ideal Petroleum, (1959) Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 230 ; *2862565 Canada inc. c. Merisel Canada inc.*, J.E. 2002-561 (C.A.) ; Legault Jean, Jonathan Warin, « Fascicule 12 Proposition concordataire » dans *JurisClasseur Québec - Faillite, insolvabilité et restructuration*, Québec, Lexis Nexis, 2010 à la p 12-6. « Une proposition concordataire est à la base une offre faite par la personne insolvable, d'où le terme proposition, qui, lorsqu'elle est acceptée par les créanciers selon les majorités statutaires requises et approuvée par le tribunal, deviendra littéralement un contrat, le concordat,

initiative peut être faite par une personne insolvable, un failli, un liquidateur de biens d'une personne insolvable, un séquestre et un syndic<sup>242</sup> en essayant de convaincre les créanciers que les avantages du redressement prévalent sur la liquidation de son entreprise. L'arrangement ou la transaction constitue l'alternative qui peut être exercé en vertu de la LACC comme tentative de réorganisation<sup>243</sup>.

La LFI se distingue de la LACC par l'opportunité qu'elle accorde au débiteur afin de bien préparer sa proposition notamment à travers l'avis d'intention. Il s'agit de l'article 50.4 qui a codifié une pratique existante auparavant qui se nomme  *Holding Proposal* . En effet, dans l'affaire  *Fisher Oil & Gas corporation : Peat Marwick Ltd. C. Guaranty Bank and Trust* <sup>244</sup>, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu une décision favorable à une notification qui permet de présenter une proposition des modalités de règlement des réclamations des créanciers. Elle l'a considéré comme une proposition d'ajournement ou  *Holding Proposal* <sup>245</sup> valide en vertu de la LFI impliquant la suspension des procédures mentionnée dans son article 69.1. Le but de cette mesure consiste à accorder au débiteur une période pour redresser son entreprise et élaborer une proposition raisonnable et convaincante pour toutes les parties prenantes<sup>246</sup>.

La proposition ou l'arrangement selon les termes de la LACC peut être  *ex ante*  ou préventif dans la mesure où son auteur (l'insolvable) l'a élaboré dans le but d'échapper à la liquidation de son entreprise. Elle peut être aussi  *ex post*  ou extinctive dès lors que son initiateur (le failli) l'a mis en place dans l'intention de sortir de la faillite<sup>247</sup>. Cette offre fera l'objet d'une acceptation majoritaire ou un refus de la part des créanciers. En cas d'acceptation, le concordat doit être par la suite homologué par le tribunal. Pour cela, les

---

obligeant la personne insolvable à en exécuter les termes et conditions et liant l'ensemble des créanciers auxquels elle est proposée, y compris ceux qui ont voté contre son acceptation ».

<sup>242</sup> Art. 50 (1) LFI.

<sup>243</sup> Ferland,  *supra*  note 235 à la p 2.

<sup>244</sup>  *Fisher Oil & Gas Corp. et al. v. Guaranty Bank & Trust Co.* , 1982 CanLII 1791 (ON CA): “With deference, we are unanimously of the view that the learned judge erred in reaching the conclusion he did. In our opinion the proposal in question constitutes a proposal within the meaning of the Bankruptcy Act”.

<sup>245</sup> En ce sens, Bilodeau,  *supra*  note 241 à la p 209.

<sup>246</sup> Brochu (2022),  *supra*  note 234 à la 287.

<sup>247</sup>  *Ibid*  à la p 255.

auteurs ont qualifié la proposition et l'arrangement du contrat entre le débiteur et ses créanciers comme la seule convention (engagement) qui encadre les modalités et la forme de paiement<sup>248</sup>. Par conséquent, toute autre accord privé postérieur au concordat et contradictoire à celui-ci est considéré contraire à l'ordre public<sup>249</sup>. Le débiteur continue de gérer ses biens sauf dans le cas d'existence dans la proposition d'une précision contraire<sup>250</sup>.

Bien que plusieurs entités ne soient pas éligibles à faire ni une proposition ni un arrangement en vertu respectivement de la LFI et la LACC, ce dernier a limité son admission aux entreprises ayant un passif d'au moins cinq millions de dollars. En revanche, la LFI est ouverte à toute petite et moyenne entreprise de même qu'aux personnes physiques<sup>251</sup>. Cette différenciation entre la LFI et la LACC se manifeste aussi dans les conséquences de refus de la proposition concordataire et l'arrangement. Si le refus de la première entrainera la faillite, le rejet de l'arrangement ne conduit pas au même résultat. Toutefois, les créanciers peuvent mener des recours contre la compagnie débitrice afin de provoquer sa faillite. Ce point nous amène à analyser les effets de la proposition et de l'arrangement.

### **1.1.3.2.2 Les effets de la proposition et de l'arrangement**

Dès le dépôt de la proposition, le débiteur se voit protégé premièrement contre le recours des créanciers (1.1.3.2.2.1), puis par la non-applicabilité du droit de reprendre les marchandises vendus (1.1.3.2.2.2) et aussi par l'obligation au fournisseur d'un service public de lui maintenir le service malgré le fait que des sommes d'argent soient impayées (1.1.3.2.2.3).<sup>252</sup>

---

<sup>248</sup> Brochu (2016), *supra* note 244 à la p 255

<sup>249</sup> *Cicoria, Re*, 2000 CanLII 22483 (ON SC) au para 11 (c).

<sup>250</sup> *Re Ano Ltée : Franco c. Basmadjan*, (1981) 39 C.B.R. (n.s.) 263 (C.S. Qué).

<sup>251</sup> Art. 50 (1) a) LFI.

<sup>252</sup> Art. 65.1 (3) LFI.

### 1.1.3.2.2.1 La suspension des recours

Selon les termes des articles 69.1 et 69.1 (1) de la LFI, la suspension des procédures s'applique systématiquement par le simple dépôt d'un avis d'intention ou d'une proposition. Au contraire, en vertu de LACC, il n'existe pas de suspension automatique. En effet, on exige une demande (initiale ou non) de la part d'une compagnie débitrice et l'accord de l'autorité judiciaire pour une durée et des conditions déterminées<sup>253</sup>. Par conséquent, la débitrice doit convaincre le tribunal qu'il serait opportun de rendre une telle ordonnance et continuer d'agir de bonne foi et avec toute la diligence voulue<sup>254</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Air canada (Re)*<sup>255</sup>, la compagnie aérienne et ses filiales ont obtenu une ordonnance accordant la suspension des procédures à la suite d'une demande qui a été étudiée en prenant en considération le nombre considérable de fournisseurs, d'employés et d'entreprises impliquées. Cette suspension se traduit par l'interdiction pour les créanciers d'intenter ou continuer une quelconque action, exécution ou autre procédure en vue du recouvrement de réclamations prouvables en matière de faillite<sup>256</sup>. La suspension prend effet malgré l'ignorance du créancier de dépôt de la proposition. À titre d'exemple, le créancier bénéficiant d'une autorisation de prélèvement automatique peut se voir condamné à remettre à la banque la somme prélevée après le dépôt de la proposition, ceci en application de la suspension des recours<sup>257</sup>. Dans la même perspective, selon l'article 50.4 de la LFI, l'autorisation de la suspension annule toute clause dans un contrat de garantie qui stipule que cette dernière est déchue lorsque le débiteur devient insolvable ou manque à un engagement prévu par le contrat de garantie ou dépose un avis d'intention.

La suspension peut faire l'objet d'une prolongation. Cette prolongation peut être demandée à cause des circonstances qui la rendent primordiale, comme dans l'affaire *Re*

---

<sup>253</sup> Art. 11.02 (1) (2) LACC.

<sup>254</sup> Art. 11 (6) LACC.

<sup>255</sup> *Air canada (Re)*, [2003] O.J. No 1157 (Ont. S.C.J.).

<sup>256</sup> Art 11.02 (1) (2) LACC.

<sup>257</sup> *Gene Moses Construction Ltd. (Re)*, 1999 CanLII 6490 (BC SC) para 16.

843504 Alberta Ltd<sup>258</sup>. De même, d'autres raisons peuvent justifier ce genre de prolongation<sup>259</sup>. Cependant, dans tous les cas, la demanderesse doit agir de bonne foi et avec diligence raisonnable selon l'article 11 (6) de la LACC.

La prolongation n'est pas toujours *ipso facto* accordée à l'image de l'affaire *Hunters Trailer & Marine Ltd*<sup>260</sup>. Le tribunal a refusé d'autoriser de sursoir aux procédures après avoir appliqué le critère d'évaluation inauguré dans l'affaire *United Used Auto & Truck Parts (S.C.)*<sup>261</sup> et a estimé que la preuve soumise n'établissait pas de façon convaincante que les avantages de cette prolongation l'emportaient sur le préjudice<sup>262</sup>.

Il ressort de plusieurs affaires que l'objectif de la suspension est de conserver les entreprises en difficulté dans leur état actuel afin de maximiser les chances de réussite d'entreprendre un processus de restructuration ainsi qu'à la préservation de son patrimoine, gage commun des créanciers (art. 2644 C.c.Q)<sup>263</sup>. Il convient de souligner aussi que la suspension est une règle générale qui connaît certaines exceptions, qui peuvent être formulées respectivement par le créancier garanti<sup>264</sup> ou lié à certaines réclamations (de Sa majesté du Chef du Canada ou de la province en cause)<sup>265</sup>. De même, cette mesure n'a pas pour objet de suspendre les procédures pénales ni d'arrêter le processus de plainte pour congédiement illégal<sup>266</sup> ni même la fermeture d'un commerce d'une personne qui n'a pas payé les droits requis en vertu de la *Loi sur la taxe de vente*

---

<sup>258</sup> *Re 843504 Alberta Ltd. (Bankruptcy and Insolvency Act)*, 2003 ABQB 1015 (CanLII) para 33. Le tribunal précise les facteurs qui déterminent l'existence des circonstances justifiant la prolongation,

<sup>259</sup> Voir: *Re: Cansugar Inc. C.C.A.A. Extension, 2004 NBQB 7* (CanLII) para 12. Cette décision concorde bien avec: *Juniper Lumber Co., Re*, 2000 CanLII 17233 (NB CA) para 9; *Pacific National Lease Holding Corporation*, 1992 CanLII 427 (BC CA) paras 19-21.

<sup>260</sup> *Hunters Trailer & Marine Ltd. (Re)*, 2000 ABQB 952 (CanLII).

<sup>261</sup> *In Re United Used Auto & Truck Parts Ltd.* (1999), 1999 CanLII 5374 (BC SC).

<sup>262</sup> *Hunters Trailer & Marine Ltd. (Re)*, 2000 ABQB 952 (CanLII) paras 10-21.

<sup>263</sup> Ferland, *supra* note 235 à la p 16.

<sup>264</sup> Art. 69 (2) LFI.

<sup>265</sup> Art. 69 (3) LFI.

<sup>266</sup> *Coopérative forestière Laterrière c. Lapointe*, 2005 CanLII 36655 (QC CS) para 43; *Groupe Blanchette Inc. c. Raymond Chabot Inc.*, 2005 CanLII 26408 (QC CS) para 29.

du Québec<sup>267</sup>. De même, le créancier postérieur au dépôt de l'avis d'intention n'est pas évidemment lié par la suspension des recours<sup>268</sup>.

À cela s'ajoute le fait que tout créancier ou toute personne visée par les articles de 69 à 69.31 de la LFI, a la possibilité, selon l'article 69.4, de faire lever cette suspension des recours aux conditions que le tribunal détermine, tenant compte du caractère équitable de cette levée de suspension<sup>269</sup>. La jurisprudence a mis l'accent sur les critères d'applicabilité de la levée de la suspension des procédures. Ainsi dans l'affaire *Humber Valley Resort Corp*<sup>270</sup>, le juge, après avoir reçu une demande de levée de la suspension des procédures de la part de Maxium Financial Services Inc, s'est basée sur les critères relevés dans deux affaires<sup>271</sup> afin de déterminer si celle-ci doit être accordée. En effet, il a affirmé que Maxium n'a pas démontré un préjudice qui viendrait alourdir les difficultés que causerait l'enlèvement de l'équipement d'entre les mains de la débitrice<sup>272</sup>. Par conséquent, il a refusé la levée de suspension. Un refus peut être donné à la levée de la suspension si les demandeurs n'ont pas démontré que des faits nouveaux pouvaient justifier cette seconde demande de la levée de la suspension des procédures comme dans l'affaire *Re Air Canada*<sup>273</sup> ou parce qu'il contreviendrait au *statu quo* et aux objectifs du processus de réorganisation en vertu de la LACC, à l'image de l'affaire *Boutiques San Francisco Inc*<sup>274</sup>. En revanche, contester un transfert d'actifs effectué par la débitrice pour caractère frauduleux a été jugé raisonnable pour obtenir la levée de la suspension

---

<sup>267</sup> Art. 69 (1) d) LFI; Brochu (2016), *supra* note 234 à la p 270; Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec* (2004), *supra* note 178, à la p 197.

<sup>268</sup> *Bigi Canada ltd c. Cadillac Fairview Corporation*, 1996 CanLII 6275 (QC CA). Ainsi dans l'affaire *360networks Inc. (Re)*, 2003 BCSC 1030 (CanLII) para 15. Caterpillar Financial Services Limited a demandé une autorisation de lever la suspension des procédures liée à une réclamation née après l'émission de l'ordonnance initiale. La cour conclut que ces réclamations ne devraient pas être traitées dans le cadre des procédures menées conformément à la LACC. Par conséquent, le Juge Tysoe J a permis à Caterpillar de lever la suspension des procédures.

<sup>269</sup> *Gestion Max Boutin inc. c. Leblond, Buzzetti & Associés ltée*, 1994 CanLII 5667 (QC CA) para 16.

<sup>270</sup> *Humber Valley Resort Corp. – Re: Companies' Creditors Arrangement Act*, 2008 NLTD 174 (CanLII) paras 12-13.

<sup>271</sup> *Canadian Airlines Corp. (Re)*, 2000 CanLII 28202 (AB QB); *ICR Commercial Real Estate (Regina) Ltd. v. Bricore Land Group Ltd.*, 2007 SKCA 72 (CanLII).

<sup>272</sup> *Humber Valley Resort Corp. – Re: Companies' Creditors Arrangement Act*, 2008 NLTD 174 (CanLII) para 19.

<sup>273</sup> *Re Air Canada*, 2004 CarswellOnt 481 (Ont. S.C.J. (Commercial List)).

<sup>274</sup> *Boutiques San Francisco Inc. v. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955 (QC CS).

des procédures. Il faut toutefois signaler que le fardeau de la preuve appartient au demandeur (l'affaire *Re Osprey energy Inc*)<sup>275</sup>.

En plus de la demande de levée de la suspension des procédures et dans le but de garantir les droits des créanciers, l'article 47.1 de la LFI prévoit la possibilité d'obtenir la nomination d'un séquestre intérimaire suite au dépôt d'un avis d'intention. Cette mesure n'était possible avant la modification de 1992 qu'après le dépôt d'une proposition (ses pouvoirs sont déterminés par le tribunal et peuvent être très étendus)<sup>276</sup>. De même, le syndic agit comme surveillant des affaires et des finances de la personne insolvable<sup>277</sup>. Il joue aussi le rôle de conseiller en vertu de l'article 50.5 de la LFI pour veiller à la protection des droits des créanciers<sup>278</sup>.

#### **1.1.3.2.2.2 Non applicabilité du droit de reprendre les marchandises vendues**

L'article 81.1 (7) de la LFI prévoit la non-application du droit que possède le fournisseur impayé de reprendre les marchandises vendues et livrées dans les 30 jours suivant la livraison<sup>279</sup>. Ainsi, le vendeur impayé ne peut exercer son droit à la reprise de possession. Pour que l'article 81.1 de la LFI s'applique, il faut que l'acheteur soit un failli ou qu'une personne exerce à son égard le rôle de séquestre au sens de l'article 243 (2) de la LFI. L'article 81.1 (4) de la LFI ne fait que suspendre le délai de 30 jours suivant la livraison. Ainsi, si l'acheteur devient failli, le vendeur impayé récupère son droit de reprise, sans tenir compte du délai écoulé depuis le dépôt de l'avis d'intention. Le vendeur impayé serait donc bien avisé de faire en sorte qu'un constat soit dressé le plus tôt possible après le dépôt de l'avis d'intention<sup>280</sup>.

---

<sup>275</sup> *Bankruptcy, Osprey Energy Inc.*, 2006 BCSC 216 (CanLII) para 15.

<sup>276</sup> *Canada (Minister of Indian Affairs & Northern Development) v. Curragh Inc.*, 1994 CanLII 7468 (ON SC) paras 3-6.

<sup>277</sup> Art. 50.4 (7) LFI.

<sup>278</sup> *Canada (Minister of Indian Affairs & Northern Development) v. Curragh Inc.*, 1994 CanLII 7468 (ON SC).

<sup>279</sup> *Détaillants Shirmax ltée c. 170974 Canada inc.*, (1994) J.E. 94-255 (C.S).

<sup>280</sup> Approche historique en ce sens voir : Ron L. Bozzer, Lori A. Lothian & Ladner Downs, « Les droits et recours du fournisseur impayé dans les cas de réorganisation et de faillite » dans Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité, *Les trois R : Insolvabilité Retrait Restructuration Réadaptation*, Toronto, ACPI, 1993 aux 1-4.

Par ailleurs, la personne insolvable visée par un préavis de mise à exécution d'une garantie peut, après la rectification de l'avis de l'article 244 de la LFI et avant l'expiration du délai de dix jours, déposer l'avis d'intention et obtenir ainsi la suspension des recours<sup>281</sup>.

### 1.1.3.2.2.3 La limitation de certains droits et la résiliation de contrat

Dans le but de créer un contexte propice à la réorganisation des entreprises en difficulté et en complément de la suspension des procédures, il existe certaines limitations pour les cocontractants d'un débiteur en difficulté. En vertu de la LFI, ceux-ci doivent faire face à certaines restrictions concernant notamment le contrat de bail, la licence ou les services publics. Il s'agit d'une interdiction de résilier les contrats conclus auparavant avec le débiteur ou de refuser de fournir des biens ou des services pour le motif que des sommes dues préalablement au dépôt de l'avis d'intention ou de la proposition soient impayées, qu'il y a insolvabilité ou qu'il y a eu dépôt de l'avis d'intention ou de la proposition<sup>282</sup>.

En ce qui concerne les services publics, l'article 65.1 (3) de la LFI, précise qu'une entreprise de services publics ne peut interrompre son service en raison du fait que le débiteur a déposé un avis d'intention ou une proposition concordataire. Celle-ci est définie à l'article 2 de la LFI : elle vise toute entité qui fournit du gaz, du combustible, l'électricité et le téléphone. Hydro-Québec est donc clairement inclus dans cette définition. Il est donc clair qu'Hydro-Québec ne peut refuser de fournir de l'électricité à un abonné en raison du fait que celui-ci doit des arrérages de loyers impayés à la date du dépôt de l'avis d'intention ou en raison du fait qu'il a déposé une proposition concordataire<sup>283</sup>. À cet égard dans l'affaire *Canadian Imperial Bank of Commerce v.*

---

<sup>281</sup> *Immeubles Gérard Bouchard Inc.*, J.E. 99-666 (C.G.); Brochu Denis précise que « La personne insolvable visée par un préavis de mise à exécution d'une garantie selon l'article 224 L.f.i. peut bénéficier des effets de la suspension des recours si le créancier garanti n'a pas donné le préavis prévu plus de dix (10) jours avant le dépôt de l'avis d'intention (art. 69.1 (2) b) L.f.i. ». Brochu (2016), *supra* note 244 à la p 268.

<sup>282</sup> Ferland, *supra* note 235 à la p 18.

<sup>283</sup> Robichaud Alain, « Les résiliations et cessions de contrats en vertu de la LFI et de la LACC à la suite des amendements découlant du nouveau chapitre 47 (Projet de loi C-55) » dans Institut canadien, *La faillite et l'insolvabilité : Produits Dangereux, Faillites Frauduleuse, Superpriorités, Ethique des Syndics, Tendances américains*, Toronto, Institut canadien, 2006, à la p 7 [Robichaud].

*Community Pork Ventures Inc*<sup>284</sup>, le tribunal a refusé la résiliation d'un contrat qui a été fait le jour de l'initiation par la compagnie débitrice d'un processus aux termes de la LACC. La Cour a démontré son pouvoir de diminuer la date de l'application de ses ordonnances aux termes de la LACC (même rétroactives), afin de contrecarrer toute tentative d'un créancier qui chercherait à éviter d'être soumis à ces dispositions<sup>285</sup>.

L'affaire *Nautical Data International Inc*<sup>286</sup> donne des indications concernant la résiliation des contrats conclus auparavant avec le débiteur. Bien que le Gouvernement ait fait parvenir une lettre de notification à Nautical Data lui indiquant qu'il désirait mettre fin au contrat selon ses termes, le fait que Nautical Data a déposé un avis d'intention de faire une proposition aux termes de la LFI avant l'expiration de ce délai a poussé l'honorable Juge Hall à conclure que le délai devait être suspendu jusqu'à la levée de la suspension des procédures, le cas échéant. S'il y a éventuellement levée de la suspension des procédures, le délai préalable à la fin du contrat continuera à courir<sup>287</sup>. Dans *In Re Industries Porte Mack ie Inc*<sup>288</sup>, la Cour d'appel du Québec a reconnu qu'un créancier ne pouvait résilier un contrat parce que le débiteur avait déposé un avis d'intention et ce, même si le contrat comporte une clause prévoyant la résiliation en cas d'insolvabilité<sup>289</sup>.

Dans une ligne médiane, la loi ne s'oppose pas au fait que les fournisseurs de biens ou de services exigent un paiement immédiat pour leurs biens ou services prévus ultérieurement au dépôt de l'avis d'intention ou de la proposition. De plus, elle ne les contraint plus à concéder au débiteur de nouvelles avances de fonds ou des crédits additionnels<sup>290</sup>. Ainsi dans l'affaire *Fonderie Poitras Ltee (Arrangement relatif a)*, Hydro-Québec se fait voir refuser sa demande de cesser de fournir l'électricité sur préavis de 24 heures compte tenu

---

<sup>284</sup> *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Community Pork Ventures Inc.*, 2005 SKQB 294 (CanLII).

<sup>285</sup> *Ibid* paras 2 et 15-16.

<sup>286</sup> *Nautical Data International, Inc. In Re the Bankruptcy and Insolvency Act*, 2005 NLTD 104 (CanLII).

<sup>287</sup> *Ibid* paras 9-10.

<sup>288</sup> *Industries Portes Mackie inc. (Proposition de)*, 2000 CanLII 18905 (QC CS) paras 52-53.

<sup>289</sup> Cas contraire dans *Coopérative Forestière Laterrière c. Axa Assurances Inc.*, 2003 CanLII 38461 (QC CS) para 80.

<sup>290</sup> Ferland, *supra* note 235 à la p 18.

des conséquences graves pouvant en découler<sup>291</sup>. En revanche, sa demande de paiement immédiat du service a connu une entente prévoyant le paiement d'une somme de 21 000 \$ par semaine versée par la débitrice<sup>292</sup>.

Le législateur laisse une brèche au profit de toute entreprise contractante avec l'entreprise débitrice, la possibilité de solliciter le tribunal afin de le convaincre que l'application de ces restrictions pourrait entraîner de sérieuses difficultés financières. Après, on se confère au pouvoir discrétionnaire du tribunal qui décidera, selon son appréciation personnelle, si lesdites restrictions sont inapplicables ou ne devraient s'appliquer dans certaines circonstances bien déterminés. Somme toute, il faut signaler que la limitation de résilier ou de modifier les contrats ne concerne pas les contrats financiers admissibles. De même, cette mesure n'interdit pas un membre de l'Association canadienne des paiements en tant qu'agent de compensation ou d'adhérent correspondant de groupe, de cesser d'agir pour une personne insolvable<sup>293</sup>.

Maintenant que nous avons exposé les phases qui ont marqué l'évolution du droit de faillite dans un contexte canadien, nous allons, dans la section qui suit, traiter la genèse des outils de la restructuration dans le droit canadien, leurs origines, leurs définitions, leurs codifications ainsi que les principes directeurs qui encadrent leurs attributions.

## **1.2 Les outils de la réorganisation des entreprises en difficulté**

L'apparition des outils de restructuration dans la législation canadienne en matière de faillite, à savoir la LFI et la LACC, remonte à 2009<sup>294</sup>. Bien que ces deux lois, dès leur adoption ou après évolution dans leur objectif, vise à favoriser la réorganisation des entreprises débitrices/insolvables<sup>295</sup>, elles restent silencieuses sur certains outils qui permettent d'y parvenir. Ces outils impliquent d'autres parties prenantes comme les

---

<sup>291</sup> *Fonderie Poitras ltée (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 1079 (CanLII) para 14.

<sup>292</sup> *Ibid* para 25.

<sup>293</sup> Art 82.2 (7) de la LFI.

<sup>294</sup> McElcheran, *supra* note 30 à la p 10.

<sup>295</sup> Sarra Janis & Davis Ronald B., *Directeur and officer liability in corporate insolvency*, 3d ed., Toronto, LexisNexis, 2015 à la p 5.

créanciers, les contractants de l'entreprise débitrice. Ils permettent, entre autres, le financement temporaire, le droit de résilier des contrats conclus par la personne insolvable ainsi que la capacité de conclure des ventes hors cours normal des affaires.

Certes, l'adoption desdits mécanismes constitue une réponse aux documents internationaux relatifs au sujet (travaux parlementaires, documents d'organismes internationaux, etc.)<sup>296</sup> et démontre la volonté de s'aligner avec les modifications apportées à la législation de la faillite dans plusieurs pays<sup>297</sup>. Par ailleurs, ceux-ci instituent une codification à une pratique jurisprudentielle bien ancrée dans l'usage des juges en vertu de la LACC.

Cette section se propose d'analyser trois outils utilisés lors de la restructuration. Ainsi, dans un premier temps, nous allons traiter la notion de financement intérimaire (1.2.1) puis, dans un deuxième temps, nous présenterons la possibilité de résilier un contrat (1.2.2). La cession de contrat fera l'objet du troisième point (1.2.3).

### **1.2.1 Financement intérimaire**

Il ne fait aucun doute que les entreprises débitrices sont exposées à de nombreux défis. Ces derniers sont d'autant plus grands lorsque l'entreprise est insolvable. Parmi les problèmes auxquels doit faire face toute entreprise insolvable, spécifiquement durant la période de l'élaboration du plan de proposition ou de l'arrangement, on retrouve l'obtention de ressources financières nécessaires au déroulement de la réorganisation et à l'augmentation des chances de son succès. Généralement, les entreprises en difficulté se sont vues refuser l'octroi d'un soutien financier supplémentaire de la part de leurs créanciers. L'attribution des crédits additionnels de la part d'un nouveau prêteur est

---

<sup>296</sup> IMF, *supra* note 4; La Banque Mondiale, *supra* note 23; CNUDCI, *supra* note 23. Un exemple de travaux parlementaires : France, Sénat, service des études juridiques, *La sauvegarde des entreprises en difficulté*, Étude de législation comparée n° 135, juin 2004.

<sup>297</sup> Regards sur les PME, « Une analyse comparative des procédures de faillite : France, Allemagne, Royaume-Uni » (2008) Regards sur les PME n° 16 à la p 5 [Regards sur les PME].

accompagnée, souvent, par une charge prioritaire affectant ainsi les biens de l'entreprise en sa faveur.

Ce type de financement se nomme financement temporaire<sup>298</sup>, financement intérimaire<sup>299</sup>, débiteur-exploitant, financement DIP<sup>300</sup>, financement du débiteur en possession<sup>301</sup> ou financement d'un débiteur demeurant en contrôle de ses actifs<sup>302</sup>. Malgré le fait qu'il soit largement utilisé dans la jurisprudence canadienne, ce dernier n'apparaît dans sa législation qu'en 2009, d'où le débat sur l'origine de ce concept<sup>303</sup>.

En premier lieu, nous nous attarderons sur l'origine de la notion du financement intérimaire (1.2.1.1). Puis, en second lieu, nous traiterons la problématique de la sûreté accompagnant ce financement en prenant rang avant les sûretés des créanciers garantis de l'entreprise en cause (1.2.1.2). Troisièmement, nous citerons les critères de l'octroi de ce dernier (1.2.1.3).

### 1.2.1.1 Origine canadienne et terminologie empruntée

Le financement intérimaire peut être défini comme étant : une autorisation accordée par un tribunal, sur demande d'un débiteur insolvable, après un préavis aux créanciers garantis, permettant au débiteur d'obtenir un financement intérimaire, majoritairement de la part d'un agent financier autre que ses créanciers initiaux<sup>304</sup>. Néanmoins, ce financement se distingue par le fait qu'il incorpore, généralement, une sûreté prioritaire

---

<sup>298</sup> Art 50.6 (1) LFI; Art 11.2 (1) LACC.

<sup>299</sup> Leduc Antoine, « grands pas et faux pas de la compétence inhérente des tribunaux en droit canadien de l'insolvabilité : qui fait la loi ? » 2009 Revue du notariat 111(2) 425–455 à la p 435. Wood Roderick J., *Bankruptcy & insolvency law*, 2 ed., Toronto, Irwin Law, 2015 à la p 387[Wood].

<sup>300</sup> McElcheran, *supra* note 30 aux pp 259-260.

<sup>301</sup> Janis Sarra, « Debtor in Possession Financing: The Jurisdiction of Canadian Courts to Grant Super-Priority Financing in CCAA Applications » (2000) 23:2 Dal LJ 337 à la p 341 [Janis Sarra, « Debtor in Possession Financing »]; McElcheran, *supra* note 30 aux pp 259-260.

<sup>302</sup> Ferland, *supra* note 235 à la p 26.

<sup>303</sup> Janis Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, 2d ed., Toronto, Carswell, 2013 à la p 178 [Janis Sarra, *The Companies' Creditors Arrangement Act*]; Wood, *supra* note 299 aux pp 387-388.

<sup>304</sup> Voir notamment : Janis Sarra, « Debtor in Possession Financing », *supra* note 301 à la p 341; Leduc, *supra* note 299 à la p 435.

sur les sûretés des créanciers garantis. L'objectif est de maintenir l'activité de l'entreprise et d'éviter la faillite jusqu'au dépôt de la proposition ou de l'arrangement<sup>305</sup>.

De cette définition, nous retenons les éléments suivants : De prime abord, le mot *autorisation* confère un caractère exceptionnel à ce concept puisque la règle générale est que tout financement ne nécessite pas une permission. C'est l'exception qui exige l'obtention d'une approbation de la part d'un tribunal<sup>306</sup>. Deuxièmement, le tribunal dispose d'un *pouvoir discrétionnaire* pour ordonner la charge ou la sûreté, déterminer le montant de la charge et d'accorder les priorités sur les créances garanties. Troisièmement, le bénéficiaire de ce financement peut être une *personne insolvable* selon la LFI, soit une entreprise ou toute personne physique exploitant une entreprise<sup>307</sup> ou une *compagnie débitrice* selon la LACC. Il doit, d'une part, déposer un avis d'intention ou une proposition dans le cadre de la LFI ou un plan d'arrangement dans le cadre de la LACC et, d'autre part, prévenir les créanciers garantis, probablement affectés. Finalement, ce financement est lié aux charges relatives aux *frais* de justice, des experts (conseillers financiers ou juridiques) et de toute personne, service ou biens d'une entreprise en difficulté. Il est accompagné (le plus souvent) d'une *sûreté prioritaire* sur les créanciers garantis.

Cet outil pourrait être efficace dans le cadre d'une procédure collective de redressement. En revanche, il ne sera pas propice au sein d'une procédure de liquidation qui vise la distribution des biens. Cela s'oppose aux deux principales raisons pour lesquelles le financement est accordé : tout d'abord, celui de la pérennité de l'entreprise et, d'autre part, la préparation de la proposition ou de l'arrangement qui peut mener à une reprise d'activité.

---

<sup>305</sup> Janis Sarra, « Debtor in Possession Financing », *supra* note 301 à la p 341.

<sup>306</sup> L'honorable juge Etienne Parent dans l'affaire, *Comporec inc. (Arrangement relatif à)*, 2008 QCCS 4813 (CanLII) paras 54-55, réaffirme les principes devant guider le Tribunal dans l'octroi d'une charge prioritaire : dont : 1) Allowing a DIP financing or creating a priority charge is an extraordinary measure that should be used sparingly and only in clear cases, cités par le juge Gascon dans l'affaire *MEI Computer Technology Group Inc.* (2005) 2005 CanLII 15656 (QC CS), R.J.Q. 1558 para 25.

<sup>307</sup> Art. 50.6 (2) LFI : « Toutefois, lorsque le débiteur est une personne physique, il ne peut présenter la demande que s'il exploite une entreprise et, le cas échéant, seuls les biens acquis ou utilisés dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise peuvent être grevés ».

Le droit américain connaît ce moyen de financement dans son *Code de faillite*<sup>308</sup>, plus précisément les articles liés au (DIP Financing) c'est-à-dire (debtor in possession financing), traduite en français par Financement débiteur-exploitant<sup>309</sup>. À l'opposé des États-Unis, le Canada a été marqué par une absence législative de tel outil de restructuration<sup>310</sup>. À cause de l'absence de cette notion dans le corpus juridique canadien *ante* 2009, les auteurs ont divergé sur son origine. Plusieurs ont affirmé que cette notion est un emprunt conceptuel du droit américain qui affiche expressément cette notion dans le chapitre 11 du *Code de faillite*. Selon Michael B Rotsztain & Alexandra Dostal, « *Although debtor-in-possession (DIP) or interim financing is a relatively new concept in Canadian insolvency proceedings, it has become an essential element of many Canadian corporate restructurings. The term "debtor-in-possession" is borrowed from American legislation, in which DIP financing is codified...* »<sup>311</sup>. D'autres ne sont pas d'accord avec ces avis<sup>312</sup>. Ils optent plutôt pour un emprunt terminologique puisque, malgré l'absence de cette notion dans le droit canadien, le financement temporaire constitue une pratique courante jurisprudentielle en vertu de la LACC. Nous adhérons à la deuxième opinion car on remarque que la jurisprudence canadienne a défini les différents éléments conditionnant l'octroi de ce financement par les tribunaux. En outre, le Code américain définissant le DIP date en 1979 alors que son équivalent (la jurisprudence) canadien a été établi antérieurement<sup>313</sup>. Cette distinction de la jurisprudence canadienne en la matière reflète la position des juges. Dans une affaire intitulée *Re Royal Oak Mines Inc.*<sup>314</sup>, le juge précise à cet égard : « *Prof. Klee is dealing with the U.S. Bankruptcy Code; we are*

---

<sup>308</sup> Title 11 of the U.S. Bankruptcy Code, art. 1101 (1).

<sup>309</sup> Wood, *supra* note 299 à la p 386.

<sup>310</sup> *Ibid* à la p 387.

<sup>311</sup> Rotsztain Michael B & Alexandra Dostal, « Debtor-in-Possession Financing » in Stephanie Ben-Ishai & Anthony Duggan, eds, *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law*, 3<sup>rd</sup> ed., Toronto, Edmond Montgomery Publications, 2015 à la p 694.

<sup>312</sup> McElcheran, *supra* note 30 à la p 259; Kent Andrew J.F, Alex L. MacFarlane & Adam C. Maerov, « Qui est au contrôle ? Commentaire sur la pratique canadienne en matière de financement DIP » dans ACPIR, *Forum sur l'insolvabilité et la réorganisation : colloques de formation continue : mai 2004 : dissertations nationales de 2004*, Toronto, Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité, 2004 à la p 1 : « Il s'agit en fait d'un emprunt de commodité à la terminologie employée dans le Code de faillite des États-Unis... ».

<sup>313</sup> *Robert F. Kowal Investments Limited v. Deeder Electric Limited* (1975), 1975 CanLII 681 (ON CA), 9 O.R. (2d) 84 (C.A.) [Kowal].

<sup>314</sup> *Royal Oak Mines Inc., Re*, 1999 CanLII 14843 (ON SC) [Royal Oak Mines Inc].

*not dealing with U.S. law. It is inappropriate to import concepts and tests from other jurisdictions; Canadian problems are to be resolved by Canadian concepts and tests»*<sup>315</sup>.

L'origine de cette pratique a été soulevée par certains auteurs en se référant au droit de séquestre, tel que formulée par les tribunaux dans les provinces du Common law et importée d'une jurisprudence britannique bien établie<sup>316</sup>. L'affaire *Robert F. Kowal Investments Limited v. Deeder Electric Limited (Kowal)*<sup>317</sup>, qui constitue la pierre angulaire pour la possibilité de reconnaître à un séquestre une priorité de remboursement pour ses honoraires et ses frais, est une décision de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans cette affaire, certains associés d'une société en commandite ont désigné un séquestre pour les biens de l'entreprise, sans le consentement du créancier hypothécaire détenant une charge sur les terrains faisant partie des actifs de la société. La question fondamentale sur laquelle la Cour d'appel devait statuer était la suivante : Est-ce que les emprunts effectués par le séquestre afin de continuer ses opérations doivent être placés en priorité sur l'hypothèque du créancier ?

En se basant sur la règle générale mentionnée dans *Clark On Receivers*<sup>318</sup>, le juge Houlden a explicité trois cas où le tribunal pourrait exceptionnellement reconnaître une priorité à la créance d'un séquestre pour ses dépenses :

- Lorsque le séquestre a été nommé à la demande ou avec le consentement du créancier garanti qui va se retrouver subordonné<sup>319</sup>.
- Lorsque le séquestre a été nommé pour sauvegarder et réaliser les biens au bénéfice de toutes les parties intéressées, y compris les créanciers garantis, et que les dépenses encourues sont conformes<sup>320</sup>.
- Lorsque le séquestre a effectué des dépenses pour la conservation et l'amélioration d'un bien donné en garantie au créancier même qui va se retrouver subordonné<sup>321</sup>.

---

<sup>315</sup> *Ibid* para 6.

<sup>316</sup> Janis Sarra, *Rescue! The Companies*, *supra* note 303 à la p 178; Wood, *supra* note 299 à la p 208; Kent, MacFarlane & Maerov, *supra* note 312 aux pp 5-10.

<sup>317</sup> Kowal.

<sup>318</sup> Clark, Ralph Ewing, *A treatise on the law and Practice of Receivers*, 3<sup>rd</sup> ed., Cincinnati: W.H, Anderson Company, 1959 vol 2 s 638 aux pp. 1070-1; *Ibid* vol 1 s 22 p 25 dans *Kowal* para 12.

<sup>319</sup> *Kowal*, *supra* note 320 paras 13-15.

<sup>320</sup> *Ibid* paras 16-19.

Le jugement prononcé dans l'affaire *Kowal* servira plus tard comme base de justification pour d'autres financements (financement des honoraires encourus par la débitrice et le contrôleur, frais de consultants juridiques, administratives etc...) <sup>322</sup>. Il faut toutefois noter que les prêteurs habituels de l'entreprise en cause se montrent très réticents quant à l'octroi d'un nouveau prêt pour une entreprise déjà en difficulté pour éviter le risque de surendettement et le non-remboursement des sommes déjà empruntées. Dans la quête de ressources financières, les entreprises en difficulté se trouvent face à de nouveaux partenaires qui exigent l'attribution, en leur faveur, d'une charge prioritaire grevant les biens de la compagnie <sup>323</sup>. Ainsi, on peut se poser la question suivante : est-ce que la sûreté accordée au prêteur DIP peut prendre rang sur celle de tout autre créancier garanti ? Cette question nous amène à nous interroger sur la pratique des tribunaux à cet égard.

### **1.2.1.2 Financement intérimaire : codification d'une pratique déjà existante**

Point n'est besoin de rappeler que la LACC a été adoptée pour des objectifs bien précis : permettre à une entreprise de rester dans le domaine des affaires, l'aider à tenir le *statu-quo* durant la phase de la préparation du plan d'arrangement et favoriser la continuation de ces opérations et sa réorganisation <sup>324</sup>. En revanche, il ne contenait aucune disposition sur le financement intérimaire primordial pour atteindre les objectifs projetés. Cette situation ne poserait pas beaucoup de problèmes dès l'adoption de la LACC puisque cette dernière a été peu utilisée jusqu'au début des années 1980. Avec la sollicitation abondante de cette loi au milieu des années 80, les tribunaux se sont retrouvés entre l'enclume et le marteau, entre la demande de financement accompagné parfois d'une priorité de sûreté et l'absence de dispositions législatives à cet égard. Face à cette situation, l'autorité judiciaire s'est basée sur l'objectif de la LACC et sur sa compétence

---

<sup>321</sup> *Kowal*, *supra* note 320 para 20.

<sup>322</sup> McElcheran, *supra* note 30 aux pp 264-265.

<sup>323</sup> Janis Sarra, « Debtor in Possession Financing », *supra* note 301 à la p 342.

<sup>324</sup> Janis Sarra, *Rescue! The Companies*, *supra* note 303 à la p 178; Wood, *supra* note 299 aux pp 13-16.

inhérente pour l'octroi de ce financement. Ainsi, la Cour suprême de l'Ontario, dans l'affaire *Dylex Ltd., Re, 1995*, précise :

«... In the interim between the filing and the approval of a plan, the court has the inherent jurisdiction to fill in gaps in legislation so as to give effect to the objects of the CCAA, including the survival program of a debtor until it can present a plan...»<sup>325</sup>.

La jurisprudence a évolué au fur et à mesure pour faciliter la réorganisation des entreprises insolubles par l'octroi d'un financement couvrant les charges encourues de l'entreprise liées aux services juridiques ou financiers et pour assurer son fonctionnement.

Dans un premier temps, l'attribution de ce type de financement a été liée au consentement des créanciers garantis. L'exemple pertinent dans ce domaine est l'affaire *Fairview Industries Ltd*<sup>326</sup>. Le Juge Constance Rachelle Glube de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, après avoir cité la problématique de la super-priorité dans un passage de l'ouvrage de Newbould et Morawetz<sup>327</sup>, a décidé que l'attribution de la super-priorité est accordée exclusivement aux personnes nommées par le tribunal (en l'occurrence le moniteur) sous condition de l'accord des parties. Par conséquent, elle conclut que le paiement de toute personne autre que le contrôleur était nul *ab initio* et que bien que le tribunal ait le pouvoir de nommer un tel contrôleur, la LACC n'a pas compétence pour lui accorder une priorité de paiement sauf si les parties sont d'accord.

«As to the court appointed monitor, it is with reluctance that I conclude that although the court has the power to appoint such a monitor, there is no jurisdiction in the CCAA to give the monitor priority of payment unless the parties agree»<sup>328</sup>.

Roderick J. Wood<sup>329</sup> a remarqué l'évolution de l'attitude des tribunaux en ce qui concerne l'attribution des sûretés prioritaires sans causer de préjudice aux créanciers garantis. Dans cette optique, la jurisprudence nous révèle des cas jurisprudentiels qui ne rentrent pas forcément dans le cadre du financement intérimaire mais soulèvent le

---

<sup>325</sup> *Dylex Ltd., Re, 1995* CanLII 7370 (ON SC) para 8.

<sup>326</sup> *Fairview Industries Ltd. et al. (Re.)*, 1991 CanLII 4287 (NS SC).

<sup>327</sup> Houlden & Morawetz, *Bankruptcy and insolvency law of Canada*, 3rd ed., Toronto, Carswell, 1989 à la p 10A-10. Dans *Fairview Industries Ltd. et al. (Re.)*, 1991 CanLII 4287 (NS SC) para 3.

<sup>328</sup> *Fairview Industries Ltd. et al. (Re.)*, 1991 CanLII 4287 (NS SC) para 7.

<sup>329</sup> Wood, *supra* note 299 aux pp 387-388.

pouvoir du juge de modifier un contrat afin d'accorder un financement intérimaire. Dans l'affaire *Re Westar Mining Ltd (Westar)*<sup>330</sup>, le tribunal a imposé au fournisseur la continuité de l'accord du crédit à l'entreprise débitrice en échange d'une primauté de remboursement au dit fournisseur durant la période de l'élaboration du plan malgré l'existence d'une clause interdisant à l'entreprise en difficulté le consentement de toute garantie sur les biens non grevés.

On remarque que la préférence accordée par le tribunal ne devançait pas les droits des créanciers garantis mais ne nécessite pas forcément leur consentement comme auparavant. Cela ne va pas s'arrêter à ce stade puisque les tribunaux ont élargi ce principe en accordant des financements prioritaires malgré le refus des créanciers garantis voire l'existence de risque qui peut leur porter préjudice (minime), en l'occurrence les affaires, *Skydome*<sup>331</sup> et *Royal Oak*<sup>332</sup>. Le juge Blair, dans cette dernière affaire, a précisé que les allégements extraordinaires tels que le financement DIP avec un statut super-prioritaire doivent être limités, dans les ordonnances initiales, à ce qui est raisonnablement nécessaire pour répondre aux besoins urgents de l'entreprise débitrice pendant la période de l'élaboration du plan<sup>333</sup>.

Arrivant à ce stade d'avancement, la question principale qui peut être posée est de savoir si le tribunal a la compétence nécessaire pour accorder une préséance de financement intérimaire sans le consentement des créanciers garantis. La réponse a été prononcée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *United Used Auto & Truck Parts Ltd*<sup>334</sup>. La Cour a reconnu que le tribunal inférieur avait la juridiction nécessaire pour accorder préséance au financement d'un débiteur en possession et que son autorité était plus large dans le cadre des procédures selon la LACC que dans une mise sous séquestre puisque ses objectifs sont ceux de la restructuration et que des parties autres

---

<sup>330</sup> *Westar Mining Ltd. (Re Bankruptcy)*, 1992 CanLII 1863 (BC SC): "The charge has already been created. In doing so, I purported to exercise the inherent jurisdiction of this court. The Company would have no chance of completing a successful reorganization without the ability to continue operations through the period of the stay. It must be able to arrange for further limited credit from its suppliers if it is to continue operations. Thus, security which is sufficient, in the eyes of its suppliers, to justify the extension of some further credit is a condition precedent to any acceptable plan of reorganization".

<sup>331</sup> *Re Skydome Corp.* (1998), CarswellOnt 5922.

<sup>332</sup> *Royal Oak Mines Inc.*, para 24.

<sup>333</sup> *Ibid* para 24.

<sup>334</sup> *United Used Auto & Truck Parts Ltd. v. Aziz*, 2000 BCCA 146 (CanLII) para 31.

que les créanciers ont un intérêt dans la procédure selon la LACC<sup>335</sup>. Le tribunal avance que si la super-priorité exige le consentement des créanciers garantis, même si elle constitue le seul moyen pratique pour garantir le paiement, les créanciers détenaient alors un droit de veto effectif à cet égard. Le tribunal précise qu'il ne pense pas que le législateur ait voulu que les objets de la loi puissent être indirectement contrecarrés par les créanciers garantis<sup>336</sup>.

Par la suite, plusieurs décisions vont surgir accordant la priorité dont l'exceptionnel arrêt *Re Bearcat Explorations Ltd*<sup>337</sup> dans le cadre de la LFI. Dans la même optique, en autorisant le financement DIP, dans l'affaire *Farmpure Seeds Inc*<sup>338</sup>, la Cour a tenu compte des modifications en cours de la LFI, y compris l'article 50.6, qui n'est pas encore en vigueur.

Toutefois, une limitation a été mise en place depuis l'arrêt *Baxter Housing Ltd. c. College Housing Co-operative Ltd*<sup>339</sup> (Baxter). Le financement intérimaire ne peut pas supplanter une priorité reconnue par une loi, tel est le sommaire de cette affaire. Lors de trois affaires distinctes : *Re Royal Oak Mines Inc*<sup>340</sup>, l'affaire *Re New Skeena Forest Products Inc*<sup>341</sup> et *Re Sulphur Corp. Of Canada Ltd*<sup>342</sup>, la même interrogation a surgi : celle de savoir si la Cour a une compétence pour imposer, en vertu de la LACC, un financement intérimaire ayant la priorité sur le privilège prévu par la loi en vertu de *Builders Liens Act* de la Colombie-Britannique<sup>343</sup>. Tout d'abord, dans l'affaire *Re Royal Oak Mines Inc* et l'affaire *Re New Skeena Forest Products Inc* respectivement, le juge Farley et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'alignent avec l'interprétation des principes révélés par la Cour Suprême du Canada dans l'affaire de *Baxter* en reconnaissant qu'il y a des

---

<sup>335</sup> *Ibid* paras 28-32.

<sup>336</sup> *Ibid* paras 28-29.

<sup>337</sup> *Re Bearcat Exploration Ltd* (2004), 3 CBR (5<sup>th</sup>) 167 (Alta QB).

<sup>338</sup> *Farmpure Seeds Inc. (Re)*, 2008 SKQB 381 (CanLII) paras 9-12.

<sup>339</sup> *Baxter Student Housing Ltd. et al. c. College Housing Co-operative Ltd. et al.*, 1975 CanLII 164 (CSC), [1976] 2 RCS 475 : « La compétence inhérente de la Cour du Banc de la Reine, en vertu de l'art. 59 du Queen's Bench Act, R.S.M. 1970, c. C280, n'autorise pas ses juges à rendre une ordonnance qui va à l'encontre de la volonté clairement exprimée du législateur. L'ordonnance rendue en l'espèce vise à modifier l'ordre des privilèges fixé par la Loi, ce qu'un tribunal ne peut simplement pas faire ».

<sup>340</sup> *Royal Oak Mines Inc.*, para 6.

<sup>341</sup> *New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192 (CanLII) para 33.

<sup>342</sup> *Sulphur Corporation of Canada Ltd*, 2002 ABQB 682 (CanLII) para 38.

<sup>343</sup> *Builders Lien Act*, R.S.B.C. 1996, c. 41, s. 11.

limites à l'exercice de la juridiction inhérente du tribunal. En revanche, le juge Lovecchio a mené une synthèse différente dans l'affaire *Re : Sulphur Corp.* portant sur la compétence du tribunal en vertu de l'article 11 de la LACC pour garantir un financement DIP prioritaire sur le privilège prévu par la loi (*Builders Liens Act*). Après avoir précisé que le Parlement a investi les tribunaux par un pouvoir discrétionnaire sans aucune restriction particulière (article 11 de la LACC)<sup>344</sup>, le juge a conclu l'existence, en l'espèce, d'un conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale<sup>345</sup>. En se basant sur l'affaire *Pacific National Lease Holding Corp. v. Sun Life Trust Co*<sup>346</sup> qui a conclu que le pouvoir de la Cour en vertu de la LACC fédérale prévaudra en cas de conflit entre la présente loi et une autre loi fédérale ou provinciale, le juge Lovecchio manifeste son accord avec cette conclusion et il a appliqué<sup>347</sup>. Donc, selon le juge Lovecchio, la compétence inhérente dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré en vertu de l'article 11 la LACC peut être utilisée pour déroger à une disposition législative provinciale expresse (l'article 32 de la BLA)<sup>348</sup>.

Nous remarquons une certaine évolution de la jurisprudence liée au DIP. En effet, dans les années 1990, elle se limitait au financement des charges de séquestre et situations semblables. Cependant, à partir de la deuxième moitié des années 1990, elle va inclure les frais nécessaires pour maintenir le *statu-quo* de l'entreprise et assurer son fonctionnement. Toutefois, on a observé quelques divergences d'interprétation dans les décisions des juges, notamment, sur l'établissement des charges prioritaires sur les garanties prévues dans d'autres lois. L'affaire *Baxter*<sup>349</sup>, comme l'affaire *Re : United Used Auto*<sup>350</sup> consacre la remise en doute de la compétence de tribunaux en la matière auprès de la Cour Suprême du Canada. Cette dernière n'a pas statué le deuxième cas à cause d'une entente survenue entre ces deux parties. Il fallait attendre la codification qui

---

<sup>344</sup> *Sulphur Corporation of Canada Ltd*, 2002 ABQB 682 (CanLII) para 35.

<sup>345</sup> *Ibid* para 36.

<sup>346</sup> *Pacific National Lease Holding Corp. v. Sun Life Trust Co.*, 1995 CanLII 2575 (BC CA).

<sup>347</sup> *Sulphur Corporation of Canada Ltd*, 2002 ABQB 682 (CanLII) para 38.

<sup>348</sup> *Ibid* para 37.

<sup>349</sup> *Baxter Student Housing Ltd. et al. c. College Housing Co-operative Ltd. et al.*, 1975 CanLII 164 (CSC), [1976] 2 RCS 475.

<sup>350</sup> *United Used Auto & Truck Parts Ltd. v. Aziz*, 2000 BCCA 146 (CanLII).

a eu lieu en 2009 sous la LACC et la LFI. Cette dernière va mettre fin à cette divergence entre les juges dans leur interprétation<sup>351</sup>. En même temps, elle confirme un outil important pour la réalisation de la restructuration. En effet, la seule suspension des procédures ne permettrait pas de finaliser le processus surtout en cas de difficulté pour obtenir un financement à cause de la réticence des créanciers habituels et l'exigence d'une sûreté avec prévalence par les autres prêteurs.

### **1.2.1.3 L'émergence de principes directeurs pour l'attribution de charges prioritaires**

Suite à l'émission de plusieurs ordonnances sur les charges prioritaires depuis la deuxième moitié des années 1990, des principes pouvant inspirer et orienter les tribunaux dans leurs décisions pour attribuer des charges prioritaires vont surgir. Ils poursuivaient l'objectif de favoriser la restructuration des entreprises tout en assurant les intérêts des débiteurs, des créanciers et de l'intérêt public<sup>352</sup>.

Certes, ces principes directeurs sont nés dans un cadre jurisprudentiel, mais ils ont été dispersés dans diverses décisions<sup>353</sup>. La collecte de ces préceptes est le résultat d'un travail académique. C'est une contribution du professeur Janis Sarra. Celui-ci constitue une synthèse de la jurisprudence en la matière et on y retrouve cinq grands principes à savoir : le préavis suffisant, la divulgation suffisante, la ponctualité de la demande, la mise en balance du préjudice et le principe de l'octroi d'un financement intérimaire en tant qu'extraordinaire remède<sup>354</sup>.

Puis, dans un cadre jurisprudentiel cette fois-ci, le Juge Clément Gascon a mentionné les cinq principes évoqués par le Professeur Janis Sarra. En effet, il s'agit de l'affaire intitulée *les Boutiques San Francisco Incorporées*<sup>355</sup>. Dans une autre affaire, en

---

<sup>351</sup> McElcheran, *supra* note 30 aux pp 10-11.

<sup>352</sup> Janis Sarra, « Debtor in Possession Financing », *supra* note 301 à la page 375.

<sup>353</sup> *Re T. Eaton Co; Willann Investments Ltd. V. Bank of America Canada; Re Dylex Ltd; Re SkyDome Corp; Re Royal Oak Mines Inc.*

<sup>354</sup> *Ibid*, Janis Sarra, « Debtor in Possession Financing », *supra* note 301 aux pp 375-380; Michael B Rotsztein & Alexandra Dostal, « Debtor-in-Possession Financing », *supra* note 311 à la p 696.

<sup>355</sup> *Boutiques San Francisco Inc. v. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955 (QC CS) para 32.

l'occurrence *MEI Computer Technology Group Inc*<sup>356</sup>, le Juge Clément Gascon, après avoir examiné la jurisprudence et la doctrine sur la question de l'exercice de la compétence inhérente des tribunaux pour accorder des charges prioritaires, a évoqué cette fois-ci sept principes tout en mentionnant qu'ils ne sont pas exhaustifs :

1. Autoriser un financement DIP ou créer une charge prioritaire est une tâche extraordinaire mesure qui devrait être utilisé avec parcimonie et seulement dans les cas clairs ;
2. Avant d'autoriser un financement DIP ou de créer une charge prioritaire, un tribunal devrait être satisfait de preuves suffisantes que les avantages pour tous les créanciers, actionnaires et les employés l'emportent clairement sur le préjudice potentiel causé à certains créanciers ;
3. Il n'est pas suffisant que le débiteur établisse que la charge serait simplement bénéfique. Il doit plutôt établir qu'il est essentiel pour l'entreprise de continuer à opérer et à restructurer avec succès ses affaires ;
4. Le débiteur devrait normalement établir un besoin urgent de créer la charge ;
5. Pour qu'un tribunal décide de créer une telle charge prioritaire, il doit exister une perspective raisonnable d'une restructuration réussie ;
6. Comme il s'agit d'un recours extraordinaire, la taxe ne devrait être disponible que dans quantités limitées, pendant une brève période au cours du processus d'entraînement, pour ce qui est assez pour permettre au débiteur de "garder les lumières allumées » ;
7. La création d'une telle charge prioritaire implique l'utilisation de ses droits inhérents. Compétence, avant de s'en prévaloir, un tribunal devrait être convaincu qu'il est juste et équitable de le faire dans les circonstances données.

Par la suite, ces principes vont apparaître dans d'autres décisions. L'Honorable Juge Étienne Parent, par exemple, dans l'affaire *Conporec inc. (Arrangement relatif à)*<sup>357</sup> précise que :

« Bien que cet arrêt émane d'une autre province, le Tribunal estime que ces principes sont applicables, même en ce qui concerne les garanties que possède un créancier en vertu du Code civil du Québec.[54] Cela étant, les principes dégagés par la jurisprudence concernant les conditions limitatives et extraordinaires afin d'autoriser de telles charges doivent être rencontrés »<sup>358</sup>.

Les tribunaux rendraient leurs ordonnances tout en respectant ces principes non écrits qui servent de référence pour guider leurs décisions. Lors des modifications apportées en

---

<sup>356</sup> *MEI Computer Technology Group Inc. (Bankruptcy), Re*, 2005 CanLII 15656 (QC CS) paras 23-25.

<sup>357</sup> *Conporec inc. (Arrangement relatif à)*, 2008 QCCS 4813 (CanLII).

<sup>358</sup> *Ibid* aux p 53-54.

2009, lesdites principes vont être codifiés, respectivement, dans l'article 11.2 (4) de la LACC et l'article 50.6 (5) de la LFI. Ses articles ont reproduit concrètement les critères développés par la jurisprudence, à savoir :

1. La durée prévue pour la complétion du redressement
2. La gestion anticipée des affaires de la débitrice durant le processus de redressement
3. La confiance des principaux créanciers envers les dirigeants
4. L'importance du financement temporaire dans l'élaboration d'une proposition viable
5. La valeur des biens de la débitrice
6. La nature du préjudice causé aux autres créanciers de la débitrice
7. Le support du syndic/contrôleur

Malgré le fait que plusieurs ordonnances ont été rendues depuis la réforme de 2009, cela n'a pas engendré un grand changement puisqu'il s'agit d'une normalisation et pas une adoption d'une nouvelle loi<sup>359</sup>. Il faut, toutefois, noter que lesdits principes ne sont pas exhaustifs. À cet effet, le Juge Paul Chaput dans l'affaire, *Dessert & Passion Inc*<sup>360</sup>, tout en prenant en considération les sept facteurs prévus à l'article 50.6 de la LFI, a indiqué qu'ils ne sont pas exhaustifs. De même, le Juge Mongeon, dans l'affaire *White Birch*<sup>361</sup>, précise que les critères prévus à l'article 11.2 de la LACC sont de nature indicative et il n'est pas nécessaire pour le tribunal de s'assurer que chacun des critères soit respecté.

Les critères ont été illustrés dans plusieurs affaires. À titre d'exemple, le support du syndic/contrôleur est un critère qui s'est manifesté dans l'affaire *Re Simpson's Island Salmon Ltd*<sup>362</sup>. L'importance du financement temporaire dans l'élaboration d'une proposition viable était au cœur de l'affaire *Sharp-Rite*<sup>363</sup>. La nature du préjudice causé aux autres créanciers de la débitrice a joué un rôle dans l'attribution de la charge

---

<sup>359</sup> McElcheran, *supra* note 30 aux pp 10-11.

<sup>360</sup> *Dessert & Passion inc. (Proposition de)* 2009 QCCS 4669 para 41.

<sup>361</sup> *White Birch Paper Holding Company (Arrangement relatif à)*, 2010 QCCS 1176 (CanLII) para 35: « The above cited criteria appear to have been taken into account by the Monitor in its first two reports. It should be added that the Court need not consider all of the said criteria nor is it compelled to read an affirmative conclusion on all seven criteria. This list is neither mandatory nor limitative ».

<sup>362</sup> *Simpson's Island Salmon Ltd. et al Re C.C.A.A.*, 2006 NBQB 6 (CanLII) paras 25,29,30.

<sup>363</sup> *Sharp-Rite Technologies Ltd. (Re)*, [2000] B.C.J. No. 135 (Q.L.) (S.C.).

prioritaire ou à son refus, respectivement, dans l'affaire *Re Manderley Corp*<sup>364</sup> et dans l'affaire *Hunters*<sup>365</sup>. Tandis que la durée prévue pour la réalisation du redressement a été déterminante dans l'affaire *Wendigo Studios*<sup>366</sup>. Finalement, l'affaire *Canwest Publishing Inc.* préconise un critère supplémentaire : celui de la démonstration du caractère raisonnable des termes et conditions du financement intérimaire<sup>367</sup>.

Dans le même ordre d'idées et malgré la codification, les juges sont toujours contraints de procéder à des initiatives jurisprudentielles basées sur leur pouvoir inhérent et sur l'objectif de la loi sur la faillite. Dans ce cadre, nous signalons que le tribunal peut accorder le financement temporaire même si aucune disposition de la loi ne donne ouverture à une telle demande dans les présentes circonstances<sup>368</sup>. Nous signalons également la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp*<sup>369</sup> dans laquelle deux questions ont été posées : La première est de savoir si le juge surveillant dispose du pouvoir discrétionnaire d'interdire à un créancier de voter sur un plan d'arrangement s'il estime que ce créancier agit dans un but illégitime. La deuxième porte sur le pouvoir du juge surveillant d'approuver le financement du litige par un tiers à titre de financement temporaire, en vertu de l'art. 11.2 de la LACC<sup>370</sup>.

La Cour suprême a répondu par l'affirmative en renversant la décision de la Cour d'appel qui s'est prononcé contraire aux décisions discrétionnaires du juge surveillant car celle-ci n'a pas fait preuve de la déférence à sa décision<sup>371</sup>. En rappelant que parmi les objectifs de la législation sur la faillite est l'établissement d'un équilibre entre les coûts et les

---

<sup>364</sup> *Manderley Corp. (Re)*, 2005 CanLII 63793 (ON SC) para 25.

<sup>365</sup> *Hunters Trailer & Marine Ltd. (Re)*, 2000 ABQB 952 (CanLII) para 18; le tribunal a refusé aussi la prorogation de la suspension des procédures, para 21.

<sup>366</sup> *Wendigo Studios inc. (Avis d'intention de)*, 2011 QCCS 2336 (CanLII) paras 26-27. Autres facteurs qui ont été pris en compte dans cette affaire : la gestion des affaires intérimaire, La confiance des créanciers; La proposition viable; La nature et la valeur des biens; Le préjudice sérieux et le rapport du syndic.

<sup>367</sup> *Canwest Publishing Inc.*, 2010 ONSC 222 (CanLII) para 45: "Other factors to consider in assessing whether to approve a DIP charge include the reasonableness of the financing terms and more particularly the associated fees".

<sup>368</sup> *Industries Cover inc (Syndic des)*, 2014 QCCS 4712 paras 93-95.

<sup>369</sup> *9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10.

<sup>370</sup> *Ibid* para 37.

<sup>371</sup> *Ibid* paras 115-117.

bénéfices découlant de la restructuration ou de la liquidation d'une compagnie<sup>372</sup> et le fait d'« éviter des pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d'une compagnie insolvable »<sup>373</sup> et en admettant que la LACC ne contient aucune disposition énonçant les circonstances dans lesquelles un créancier, autrement admissible à voter sur un plan, peut être empêché de le faire<sup>374</sup>, la Cour précise que « les tribunaux procédèrent d'abord à une interprétation des dispositions de la LACC avant d'invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en *equity* pour justifier des mesures prises dans le cadre d'une procédure fondée sur la LAC »<sup>375</sup>. Elle a conclu que l'article 11 de la LACC confère au tribunal le pouvoir d'interdire à un créancier de voter sur un plan d'arrangement ou une transaction s'il agit dans un but illégitime<sup>376</sup>. Par rapport à la deuxième question, la Cour conclut que les accords de financement de litige par un tiers peuvent être approuvés à titre de financement temporaire dans le cadre des procédures fondées sur la LACC lorsque le juge surveillant estime qu'il serait juste et approprié de le faire, compte tenu de l'ensemble des circonstances et des objectifs de la Loi<sup>377</sup>.

Cette évolution du financement intérimaire et ces exemples démontrent bien que le financement intérimaire est un concept qui a été développé dans une branche de droit à part entière. Il apparaît comme une aberration par rapport à des dispositions de certains domaines, comme celui de l'obligation. En effet, le financement intérimaire a pour origine l'œuvre de la jurisprudence. Sa finalité est d'établir un équilibre entre les intérêts des différentes parties prenantes et de donner une chance à l'entreprise en difficulté de se réorganiser. En effet, il favorise le redressement des entreprises qui ont des chances de réussite pour se restructurer et la liquidation comme dernier ressort pour les autres qui n'en ont pas. Cela se remarque dans les décisions des tribunaux canadiens. Certes, dans

---

<sup>372</sup> *Ibid* au para 40; Janis Sarra, « The Oscillating Pendulum: Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law » dans J. P. Sarra et B. Romaine, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2016*, Toronto, Thomson Reuters, 2017 9 aux pp 9-10; Janis Sarra, *Rescue! The Companies*, *supra* note 303 aux pp 4-5, 14; Wood, *supra* note 299 aux pp 4-5; Sénat du Canada, Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (2003), p. 13-14.

<sup>373</sup> 9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10 para 41; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379 para 70.

<sup>374</sup> 9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10 para 65.

<sup>375</sup> *Ibid.*

<sup>376</sup> *Ibid* para 66.

<sup>377</sup> 9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10 para 97.

certains cas, en l'occurrence dans l'affaire *White Birch*, on a reproché au créancier garanti de ne se soucier que de la protection de son intérêt<sup>378</sup>. Mais cela ne peut pas être interprété comme du favoritisme au profit des débiteurs, car il existe d'autres situations où le DIP n'a pas été accordé en raison de l'absence de preuve convaincante que ses avantages dépasseraient clairement le préjudice que pourraient subir les créanciers dont la garantie serait ainsi subordonnée. À cet égard, nous pouvons mentionner la citation de l'honorable juge Gascon qui démontre clairement que les intérêts des créanciers sont bien pris en compte dans la décision :

« The lack of opposition is not a good enough reason for the Court to be lenient in a situation where the criteria recognized by the jurisprudence for the granting of priority charges are not otherwise met »<sup>379</sup>.

La Cour en est venue à la conclusion que ce n'était pas le cas en l'espèce.

Toujours dans le même ordre d'idée, dans l'affaire *Wendigo Studios*, le tribunal a sollicité des efforts de la part des professionnels afin d'établir les principes de solidarité. Ainsi, le juge Martin Dallaire, J.C.S. explique :

« Para. 38 : (Par ailleurs, en obligeant les professionnels à différer l'encaissement de leur paiement, le tribunal rejoint un souci d'équité. On demande à tout le monde de faire une certaine part de sacrifice et/ou de concession dans le but d'obtenir une réalisation optimale de ce projet et l'encaissement des honoraires différés de quelques mois ne porteront pas ombrage à leur travail et par ailleurs, permettra à l'entreprise d'évoluer plus facilement) »<sup>380</sup>.

Finalement, nous n'avons pas trouvé mieux que la traduction d'un résumé d'article de la Professeure Sarra pour récapituler nos propos :

« De fait, les tribunaux ont tout mis en œuvre pour concrétiser les objectifs de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et veillent ainsi aux intérêts des créanciers et du public en permettant aux entreprises de poursuivre leurs activités lorsque la tentative de restructuration court de bonnes chances de réussir »<sup>381</sup>.

Bien que le financement intérimaire offre plusieurs avantages, il est limité par le fait que le bailleur de fond doit être convaincu à la fois des avantages du financement et la

---

<sup>378</sup> *White Birch Paper Holding Company (Arrangement relatif à)*, 2010 QCCS 1176 (CanLII) para 39: "In contrast, Dune is not really concerned with the viability of the debtors. It has only one interest: its own".

<sup>379</sup> *MEI Computer Technology Group Inc. (Bankruptcy)*, Re, 2005 CanLII 15656 (QC CS) para 27.

<sup>380</sup> *Wendigo Studios inc. (Avis d'intention de)*, 2011 QCCS 2336 (CanLII) para 38.

<sup>381</sup> Janis Sarra, « Debtor in Possession Financing », *supra* note 301 à la p 337.

minimisation de risque de non-remboursement et par le fait qu'une autorisation du tribunal est indispensable. Ces raisons peuvent pousser les entreprises débitrices à chercher un autre outil de restructuration. Le prochain point fera l'objet de la résiliation du contrat.

### 1.2.2 La résiliation des contrats dans le cadre de la restructuration

Après le financement DIP, les tentatives des entreprises débitrices afin de survivre se sont étendues notamment en incluant par exemple le renoncement aux contrats qui ont été le fruit des mauvaises négociations ou ceux devenus désavantageux à cause des problèmes financiers<sup>382</sup>. Ceci a déclenché un débat et des questions sur la résiliation du contrat dans le cadre de la restructuration comme celle de la capacité du tribunal de permettre à une entreprise de résilier un contrat ou l'en empêcher. De même, il est question de savoir s'il peut réviser l'ordonnance initiale qui a permis à l'entreprise débitrice de résilier ses contrats<sup>383</sup>.

Sur le plan législatif, la LACC était silencieuse sur ces questions<sup>384</sup>. La LFI révèle une disposition partielle qui ne dépasse pas le droit de résilier des baux commerciaux. Le présent paragraphe tente de répondre à toutes ces problématiques en détail.

Ainsi, dans un premier point, nous aborderons l'origine de cette notion et certaines problématiques qui en découlent (1.2.2.1). Puis, dans un deuxième point, nous traiterons son évolution et sa codification (1.2.2.2). Le troisième point sera consacré aux problématiques liées à son interaction avec la propriété intellectuelle (1.2.2.3).

---

<sup>382</sup> Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, supra note 189 à la p 241.

<sup>383</sup> Lesdites questions ont été posées dans les affaires suivantes : *Uniforêt Inc. c. Richter & Associés Inc.*, 2002 CanLII 30544 (QC CS); *391561 Canada inc. c. Eicon Networks Corporation*, 2002 CanLII 62345 (QC CA). *PCI Chemicals Canada Inc. (Re)*, 2002 CanLII 53210 (QC CS), les questions en litige dans cette affaire sont les suivantes : 1. Le Tribunal a-t-il le pouvoir de réviser l'ordonnance initiale qui a permis à la débitrice de résilier ses contrats ? 2. La LACC, ou la juridiction inhérente du Tribunal lui donne-t-il le pouvoir de permettre à PCI de résilier le contrat ? 3. Le Tribunal doit-il intervenir pour empêcher PCI de résilier le contrat ?

<sup>384</sup> Janis Sarra, *Rescue! The Companies*, supra note 303 à la p 424.

### 1.2.2.1 L'origine du droit de résilier un contrat dans le cadre de la faillite

L'une des origines du droit d'une personne insolvable de résilier un contrat se situe dans la LFI<sup>385</sup>. Cette source est de nature législative mais elle est partielle puisqu'elle n'encadre que les baux commerciaux suite au dépôt d'un avis d'intention<sup>386</sup>. En revanche, on ne trouve aucun équivalent de l'article 65.2 de la LFI dans la LACC<sup>387</sup>. Toutefois, en vertu de la LACC, sur le plan jurisprudentiel cette fois-ci, ce sont les tribunaux qui ont reconnu le droit pour une débitrice de ne résilier, unilatéralement, pas seulement les baux commerciaux mais aussi tout contrat sous certaines conditions liées aux dommages qui peuvent être réclamés par la partie contractante. Les tribunaux, dans leur quête d'atteindre l'objectif ultime de la LACC et dans l'absence d'une disposition expresse dans cette dernière autorisant à la débitrice le droit de résiliation, ont mené une interprétation libérale de cette loi en se basant sur son article 11 et sur la juridiction inhérente. De ce fait, ils favorisent lesdits objectifs de la LACC qui sont de permettre à des entreprises de demeurer en affaires pour régler leur insolvabilité et redresser leur situation financière. Ainsi, dans l'affaire *Norcen Energy Resources*, le tribunal a éclairé que la LACC lui donne autorité de modifier les droits des parties contractantes avec une personne insolvable sans leur consentement :

« [...] it is clear that the C.C.A.A. grants a court the authority to alter the legal rights of parties other than the debtor company without their consent [...] »<sup>388</sup>

Dans cette perspective, le juge Farley J dans l'affaire *Dylex*, en se basant sur plusieurs précédents,<sup>389</sup> a explicitement mentionné que l'article 11 de la LACC donne au tribunal le pouvoir d'approuver un plan qui prévoit la résiliation des baux :

---

<sup>385</sup> Art. 65.2 LFI. Sa constitutionnalité a été reconnue dans *Janpar Produits de Bureau*, [1993] R.J.Q. 1907 (C.S.) dans Brochu (2022), *supra* note 234 à la p 309.

<sup>386</sup> Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, *supra* note 189 à la p 241; Robichaud, *supra* note 283 à la p 15; Brochu (2022), *supra* note 234 aux pp 309-310.

<sup>387</sup> Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, *supra* note 189 à la p 241; Wood, *supra* note 299 à la p 401.

<sup>388</sup> *Norcen Energy Resources Ltd. v. Oakwood Petroleum Ltd.*, 1988 CanLII 3570 (AB KB) para 27.

<sup>389</sup> *Sklar-Peppler Furniture Corp. v. Bank of Nova Scotia*, 1991 CanLII 8306 (ON SCDC) para 11; *Armbro Enterprises Inc., Re*, 1993 CarswellOnt 24, [1993] O.J. No. 4482, 22 C.B.R. (3d) 80.

« It is clear that s. of the CCAA gives the court power to sanction a plan that includes the termination of leases as part of the debtor's plan of arrangement...In the interim between the filing of the plan and its approval, the court has inherent jurisdiction to fill in any gaps in the legislation in order to give effect to the objects of the CCAA. This jurisdiction includes the power to assist in the survival of the debtor until is able to present the plan<sup>390</sup>.

Ce pouvoir du tribunal de sanctionner un plan d'arrangement qui envisage la résiliation unilatérale d'un bail a été contesté dans l'affaire *Re Armbro Enterprises Inc.* En effet, le juge Blair a refusé catégoriquement cette objection, selon ses dires :

«I see nothing in principle which precludes a Court from interfering with the rights of a landlord under a lease in the C.C.A.A context ... »  
<sup>391</sup>

Dans un échelon supérieur, la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *PCI Chemicals Canada Inc*<sup>392</sup> a refusé d'accorder à *Hydrogenal* de faire un appel afin de savoir si la juridiction inhérente de la Cour supérieure du Québec lui confère le pouvoir de permettre la résiliation unilatérale de contrats par la débitrice. Deux raisons ont motivé cette décision, à savoir : D'une part, les tribunaux ont déjà tranché cette problématique, d'autre part, la Cour d'appel n'est pas compétente dans l'exercice de pouvoir discrétionnaire de la Cour supérieure.

On peut conclure de ces décisions, que les tribunaux favorisent généralement les ordonnances autorisant la résiliation des contrats par la débitrice. Dans *Silcorp Limited c. Iatridis Holdings Ltd*<sup>393</sup> à titre d'exemple, après avoir reçu l'autorisation de fermer certains magasins au terme d'une ordonnance initiale (résilier certains contrats aux fins de fermeture), un locateur a saisi les biens situés dans un des locaux que Silcorp a choisi de fermer. La Cour refuse la demande de l'intimé (le locateur) et permet à la débitrice de retirer ses biens du local<sup>394</sup>.

---

<sup>390</sup> *Dylex Ltd., Re*, 1995 CanLII 7370 (ON SC) para 8.

<sup>391</sup> *Armbro Enterprises Inc., Re*, 1993 CarswellOnt 24, [1993] O.J. No. 4482, 22 C.B.R. (3d) 80 para 13.

<sup>392</sup> *PCI Chemicals Canada Inc. (Re)*, 2002 CanLII 53210 (QC CS).

<sup>393</sup> *Silcorp Ltd. v. Iatridis Holdings Ltd.*, 1992 CanLII 8031 (SK KB).

<sup>394</sup> *Ibid* paras 33-35. *Silcorp Ltd. v. Iatridis Holdings Ltd.*, 1992 CanLII 8031 (SK KB).

Suite à cette pratique, deux problématiques ont surgi : la première, relative à la justification de la résiliation et la deuxième de déterminer si les locataires peuvent constituer une classe distincte des créanciers ordinaires.

Quant à la justification de la résiliation, il incombe de déterminer si la résiliation recherchée par la débitrice doit être essentielle ou importante à la restructuration ou simplement appropriée pour la débitrice. À la lumière de la jurisprudence, il est évident que les tribunaux ont autorisé la résiliation de certains contrats simplement parce que cela était avantageux pour la débitrice. Ainsi, dans l'affaire *Sklar-Pepplar furniture*<sup>395</sup>, (lors d'une autorisation de résiliation) la débitrice *Sklar-Pepplar* a voulu arrêter certains contrats. Or, un des locataires s'oppose non pas à la résiliation mais au traitement réservé à la preuve de réclamation qui sera produite relativement aux dommages qui seront subis en raison de la résiliation. La Cour n'a eu aucune difficulté à confirmer que les résiliations recherchées par Sklar-Pepplar sont appropriées dans les circonstances, non pas parce qu'elles sont essentielles à la réorganisation mais parce qu'elles sont appropriées<sup>396</sup>. Dans l'affaire *Dylex Ltd*, malgré l'opposition de la propriétaire de certains centres d'achats à la résiliation des baux afférents à ces centres, car ceci affecterait matériellement chaque centre commercial et que la résiliation ne semble pas être cruciale au plan ou à la survie de la débitrice, le juge a clairement rejeté cette argumentation. En effet, il précise que la résiliation n'a pas besoin d'être essentielle à la réussite du plan d'arrangement pour obtenir une ordonnance d'autorisation<sup>397</sup>. L'affaire *Re blue Range Resource Corp*<sup>398</sup> et l'affaire *T. Eaton co. Re*<sup>399</sup> consacrent cette orientation. Néanmoins, il existe une exception à la règle générale et L'affaire *Re Doman Industries Ltd*<sup>400</sup> en est le témoin. En l'occurrence, Doman Industries Ltd a présenté une requête afin d'approuver la résiliation d'un contrat d'exploitation forestière avec Hayes et Strathcona. Doman défend l'idée que la résiliation est essentielle à la réalisation du plan de restructuration et

---

<sup>395</sup> *Sklar-Peppler Furniture Corp. v. Bank of Nova Scotia*, 1991 CanLII 8306 (ON SCDC).

<sup>396</sup> *Ibid* para 11.

<sup>397</sup> *Dylex Ltd., Re*, 1995 CanLII 7370 (ON SC) paras 10-13.

<sup>398</sup> *Duke Energy Marketing Limited Partnership v. Blue Range Resource Corporation*, 1999 ABCA 255 (CanLII).

<sup>399</sup> *T. Eaton co. Re*, (2000) 14 C.B.R. (4th) 288 (Ontario S.C.).

<sup>400</sup> *Doman Industries et al, Re*, 2004 BCSC 733 (CanLII) paras 12 et 38.

lui permet d'économiser 5 millions de dollars au cours des trois prochaines années et 800 000\$ pour chacune des années suivantes. En plus du fait que cette résiliation ne faisait pas partie de son plan initial de restructuration, Doman est incapable d'éclaircir en quoi la résiliation est nécessaire à la réalisation de son plan de restructuration. L'Honorable Juge Tysoe de la Cour suprême de Colombie-Britannique s'exprime ainsi :

[38] In my opinion, therefore, there is insufficient evidence for me to conclude that the proposed contract terminations are fair and reasonable in all of the circumstances<sup>401</sup>.

Le tribunal, après avoir reconnu le principe général qui permet à la débitrice de résilier unilatéralement ses contrats et que cette dernière n'est pas tenue de démontrer la nécessité de la résiliation à l'élaboration du plan, a précisé que la balance des inconvénients se mesure non pas entre *Doman* et *Hayes et Strathcona* mais entre ces derniers et l'ensemble des créanciers. Par conséquent, la Cour refuse la résiliation sous motif qu'il induit seulement à rendre la débitrice plus profitable<sup>402</sup>.

Concernant les conséquences de la résiliation, il s'agit de déterminer si les locataires doivent constituer une classe distincte des créanciers ordinaires. Cela nous amènera à parler de deux affaires importantes. La première est celle de *Grafton-Fraser Inc*<sup>403</sup>, la question qui est posée est de savoir si les locataires (après la résiliation) doivent constituer une classe distincte des créanciers ordinaires. Le tribunal a répondu par l'affirmative. En effet, le juge Houlden précise que dans la mesure où la LACC ne dispose pas de limite statutaire au montant pouvant être déclaré par un locateur dont le bail a été résilié, cette dernière doit être déterminée par le plan de redressement.

Par ailleurs, l'affaire *Re Woodward's Ltd*<sup>404</sup> a fait aussi l'objet de la classification des créanciers. À cet égard, certains locataires souhaitent la création de classes distinctes

---

<sup>401</sup> *Ibid* para 38.

<sup>402</sup> *Ibid*.

<sup>403</sup> *Grafton-Fraser Inc. c. Canadien Imperial Bank of Commerce*, (1992) 11 C.B.R. (3d) 161 (Ontario Gen. Div.).

<sup>404</sup> *Woodward's Ltd.*, 1993 CanLII 870 (BC SC).

mais, ici à l'encontre de l'affaire *Grafton-Fraser Inc*, le juge Tysoe conclut que ces locateurs s'aligneront avec la masse des créanciers ordinaires.

« All the Reorganization Plan is purporting to affect are the claims of the equipment financiers for damages or the deficiencies on loans. These claims are unsecured claims and there is no reason why they should be treated any differently than the claims of unsecured creditors »<sup>405</sup>.

Après cette présentation, nous remarquons que toutes ces décisions confirment certains principes comme le droit de l'entreprise débitrice de résilier les contrats désavantageux pendant la période de la suspension des procédures, l'interprétation libérale et généreuse dans le traitement de ce principe, l'interprétation restrictive dans l'analyse de ses exceptions et le droit des créanciers ayant subi des dommages de demander au tribunal la révision de l'opportunité de l'ordonnance émise<sup>406</sup>.

Toutefois, ces cas démontrent l'absence de l'unanimité d'interprétation en ce qui concerne la justification et la jouissance des locateurs dont les lieux ont été résiliés d'une classe distincte des créanciers ordinaires. Par conséquent, on peut se demander si la codification peut-elle mettre fin à cette divergence dans l'interprétation.

### **1.2.2.2 Les modifications apportées par la réforme : encadrement législatif de la résiliation de contrats**

La codification de la pratique existante d'autoriser un débiteur à résilier des contrats a engendré deux types de procédés. Dans un *cadre extrajudiciaire* qui ne nécessite pas forcément l'intervention du tribunal, le législateur prévoit successivement dans l'article 65.11 de la LFI et l'article 32 (1) de la LACC la possibilité pour une personne insolvable déposant un avis d'intention ou une proposition ainsi qu'une compagnie obtenant une ordonnance initiale de résilier des contrats<sup>407</sup>. Notons que la résiliation vise les contrats à

---

<sup>405</sup> *Ibid.*

<sup>406</sup> Robichaud, *supra* note 283 aux pp 18-19.

<sup>407</sup> La LFI permet aussi à une personne physique exploitant une entreprise de résilier les contrats y liés. Art. 65.11 (2) LFI.

exécution successive et qu'elle n'a d'effet que pour l'avenir seulement. Toutefois, certaines formalités doivent être respectées<sup>408</sup> :

- Un préavis doit être donné par la débitrice en bonne et due forme et de la manière prescrite aux autres parties du contrat et au syndic.
- Elle doit obtenir l'acquiescement du syndic relativement au projet de résiliation.
- Suite à la demande de la partie contractante, le débiteur doit exposer par écrit les motifs de son projet de résiliation durant les cinq jours de la demande.

Le droit de résiliation se compose de règles générales. Mais comme toute règle, elle dispose également d'un certain nombre d'exceptions. Ainsi, cette résiliation ne s'applique pas<sup>409</sup> :

- Aux contrats financiers admissibles (art 65.1 (10) de la LFI.
- Aux conventions collectives dont la renégociation est régie par les articles 65.1.12 de la LFI et 33 de la LACC.
- Aux baux visés au paragraphe 65.2 (1)<sup>410</sup>.
- Aux accords de financement au titre desquels le débiteur est l'emprunteur.
- Aux baux d'immeubles ou de biens réels au titre desquels le débiteur est le locateur.

#### **La résiliation est réputée effective<sup>411</sup> :**

- a) Trente jours après la date à laquelle le débiteur donne le préavis mentionné au paragraphe (1), si aucune demande n'est présentée en vertu du paragraphe (3);
- b) Trente jours après la date à laquelle le débiteur donne le préavis mentionné au paragraphe (1) ou à la date postérieure fixée par le tribunal, si ce dernier rejette la demande présentée en vertu du paragraphe (3);
- c) Trente jours après la date à laquelle le débiteur donne le préavis mentionné au paragraphe (4) ou à la date postérieure fixée par le tribunal, si ce dernier ordonne la résiliation du contrat en vertu de ce paragraphe.

Le deuxième type rentre dans un *cadre judiciaire* qui nécessite l'intervention du tribunal dans deux cas : si les parties, dûment avisées, décident de contester le projet de résiliation

---

<sup>408</sup> Art. 65.11 (1), (9) LFI et Art. 32 (1), (8) LACC.

<sup>409</sup> Art. 65.11 (10) LFI et Art. 32 (9) LACC.

La résiliation prévue à l'article 65.11 (1) LFI ne s'applique pas à tous les contrats, car des modalités différentes de résiliation ou de révision sont déjà prévues pour certains d'entre eux.

<sup>410</sup> Art. 65.2 (1) LFI : Entre le dépôt d'un avis d'intention et celui d'une proposition relative à une personne insolvable qui est un locataire commercial en vertu d'un bail sur un immeuble ou un bien réel, ou lors du dépôt d'une telle proposition, cette personne peut, sous réserve du paragraphe (2), résilier son bail sur préavis de trente jours donnés de la manière prescrite.

<sup>411</sup> Art. 65.11 (6) et Art. 32 (5) LACC.

ou quand le syndic ne l'approuve pas. Le législateur vise à travers cette mesure à s'opposer aux abus. Dans cette optique, la partie contractante a 15 jours après la notification pour manifester son désaccord vis-à-vis du projet de résiliation sinon, la résiliation prend effet<sup>412</sup>. Dans le cas contraire, le tribunal devra établir si la résiliation est utile pour la réalisation d'un arrangement. Cet exercice ne vise pas à mettre en évidence que la résiliation est essentielle à l'élaboration d'un plan mais qu'elle constitue un avantage pour sa restructuration<sup>413</sup>. À cet égard, le législateur a mis fin à la divergence dans la nature de la justification de la résiliation qui ne doit plus être cruciale mais seulement essentielle. Pour bien illustrer ces dispositions, une entreprise dans le cadre de sa restructuration peut constater l'existence de certains entrepôts non rentables suite à la diminution des ventes et, par conséquent, souhaite s'en débarrasser. Pour cela, elle décide de résilier les beaux qui concernent ces entrepôts. En contrepartie, les cocontractants peuvent recourir au tribunal afin de s'opposer en argumentant que ladite résiliation lui induit automatiquement des difficultés financières. Le tribunal prend une décision favorable dans le cas d'acquiescement soit du syndic ou du contrôleur à la résiliation ainsi que dans le cas où cette dernière favorisera la présentation d'une proposition viable. Toutefois, en cas de refus du syndic ou requête du cocontractant prouvant les préjudices causés par cette résiliation, le tribunal en prend considération. Dans cette optique, le tribunal prend en compte certains facteurs dans son attribution d'une autorisation de résiliation au profit d'une personne insolvable. Pour décider s'il rend l'ordonnance, le tribunal prend en considération, entre autres, les facteurs suivants<sup>414</sup> :

- a) L'acquiescement du syndic au projet de résiliation, le cas échéant ;
- b) La question de savoir si la résiliation favorisera la présentation d'une proposition viable à l'égard du débiteur ;
- c) Le risque que la résiliation puisse vraisemblablement causer de sérieuses difficultés financières à une partie du contrat.

En cas de résiliation du contrat, toute partie contractante qui subit des pertes découlant de la résiliation est réputée avoir une réclamation prouvable. Les répercussions de la résiliation n'ont pas été mentionnées dans le cadre de cet article. Toutefois, le législateur

---

<sup>412</sup> Art. 65.11 (3) LFI et Art. 32 (2) LACC.

<sup>413</sup> *Ibid.*

<sup>414</sup> Art. 65.11 (5) LFI et Art. 32 (4) LACC.

a exposé les effets de résiliation d'un bail commercial dans l'article 65.2 (4). Qu'en est-il des effets sur les contrats portant sur la propriété intellectuelle ?

### 1.2.2.3 La propriété intellectuelle à l'épreuve de la résiliation du contrat

La propriété intellectuelle est une expression qui désigne *les œuvres de l'esprit : les inventions, les œuvres littéraires et artistiques et les emblèmes, noms et images utilisés dans le commerce*<sup>415</sup>. Elle comporte deux volets : la propriété industrielle et le droit d'auteur. Elle accorde à son titulaire le droit d'exploiter son invention ou innovation à des fins commerciales.

L'entreprise titulaire de ce droit peut l'exploiter exclusivement, le vendre ou le céder sous forme de licence permettant à d'autres entreprises de l'utiliser. Nous nous intéressons à la dernière possibilité surtout dans le cas du redressement de l'entreprise qui se voit octroyée ce droit.

Avant d'aborder les conséquences juridiques sur le détenteur d'une licence à cause de redressement de son concédant selon l'état actuel, il convient d'exposer brièvement le contexte juridique précédant les réformes de 2009 et de 2019. Au Canada, sur le plan législatif, l'article 82 de la LFI donne le droit au syndic de vendre des marchandises brevetées sans être tenu aux limitations ou restrictions ayant pu être imposées au failli<sup>416</sup>. L'article 83 de la LFI aborde, partiellement, les droits d'auteur, imprimeur ou autre cessionnaire d'un droit d'auteur. En revanche, la législation est silencieuse sur les dispositions relatives à la résiliation d'un contrat comprenant un droit de PI dans un cadre

---

<sup>415</sup> Définition tirée de l'Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI), en ligne : < <https://www.wipo.int/publications/fr/details.jsp?id=4528> >, à la p 2.

Ces droits sont énoncés à l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui consacre le droit de chacun à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur. C'est dans la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle de 1883 et dans la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 qu'a été reconnue pour la première fois l'importance de la propriété intellectuelle. Ces deux traités sont administrés par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI).

<sup>416</sup> Toutefois, le fabricant ou vendeur peut, s'il avise le syndic, avant que ce dernier ne vende les biens, forcer le syndic à lui vendre ceux-ci à leur prix initial, déduction faite d'une somme raisonnable pour la dépréciation ou détérioration.

de restructuration<sup>417</sup>. La seule solution pour répondre à ces questions est le recours à la jurisprudence. La littérature nous apporte deux cas à ce sujet dont les réponses sont vraisemblablement contradictoires. *Erin Features #1 Ltd.*<sup>418</sup> est un exemple pratique d'un litige relatif au droit du syndic à la faillite de résilier un contrat de licence. La question qui s'est posée à la Cour suprême de la Colombie-Britannique est de savoir si ce contrat peut être résilié par le syndic. En l'occurrence, le failli avait consenti des droits exclusifs de mise en marché d'un film. La Cour a conclu que la passation du contrat antérieurement à la faillite avait entraîné un transfert de propriété au bénéfice du cocontractant, enlevant ainsi au syndic tout pouvoir de résiliation :

« Assuming without deciding that a trustee in bankruptcy generally possesses a power to disclaim, I hold that the contract in issue here does not fall within the category of executory contracts which may be subject to disclaimer. Erin Features sold its Canadian marketing rights to the film to MCM and accordingly the trustee cannot now assert the right to reserve that sale after bankruptcy simply because there is an element of the contract of sale which remains to be carried into operation. In other words, the property was validly conveyed and no special power under bankruptcy exists to reverse that conveyance »<sup>419</sup>.

La même conclusion, mentionnée plus haut, a été tirée en marge de l'affaire *Osiris Inc.*<sup>420</sup>. Dans sa quête de savoir si le syndic avait réellement résilié les contrats de licence et de franchise, le juge Sachs considère que la résiliation présumée des contrats de licence et de franchise par le syndic ayant pris la relève de Telemark, enfreindrait les obligations légales de Telemark<sup>421</sup>.

Les deux affaires relèvent de cas de liquidation. En plus, le premier fait l'objet d'un transfert de propriété qui a eu lieu bien avant la faillite. Pour cette raison, il n'a pas été accordé le droit de résiliation au profit du syndic, et pour les mêmes motifs, nous

---

<sup>417</sup> Belanger Philippe, « Les conséquences de la Loi 47 sur les droits. La résiliation de contrat et la propriété intellectuelle : les conséquences de la réforme de la loi sur la faillite et l'insolvabilité et la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies en vertu de C-12 » dans Institut canadien, *Insolvabilité, restructuration et faillite : Stratégies et conseils d'experts en réponse aux défis grandissants des administrateurs, créanciers et professionnels de l'insolvabilité : 8<sup>e</sup> conférence avancée*, Toronto, Institut canadien, 2008 à la p 13.

<sup>418</sup> *Erin Features #1 Ltd. (Re)*, 1991 CanLII 1814 (BC SC).

<sup>419</sup> *Ibid*; À ce sujet, voir Belanger. P et Panaccio. M, « Incidences de la faillite sur la propriété intellectuelle » (2002) Cahiers de propriété intellectuelle vol 15 n° 2 à la p 475.

<sup>420</sup> *Osiris Inc. v. 1444707 Ontario Ltd.*, 2004 CanLII 17063 (ON SC) para 36.

<sup>421</sup> *Ibid* para 27.

considérons que les deux affaires n'apportent pas de solution à nos questions liées à la restructuration.

À présent, analysons ce qu'il en est pour le deuxième cas jurisprudentiel, impliqué en vertu de la LACC. Il s'agit de l'affaire *T. Eaton Co., Re 10*<sup>422</sup>, compagnie débitrice ayant résilié un contrat de licence et de service qui a été accordé à une compagnie de crédit. Cet acte a été contesté par la dernière qui considérait qu'elle jouissait d'un droit de propriété. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a rendu une décision considérant que la licence exclusive octroyée à la société de services de crédit aux détaillants nationaux n'avait pas pour effet un transfert de droit de propriété au preneur de licence. Ainsi, elle a statué que la résiliation peut être effectuée en vertu du plan d'arrangement. De plus, le juge Farley affirme que le fait de s'opposer à cette répudiation représente un obstacle au réarrangement.

Une telle résiliation est profitable pour le donneur de licence. En plus de mettre fin à ses obligations, il peut redistribuer sa technologie à un taux plus élevé ou la vendre, libre de toute licence ou charge. En contrepartie, le preneur de la licence se voit interdit l'utilisation de la PI concédée et ne dispose que d'une réclamation non garantie pour dommages-intérêts contractuels contre le concédant de la licence. Cette affaire ressemble à l'affaire *Lubrizol*, en 1985 aux Etats-Unis<sup>423</sup>. En l'occurrence, un syndic fut autorisé à répudier un contrat de licence, sans prendre en compte l'impact majeur que ceci avait sur le détenteur de la licence Lubrizol. Ce jugement a été à l'origine d'un amendement aux Etats-Unis : le Bankruptcy Code, au paragraphe 365 (n). Ces amendements permettent à un co-contractant de conserver ses droits en vertu de la licence, pour la durée du contrat ou du renouvellement auquel il a droit, sur paiement des royautés<sup>424</sup>. Les modifications apportées à la LFI et la LACC reflètent l'orientation du paragraphe 365 (n) U.S Bankruptcy Code. Ainsi, l'article 65.11 (7) de la LFI stipule<sup>425</sup> :

« (7) Si le débiteur a autorisé par contrat une personne à utiliser un droit de propriété intellectuelle, la résiliation n'empêche pas la personne de l'utiliser ni d'en faire respecter l'utilisation exclusive, à condition qu'elle respecte ses obligations contractuelles à l'égard de l'utilisation

---

<sup>422</sup> *T. Eaton Co. Re.*, (2000) 14 C.B.R. (4<sup>th</sup>) 288 (Ontario S.C.).

<sup>423</sup> *Lubrizol c. Richmond Metal Finishers Inc.* 475 U.S. 1057 S.Ct. 1285, 89 L.Ed.2d 592 (1986).

<sup>424</sup> Belanger, *supra* note 417 aux pp 8-9.

<sup>425</sup> *Ibid* à la p 15-16.

de ce droit, et ce, pour la période prévue au contrat et pour toute prolongation de celle-ci dont elle se prévaut de plein droit »<sup>426</sup>.

À l'instar du droit américain, ces dispositions attribuent une protection restreinte à l'utilisateur de la PI, car le contrat de l'usage peut également faire l'objet d'une résiliation. Toutefois, le législateur a permis à l'utilisateur de droit de PI de maintenir ses droits pendant la période du contrat initial.

Jusqu'au premier novembre 2019, ce privilège de maintenir l'utilisation du contrat de la propriété intellectuelle dans le cas où le débiteur résilie celui-ci, ne peut être accordé que dans le cadre d'une restructuration sous le régime de la LFI ou de la LACC<sup>427</sup>. Après cette date, une extension de ce droit de maintien de la licence a été accordée aux procédures de liquidation et aux ventes d'actifs, permettant ainsi à un titulaire d'une licence de propriété intellectuelle de continuer à faire usage de la propriété intellectuelle et d'en faire respecter l'utilisation exclusive<sup>428</sup>.

Malgré l'existence de certaines interrogations sur la signification du droit d'utiliser une propriété intellectuelle, sur les obligations contractuelles de la personne insolvable suite à la résiliation du contrat et sur les obligations de l'utilisateur de la propriété intellectuelle<sup>429</sup>, à notre avis, cette modification législative est une mesure conciliatrice tentant de balancer entre les coûts de la résiliation et ses bienfaits. Ce droit de résiliation permis à l'entreprise débitrice de vendre le bien libre de toute obligation. En revanche, les contractants peuvent utiliser leur droit pour la durée restante du contrat.

La résiliation de contrat dans le cadre du redressement contient toutefois certains défauts. On peut citer le risque de porter atteinte à la notoriété de l'entreprise concernée et la

---

<sup>426</sup> La même formule se retrouve à l'article 32 (6) de la LACC : « (6) Si la compagnie a autorisé par contrat une personne à utiliser un droit de propriété intellectuelle, la résiliation n'empêche pas la personne de l'utiliser ni d'en faire respecter l'utilisation exclusive, à condition qu'elle respecte ses obligations contractuelles à l'égard de l'utilisation de ce droit, et ce pour la période prévue au contrat et pour toute période additionnelle dont elle peut et décide de se prévaloir de son propre gré ».

<sup>427</sup> Art. 36 (2) LACC; Art. 65.11(7) LFI.

<sup>428</sup> *Loi no 2 d'exécution du budget de 2018* (L.C. 2018, ch. 27); pour plus de détails, voir : Bélanger Philippe H et Faure Gabriel, « Les modifications à la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies sur les contrats relatifs à l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle : tentative de rapiécage du législateur ? » (2020) vol 32 no 1 Les Cahiers de propriété intellectuelle aux pp 37-64.

<sup>429</sup> Belanger, *supra* note 417 à la p 16.

réclamation des dommages et intérêts de la part des contractants lésés. Ceux-ci peuvent pousser les entreprises débitrices à chercher un autre outil de restructuration. Le prochain point fera l'objet de la cession de contrat.

### 1.2.3 Cession de contrat dans le cadre de la restructuration

Dans le cadre de la restructuration, l'entreprise débitrice peut recourir à des outils autres que le financement DIP et la résiliation de contrat afin de maintenir ses activités comme la cession des contrats. Les contrats cessés peuvent faire l'objet d'une vente d'actifs, de services ou d'un transfert de propriété intellectuelle. Il s'agit d'une opération par laquelle un contractant (le cédant) cède sa qualité de partie au contrat à un tiers (le cessionnaire) avec l'accord de son cocontractant (le cédé)<sup>430</sup>. À la différence de la résiliation, la cession de contrat permet à l'entreprise débitrice de minimiser ses risques tout en se débarrassant des contrats qui constituent un fardeau ou d'apporter de la liquidité<sup>431</sup>. La cession de contrat est ainsi un instrument pertinent pour les entreprises débitrices. En plus d'être un moyen de financement en permettant à l'entreprise de transférer certains actifs de son patrimoine, il est aussi un dispositif de réorganisation qui permet à une entreprise en difficulté de réorganiser ses activités avec ses filiales en leur transmettant par exemple certains de leurs salariés<sup>432</sup>.

La cession de contrat peut être une cession conventionnelle qui résulte de la convention des parties, une cession légale s'opérant par l'effet de la loi ou une cession judiciaire

---

<sup>430</sup> Art. 1216, al. 1 du Code civil français.

<sup>431</sup> Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, supra note 189 à la p 249; Pour plus de détails sur sa particularité avec d'autres contrats, voir : Baudouin Jean-Louis, Jobin Pierre-Gabriel, Vézina Nathalie, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013 à la p 1272 [Baudouin, Jobin et Vézina]; Vincent Karim, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., vol. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020 à la p 1166 [Vincent Vol 2] « il importe ici de distinguer la cession de créance de la cession de contrat. Dans ce dernier cas, le cessionnaire acquiert en même temps les droits de créance et assure les obligations prévues dans le contrat ».

<sup>432</sup> Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, supra note 189 aux pp 249-250; Vincent, supra note 431 aux pp 1163-1164. L'auteur précise l'utilité et objectifs d'un contrat connexe (la cession de créance).

émanant d'un juge<sup>433</sup>. La cession dans le cadre de la réorganisation fait partie de la dernière catégorie. Celle-ci est une opération qui existe depuis longtemps dans la pratique des tribunaux canadiens en vertu de la LACC<sup>434</sup>. Ainsi, une codification de cette pratique a été faite en 2009<sup>435</sup>. Plusieurs questions se posent à l'égard des conditions de la cession et les effets sur les parties en cause (contractantes). Ce paragraphe s'efforcera de répondre à ces problématiques à travers les trois points suivants : dans un premier temps, on examinera l'origine de ce moyen de restructuration (1.2.3.1) ; ensuite, sa codification sera étudiée (1.2.3.2), puis, dans un troisième temps, nous étudierons certaines problématiques qui en découlent (1.2.3.3).

### **1.2.3.1 Origine de la cession de contrat : cession judiciaire**

L'origine de cet outil de restructuration est de nature jurisprudentielle puisqu'il n'existe pas de dispositions dans la LFI ni dans la LACC auparavant relatives à la cession de contrat. De même, le Code civil du Québec ne dispose pas d'articles à cet égard<sup>436</sup>. Certes, le Code civil traite la cession de contrat de bail mais ces articles (art. 1870 à 1876) ne traitent que du rôle du locataire et n'évoquent pas la cession du contrat de bail par le locateur, en l'occurrence, l'entreprise débitrice<sup>437</sup>. Dans cette optique, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*<sup>438</sup>, a mis l'accent sur la réglementation du Code civil du Bas Canada (« C.c.B.C. ») et le Code civil du Québec (« C.c.Q. ») de certaines formes particulières de cession de contrat (la cession

---

<sup>433</sup> Voir : Lluelles Didier, Benoit Moore, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018 aux pp 2077-2078 [Lluelles, Moore] « Elle peut être aussi une cession « interne », « imparfaite », « parfaite » ou « pure et simple ».

<sup>434</sup> Belanger, *supra* note 417 à la p 17.

<sup>435</sup> *Ibid* à la p 18.

<sup>436</sup> Lluelles, Moore, *supra* note 433 à la p 2083 « Aucun régime général n'organise la cession de contrat au sein du code civil » ; Baudouin, Jobin et Vézina *supra* note 431 à la p 1273; *N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, 1999 CanLII 13538 (QC CA) : « le Code civil réglemente (art. 1637-1650 C.c.Q.) la cession de créance, il ne connaît pas un régime d'ensemble touchant la cession de contrat. Certes, le Code civil y fait référence de façon sporadique, par exemple, à propos de la cession de bail (art. 1870-1876 C.c.Q.) ou de la cession d'assurance (art. 2461, 2462, 2475, 2476 C.c.Q.) ».

<sup>437</sup> Vincent, *supra* note 431 aux pp 1167-1168: « l'auteur traite la distinction entre la cession d'un contrat et la cession de bail 1871 C.c.Q. ».

<sup>438</sup> *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*, 2020 CSC 43 (CanLII) para 5.

de bail et la cession du contrat d'assurance)<sup>439</sup> et sur l'absence d'un régime général explicite à l'égard de cette technique commerciale.

La jurisprudence, dans cette matière, n'est pas abondante<sup>440</sup>. La littérature nous révèle quelques cas concernant la cession des contrats dans un cadre de restructuration. L'affaire *Playdium entertainment Corp*<sup>441</sup> porte sur la compétence du tribunal d'approuver la cession du contrat. Dans cette affaire, The Playdium corporations et ses filiales (Playdium Group) ont fait des efforts de restructuration en vertu de la LACC par le biais de la cession. Playdium Group a présenté une alternative, celle de transférer la quasi-totalité de ces actifs à une nouvelle compagnie nommée (New Playdium) qui sera indirectement contrôlée par Covington Fund I Inc et la Banque TD<sup>442</sup>. En cas de succès, la restructuration permettrait de sauver 300 emplois ainsi que divers contrats commerciaux et baux existants<sup>443</sup>. Cette transaction a été considérée comme la seule alternative viable à la liquidation de Playdium Goup et, par conséquent, aux intérêts des cocontractants dont les obligations doivent être honorées par la nouvelle entité<sup>444</sup>. Or, l'article 35 de l'accord stipule qu'il ne peut être cédé sans le consentement de l'autre partie contractante Famous Players. Bien que Famous Players a plaidé que l'autorité du tribunal doit provenir de la LACC et que cette dernière ne contient aucune disposition utile à cet égard, l'honorable juge Robert J. Spence a permis la cession de certains contrats passés entre Playdieum et Famous Players.

En réponse à la question principale, le juge Robert J. Spence s'est basé sur l'objectif de la LACC (celui de permettre aux entreprises de continuer) et sur le paragraphe 11 lié aux pouvoirs inhérents. Le juge Robert J. Spence précise que l'approbation de la cession proposée peut être considérée comme relevant de la compétence du tribunal et, par conséquent, il a approuvé la cession des dits contrats. Selon ses termes:

« 42...the approval of the proposed assignment of the Terrytown Agreement can properly be considered to be within the jurisdiction of

---

<sup>439</sup> Articles encadrant la cession du bail : art. 1870 à 1873 C.c.Q. et aux art. 1619 et 1655 C.c.B.C.; articles encadrants la cession du contrat d'assurance art. 2475 et 2476 C.c.Q. et aux art. 2577 et 2578 C.c.B.C.),

<sup>440</sup> *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*, 2020 CSC 43 (CanLII) para 67 :la jurisprudence avait eu « peu souvent l'occasion de se prononcer sur la question ».

<sup>441</sup> *Playdium Entertainment Corp.*, Re, 2001 CanLII 28281 (ON SC).

<sup>442</sup> *Ibid* para 2.

<sup>443</sup> *Ibid* para 3.

<sup>444</sup> *Ibid* paras 4-5.

the court and a proper exercise of that jurisdiction... 44 Accordingly, it is appropriate for the assignment to be approved and it is not necessary to add the clause requested by Famous Players to the form of order now before the court »<sup>445</sup>.

Dans une autre affaire intitulée *Royal Bank v. Body Blue Inc*<sup>446</sup>, une question similaire a été posée. Il s'agit de savoir si une entreprise qui a octroyé une exclusivité d'une technologie à une personne tierce a le droit de céder certains titres de propriété intellectuelle à une autre entreprise (free and clear) libre et exempt de toute réclamation de la part de l'entreprise bénéficiaire de l'exclusivité<sup>447</sup>. En l'occurrence, suite aux difficultés financières rencontrées par l'entreprise (Body Blue Inc), l'ISCA Financial Services a été nommée séquestre intérimaire de cette dernière<sup>448</sup>. Durant cette période, la technologie nommée paraben glycol free technology (PG Free) appartenait à Body Blue Inc avec une exclusivité de vente et fabrication qu'elle a accordée à une bénéficiaire nommée Herbal Care<sup>449</sup>. Le séquestre a déposé une requête en vue de l'obtention d'une ordonnance lui permettant de vendre et céder certains actifs y compris (PG Free) libre et exempt de toute réclamation en contrepartie d'une somme de \$7,159,947.66 à Body Blue 2006 Inc<sup>450</sup>.

L'ordonnance d'autorisation a été approuvée par le tribunal le 17 mai 2006 (the "Approval and Vesting Order" or the "A&V Order") et le contrat a été signé le 19 mai 2006, et par conséquent, les contrats et droit de licence de Herbal Care prendront fin.

Avant l'expiration de la date de l'appel, Herbal Care a intenté une action en Arizona pour obtenir des dommages-intérêts pour intervention délictuelle et enrichissement sans cause. La Cour américaine, tout en se soumettant au jugement du tribunal canadien, a établi le constat suivant : il incombe à la défenderesse de prouver qu'en vertu du droit canadien, un tribunal canadien peut autoriser Body Blue 2006 Inc à acheter les actifs de Body blue Inc sans le contrat de l'exclusivité<sup>451</sup>. Le juge G.B. Morawetz J a conclu que le processus

---

<sup>445</sup> *Playdium Entertainment Corp., Re*, 2001 CanLII 28282 (ON SC) paras 42-44.

<sup>446</sup> *Royal Bank of Canada v. Body Blue Inc.*, 2008 CanLII 19227 (ON SC).

<sup>447</sup> *Ibid* para 1.

<sup>448</sup> *Ibid* para 2.

<sup>449</sup> *Ibid* para 3.

<sup>450</sup> *Ibid* para 4.

<sup>451</sup> *Ibid* para 8.

par lequel la propriété d'Old Body Blue a été transférée à Body Blue 2006 s'est déroulé conformément aux dispositions de l'article 47 (1) de la loi sur la faillite et l'insolvabilité, à l'article 101 de la loi sur les tribunaux et aux ordonnances judiciaires rendues dans la présente instance<sup>452</sup>. Il explique que Herbal Care avait une licence exclusive pour utiliser la technologie PG Free. Cependant, cet accord de licence n'implique pas un droit d'acquisition tel qu'il a été examiné dans l'affaire *Re T. Eaton Co.*, [1999] O.J. No 4216 (S.C.J.) au paragraphe 12 :

« The true nature of an (exclusive) licence is leave or permission to do such a thing, which would otherwise be unlawful (and a contract not to give leave or permission to anyone else to do the same thing). It confers no interest or property in the thing »<sup>453</sup>.

Le juge conclut que Herbal Care n'a aucun droit de propriété sur la technologie PG. L'Ordre A&V a eu pour effet de transmettre le titre de PG Free à Body Blue 2006, libre et dégagé des droits revendiqués par Herbal Care. La réclamation de Herbal Care est liée au contrat d'exclusivité. Il s'agit d'une réclamation contre Old Body Blue et donc n'affecte pas le transfert de titre de propriété d'Old Body Blue à Body Blue 2006<sup>454</sup>.

L'absence de dispositions législatives, à cet égard, a engendré un débat doctrinal dans le droit commun et dans le droit de la faillite sur la question du consentement du cédé. Les deux affaires mettent en doute la nécessité de consentement de contractant pour obtenir l'autorisation de cession d'un contrat dans le cadre d'une restructuration. Une question se pose : faut-il demander l'accord du cédé pour la cession du contrat ? Le point commun entre les deux affaires précédentes est le fait qu'il n'y a pas besoin de consentement du cédé et de la personne bénéficiaire d'une licence d'exclusivité afin de cesser un contrat dans le cadre d'une restructuration d'entreprise. À présent, on va répondre à une autre question : qu'en est-il du droit commun ?<sup>455</sup>

---

<sup>452</sup> *Ibid* para 14.

<sup>453</sup> *Ibid* para 15.

<sup>454</sup> *Ibid* para 24.

<sup>455</sup> L'uelles, Moore, *supra* note 433 à la p 2083 : « [c]'est à la jurisprudence et à la doctrine qu'est revenu le soin de développer les principes applicables ».

La jurisprudence exige le consentement de la personne cédée dans une opération de cession de contrat dans l'arrêt *N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*<sup>456</sup>, et dans l'affaire *Provigo Properties Limites c. Bouclair inc*<sup>457</sup>. Les juges se sont basés sur la position doctrinale. Dans la première affaire, après avoir constaté un vide jurisprudentiel de doctrine québécoise lié à la cession des contrats, le juge Baudouin s'est inspiré du droit français où il relève l'existence de deux courants opposés. D'une part, le premier considère le contrat comme une opération économique et donc la cession ne nécessite pas le consentement du cédé<sup>458</sup>. Au contraire, le deuxième courant affirme que le changement de partenaire qui résulte de la cession aura des conséquences néfastes. Pour cette raison, il faut un accord du cédé<sup>459</sup>. Le juge Baudouin s'est basé sur une décision de la Cour de cassation qui s'aligne avec le deuxième courant (Cass. Com., 6 mai 1997, D-97-Jur. 588.) pour conclure que le consentement du cédé était nécessaire. Dans la deuxième affaire, le juge Gérard Dugré s'est appuyé sur l'arrêt *N.C. Hutton* et sur l'analyse de la doctrine québécoise<sup>460</sup> pour confirmer que le consentement du cédé est une condition d'opposabilité voire de validité de la cession de contrat.

La Cour suprême du Canada préfère suivre l'arrêt *Hutton* en maintenant la nécessité du consentement de la partie cédée pour qu'une cession de contrat soit valide<sup>461</sup>. Toutefois, la CSC souligne, en se basant sur l'arrêt *Hutton*, que le consentement de la partie cédée peut être donné à l'avance<sup>462</sup>.

L'autorisation de la cession de contrat dans le cadre de la restructuration des entreprises apparaît comme une aberration par rapport au droit commun qui nécessite le consentement du cédé. Alors que dans notre champ d'étude envisagé, la cession de contrat peut être utilisée justement pour éviter le refus du cocontractant cédé. De même,

---

<sup>456</sup> *N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, 1999 CanLII 13538 (QC CA).

<sup>457</sup> *Provigo Properties Limited c. Bouclair inc.*, 2019 QCCS 1301 (CanLII).

<sup>458</sup> L'uelles, Moore, *supra* note 433 aux pp 2085-2086. Baudouin, Jobin, *supra* note 431 aux 1276-1278.

<sup>459</sup> *Ibid.*

<sup>460</sup> Vincent Karim, *Les obligations*, 5e éd., vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020 à la p 1167 [Vincent Vol 1] : « no 2079 la cession de l'ensemble du contrat exige toujours le consentement de l'autre contractant ». Dans Vincent vol 2, *supra* note 431 à la p 1167 : « Contrairement, donc, à la cession de tout autre contrat, la cession de bail peut se faire sans le consentement du locateur n° 3002 »; Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 431 à la p 1268; L'uelles, Moore, *supra* note 433 aux à la 2087.

<sup>461</sup> *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*, 2020 CSC 43 (CanLII) para 141.

<sup>462</sup> *Ibid* para 144.

la présence d'une clause anticipée qui impose le consentement de cocontractant afin de céder le contrat ne peut pas empêcher d'obtenir l'approbation du tribunal afin de céder le contrat comme mentionné dans l'affaire *Playdium entertainment Corp.* (2001)<sup>463</sup>. Le consentement du cédé n'est pas nécessaire pour la cession du contrat si le tribunal juge que cette opération est primordiale pour la continuité de l'activité de l'entreprise en difficulté et que l'entreprise cessionnaire est capable d'assurer le fonctionnement dudit contrat.

### **1.2.3.2 La codification de la cession de contrat en droit de la faillite canadien**

À l'encontre de la résiliation du contrat, le législateur dans l'article 84.1 de la LFI et l'article 11.3 de la LACC relatif à la cession de contrat n'a pas établi une phase extrajudiciaire où l'entreprise débitrice peut procéder à la cession du contrat avec juste une notification au cocontractant cédé en conditionnant l'intervention du tribunal en cas de refus du cédé ou du syndic. Certes, la cession du contrat ne nécessite pas le consentement du cocontractant cédé comme il a été démontré auparavant. Mais, c'est une opération qui nécessite l'intervention de l'autorité judiciaire dès le début.

À cet effet, afin d'obtenir une ordonnance autorisant la cession, la LFI exige une demande qui doit être faite par le syndic<sup>464</sup>. En revanche, la LACC permet à l'entreprise débitrice de la déposer<sup>465</sup>. Toutefois, la LFI se distingue par la permission donnée à la personne physique qui exploite une entreprise de bénéficier de l'autorisation de cession de contrat<sup>466</sup>. La demande de la cession ne concerne que les droits et obligations découlant de contrat relatif à l'entreprise exploitée. Par la suite, une notification doit être faite et l'entreprise débitrice doit envoyer un avis de la cession aux parties contractantes y compris le contrôleur dans le cadre de la LACC.

L'admission d'une cession judiciaire n'est pas générale mais elle connaît certaines limites<sup>467</sup>. Autrement dit, l'approbation du tribunal n'est pas systémique. Il élimine, dès le départ, certains droits et obligations qui, de par leur nature, ne peuvent être cédés (comme

---

<sup>463</sup> *Playdium Entertainment Corp.*, Re, 2001 CanLII 28281 (ON SC) para 23.

<sup>464</sup> Art. 84.1 (1) LFI.

<sup>465</sup> Art. 11.3 (1) LACC.

<sup>466</sup> Art. 84.1 (2) LFI.

<sup>467</sup> Art. 11.3 (2) LACC; Art. 84.1 (3) LFI.

les contrats *intuitu personae*) ou qui découlent soit d'un contrat conclu à la date à laquelle une procédure a été intentée sous le régime de la présente loi ou par la suite, soit d'un contrat financier admissible, soit d'une convention collective.

Le tribunal autorise la cession en prenant en considération certains facteurs qui sont prévus de façon non exhaustive, comme l'indique l'expression (entre autres) dans l'article 84.1(4) de la LFI<sup>468</sup>. Ce dernier prévoit deux facteurs et l'article 66 (1.1) ajoute un troisième :

- 1) L'acquiescement du contrôleur au projet de cession<sup>469</sup>.
- 2) La capacité de la personne à qui les droits et obligations seraient cédés d'exécuter les obligations.
- 3) L'opportunité de lui céder les droits et obligations.

À cet égard le professeur Jacques Deslauriers précise qu' :

« Il ne sera pas opportun de céder un contrat qui s'avèreraient rentable pour l'entreprise en voie de redressement ou de le céder à un concurrent qui pourrait avoir accès à des informations privilégiées dont il pourrait se servir contre les intérêts de l'entreprise en voie de redressement. Il s'agit donc d'éléments que le tribunal peut apprécier de façon discrétionnaire »<sup>470</sup>.

Ces facteurs ne représentent pas une originalité législative car ils proviennent de la pratique jurisprudentielle des tribunaux. Par exemple, le premier critère apparaît clairement dans l'affaire *Royal Bank v. Body Blue Inc*<sup>471</sup> dans la mesure où le séquestre intérimaire a été l'initiateur de la proposition de la cession. De plus, la cession de la technologie nommée *paraben glycol free technology (PG Free)* à l'entreprise Body Blue 2006 contre une somme importante a mis en application le troisième critère, celui de l'opportunité de la cession<sup>472</sup>. Le deuxième critère, celui de la capacité du cédant à l'exécution des obligations se manifeste dans l'affaire *Playdium entertainment Corp*<sup>473</sup> dans la mesure où Playdium Group (cessionnaire) n'était pas en conformité avec les dispositions relatives à la fourniture d'équipements de l'article 9 c. du Techtown et le

---

<sup>468</sup> Art. 11.3 (3) LACC prévoit aussi les trois facteurs mentionnés plus haut.

<sup>469</sup> Art. 66 (1.1) LFI.

<sup>470</sup> Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, supra note 189 à la p 250.

<sup>471</sup> *Royal Bank of Canada v. Body Blue Inc.*, 2008 CanLII 19227 (ON SC) para 4.

<sup>472</sup> *Ibid.*

<sup>473</sup> *Playdium Entertainment Corp., Re*, 2001 CanLII 28281 (ON SC) para 6.

cédant, par contre, a pu prendre des mesures visant à assurer la conformité dans les plus brefs délais.

Nous remarquons que l'établissement de ce concept vise à maintenir l'activité de l'entreprise débitrice, mais pas au détriment des cocontractants. La préservation des droits apparaît clairement dans l'intervention du tribunal dès le début dans le processus de la cession. Cette dernière veille à la balance des intérêts de toutes les parties prenantes, comme le démontre le paragraphe suivant de l'affaire *Canadian Red Cross Society/Société canadienne de la Croix-Rouge*<sup>474</sup> :

« [46] In the spirit of that approach, and having regard to the circumstances of this case. I am satisfied not only that the Court has the jurisdiction to make the approval and related orders sought, but also that it should do so. There is no realistic alternative to the sale and transfer that is proposed, and the alternative is a liquidation/bankruptcy scenario which, on the evidence would yield an average of about 44% of the purchase price which the two agencies will pay. To fore go that purchase price—supported as it is by reliable expert evidence—would in the circumstances be folly, not only for the ordinary creditors but also for the Transfusion Claimants, in my view<sup>475</sup>».

On comprend à travers cet arrêt qu'il est possible de transmettre un contrat et que le cessionnaire peut poursuivre ses activités avec le cédé. En revanche, rien n'est dit sur un point important : Le cédant est-il libéré vis-à-vis du cédé ?

### 1.2.3.3 Les effets de la cession

Les effets de la cession de contrat a fait couler beaucoup d'encre dans le domaine du droit commun des obligations et dans le domaine de la faillite. La problématique posée est de savoir si le cédant se trouve entièrement libéré ou sous réserve d'un recours si le cessionnaire ne s'exécutait pas correctement ou plutôt conserve le cessionnaire et le cédant comme débiteurs solidaires<sup>476</sup>.

---

<sup>474</sup> *Canadian Red Cross Society/Société canadienne de la Croix-Rouge*, Re, 1998 CanLII 14907 (ON SC) para 46.

<sup>475</sup> *Ibid* para 46.

<sup>476</sup> L'uelles, Moore, *supra* note 433 aux pp 2088-2090; Baudouin, Jobin et Vésina, *supra* note 431 à la p 1278.

Pour certains auteurs, la cession à un effet translatif complet : le cessionnaire remplace ainsi le cédant qui est alors automatiquement libéré<sup>477</sup>. Pour d'autres, la cession crée un nouveau contrat identique au premier, mais qui ne fait pas pour autant disparaître les obligations assumées par le cédant dans le premier<sup>478</sup>. Les articles concernés dans la LFI et la LACC ne donnent pas une réponse précise à ce sujet. Vu son absence pareillement dans le Code civil du Québec, nous nous orientons vers le Code civil français qui l'a introduit par l'ordonnance du 10 février 2016<sup>479</sup>. Ce dernier établit la distinction entre le cédant libéré et le non libéré dans une relation dialectique avec le consentement express du cédé. Ainsi, si le cédé exprime clairement son consentement, le cédant se retrouve libéré pour l'avenir<sup>480</sup>. Dans le cas contraire, ce dernier doit exécuter le contrat<sup>481</sup> et de ce fait le cédant reste tenu solidairement avec le cessionnaire.

Dans l'affaire *N.C. Hutton Ltd*<sup>482</sup>, en se basant sur le régime de la cession de dettes, le tribunal exige l'intention expresse du cédé pour une libération totale du cédant. Dans cette affaire, l'absence de l'intention de *Hutton*, soit à l'avance lors de la conclusion de l'engagement, soit par la suite, au moment de sa cession, de libérer le cédant de ses obligations conduit la Cour à conclure que ce dernier n'est pas entièrement libéré de ses obligations envers l'appelante<sup>483</sup>. Par ailleurs, le juge Jean-Pierre Sénécal, dans l'arrêt *Steamatic Canada inc*<sup>484</sup>, met l'accent sur la nécessité du consentement du cédé afin que la cession intervenue entre le cédant et le cessionnaire lui soit opposable et soit valide. La Cour soulève un point important, celui de l'absence dans le Code civil du Québec de la façon dont le consentement à la cession d'un contrat doit être donnée. Par conséquent, elle s'est inspirée, par analogie, de l'article 1641 du C.c.Q<sup>485</sup>. Dans le même ordre d'idées, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *PF Résolu Canada inc*, a fait référence à l'article 1641 du C.c.Q lié à l'opposabilité dans le régime de la cession de

---

<sup>477</sup> Lluelles, Moore, *supra* note 433 aux pp 2080-2081 (La théorie unitaire).

<sup>478</sup> Lluelles, Moore, *supra* note 433 aux pp 2079-2080 (La théorie dualiste).

<sup>479</sup> L'ordonnance du 10 février 2016 portant sur la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, et figure aux articles 1216 et suivants du code civil français.

<sup>480</sup> Article 1216-1 alinéa 1 du Code civil français.

<sup>481</sup> Article 1216-1 alinéa 2 du Code civil français.

<sup>482</sup> *N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, 1999 CanLII 13538 (QC CA).

<sup>483</sup> *Ibid.*

<sup>484</sup> *Steamatic Canada inc. c. Gestion A.D.C.R. inc.*, 2000 CanLII 18570 (QC CS).

<sup>485</sup> *Ibid* paras 8-9.

créances<sup>486</sup>. Dans cette affaire, le fait que la demanderesse fait affaire avec Hydro-Québec, depuis bien avant la naissance du litige, et y acquiesce en signant en 1982 un nouveau contrat pour la distribution de puissance additionnelle, amène la Cour à conclure que la cession de contrat est opposable à la demanderesse<sup>487</sup>.

Dans le domaine de la restructuration des entreprises, une décision diamétralement opposée a été prononcée le 10 décembre 2018<sup>488</sup>. La Cour supérieure du Québec a rendu un jugement important en matière de cession de contrats en vertu de la LACC. Ce dernier permet au cessionnaire de se faire transférer sans avoir à assumer de pénalité monétaire découlant des contrats assumés pour des défauts du cédant préalable à la cession. En l'occurrence, le groupe SM est une firme québécoise d'ingénierie, de gestion de projet et de consultation composée de plusieurs filiales et opérant dans plusieurs pays. En 2018, il a entamé un processus de restructuration sous la LACC. Dans cette perspective, une autorisation de cession de certains contrats a été sollicitée au tribunal. Certains cocontractants ont contesté le paragraphe 21 qui vise à établir la non-responsabilité de l'acquéreur d'aucune pénalité monétaire découlant des contrats cédés pour un défaut préalable au 19 novembre 2018<sup>489</sup>. Les contestataires s'opposent à la seule cession des droits du cédant. Ils veulent aussi la cession intégrale des obligations du cédant en vertu des contrats sans limite dans le temps et considèrent que cette autorisation de cession de la part du tribunal comme une réécriture de leurs contrats.

La Cour précise que les facteurs mentionnés dans l'article 11.3 de la LACC sont présents et que le paragraphe demandé par l'acquéreur était équitable et raisonnable dans la mesure où on a évité un scénario qui aurait été désastreux pour l'ensemble des acteurs : L'interruption des travaux et les mises à pied massives qui auraient pu en résulter<sup>490</sup>.

À ce sujet, la Cour a affirmé que « la cession de contrats ne doit pas être observée sous le spectre des principes de droit civil mais dans le contexte des faits particuliers d'un processus assujetti à la LACC »<sup>491</sup>.

---

<sup>486</sup> *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*, 2020 CSC 43 (CanLII) para 149.

<sup>487</sup> *Ibid* paras 150-151.

<sup>488</sup> *Arrangement relatif à Groupe SMI inc.*, 2018 QCCS 5319 (CanLII).

<sup>489</sup> *Ibid* paras 36-37.

<sup>490</sup> *Ibid* para 72.

<sup>491</sup> *Ibid* para 73.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Dans ce chapitre, nous avons présenté l'évolution de droit de la faillite canadien. Ce dernier se compose de la LFI, de la LACC et d'autres lois utilisées de façon marginale<sup>492</sup>. La LFI qui s'applique à la fois aux personnes physiques et morales est basée sur deux volets. Le premier consiste dans la liquidation des actifs du failli et la distribution de ses biens aux créanciers d'une façon juste et équitable. Le deuxième, qui s'est développé dans le temps, vise à limiter les faillites pour les entreprises insolubles en adoptant un processus de négociation avec les créanciers afin de redresser les finances. Ceci se nomme conventionnellement une « proposition ». La LACC concerne seulement les personnes morales qui ont des dettes de plus de cinq millions de dollars. À l'encontre de la LFI, elle se base sur un seul volet, celui de la réorganisation des entreprises débitrices sous la supervision judiciaire, ce qu'on appelle l'arrangement. La proposition et l'arrangement permettent à l'entreprise insoluble ou débitrice de bénéficier de la suspension des procédures, autrement dit, d'empêcher les créanciers de prendre des mesures à son encontre durant la période de l'élaboration de plan ou de la proposition. Les entreprises en difficulté peuvent aussi bénéficier de certaines mesures comme le financement intérimaire, résiliation de contrat, la cession de celle-ci et la vente hors cours normal de l'entreprise. Ces dernières ont été des pratiques courantes de la part des tribunaux en vertu de la LACC favorisant ainsi l'évolution de la jurisprudence liée à ces mesures. En 2009, ces outils ont été codifiés dans la LFI et dans la LACC. Ainsi, la culture de sauvetage est devenue la devise. À cet égard, la Cour suprême dit :

« ...La réorganisation sert l'intérêt public en facilitant la survie des entreprises qui fournissent des biens ou des services essentiels à la santé de l'économie ou qui préservent un grand nombre d'emplois... »<sup>493</sup>

---

<sup>492</sup> *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* (L.C. 1997, ch. 21); *Loi sur les liquidations et les restructurations* (L.R.C. (1985), ch. W-11).

<sup>493</sup> *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379 para 18.

**CHAPITRE 2**  
**LA CONCEPTION ISLAMIQUE DE LA FAILLITE ET DE LA**  
**RESTRUCTURATION : D'HIER À AUJOURD'HUI**

## INTRODUCTION DU CHAPITRE 2

La présentation de la conception islamique de la faillite dans la littérature donne une impression que cette dernière n'a qu'un seul objectif : celui de la distribution des biens du débiteur sur ses créanciers<sup>494</sup>. Or, un retour aux sources primaires peut démontrer le contraire ou à la rigueur l'existence d'une recommandation de donner une chance à la personne en difficulté à côté de la liquidation comme alternative<sup>495</sup>. Ainsi, on remarque l'existence de certains outils facilitant le redressement<sup>496</sup>. La conception islamique de la faillite, à l'encontre de la vision étatique occidentale marquée par l'aspect évolutionniste, a connu une régression liée au contexte économique dans une époque classique et à un manque de courage intellectuel dans une autre phase contemporaine.

Ce chapitre vise à comprendre l'objectif du droit de la faillite dans la doctrine islamique. Ainsi, dans la première section, nous donnerons un aperçu historique sur l'évolution de la finalité du droit de la faillite : d'un droit de pardon et de conciliation à un droit de liquidation et de sanction (2.1). Dans la deuxième section, nous traiterons certains outils de la réorganisation judiciaire ou extra-judiciaire. Le but de cette section est surtout de fournir au lecteur les éléments essentiels qui lui favorisent la bonne compréhension du contexte lié à l'objectif ultime du droit de la faillite et les outils qui permettent de l'atteindre (2.2) pour une éventuelle comparaison avec le droit canadien.

### 2.1 L'évolution de l'objectif de la doctrine islamique en matière de faillite

Dans une période que nous appelons « phase prophétique », le peu de textes coraniques qui traitent la matière ne laissent aucun doute que le discours penche vers le pardon et une seconde chance pour le débiteur honnête et malchanceux. La pratique prophétique a

---

<sup>494</sup> Hamoudi, « The Surprising Irrelevance of Islamic Bankruptcy » *supra* note à la 34; Awad & Michael, *supra* note à la p 32; Bouvet René, *supra* note 31; Émile Tyan, *supra* note 31.

<sup>495</sup> Kilborn, « Bankruptcy », *supra* note 46.

<sup>496</sup> Muhammad Al-Bachir, *supra* note 52.

mis en avant le volet du pardon. Cependant, celle-ci a établi les bases du processus de la liquidation dans d'autres cas.

Les juristes classiques ont développé toutes leurs doctrines sur le volet de la liquidation et ont consacré un effort à défendre leur avis sur certains détails qui s'inscrivent tous dans cette orientation. Leur raisonnement a été influencé par un contexte économique marqué par l'absence de personnes morales, l'utilisation de la délégation dans le droit des entreprises et la limite du nombre des personnes affectées par la faillite. Les fouqahas contemporains, quant à eux, malgré le changement de contexte économique et l'apparition et la croissance des IFI, se sont contentés de se conformer à la réflexion classique ou de rapporter l'étude de la problématique de redressement à une date ultérieure<sup>497</sup>. Ceci explique l'intérêt de cette étude qui vise à démontrer aux juristes la philosophie de cette posture de deuxième chance et l'évolution des outils qui permettront d'y parvenir et de questionner les textes islamiques avec un regard externe afin d'éclairer certaines choses qui peuvent être utiles à l'élaboration des standards propices au contexte actuel.

Traiter la question de la faillite, dans le cadre de droit islamique, soulève au moins deux intérêts : le premier consiste dans le fait que le droit étatique des pays majoritairement musulmans doit prendre en compte le redressement ainsi que l'existence de la FI<sup>498</sup>. Le deuxième aspect concerne le reste du monde, et en particulier l'Occident et ses entreprises, dont les intérêts y sont étroitement liés avec les IFI. Pour cette raison, ils se doivent de comprendre ses dimensions et en particulier l'aspect juridique qui l'encadre.

---

<sup>497</sup> Voir : OCI, Décision 186 (1/20)/ AIF de l'académie du 18 Septembre 2012 relative à l'insolvabilité et la faillite [2012], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2343.html>>.

<sup>498</sup> À cet effet, nous remarquons que certains pays du Golfe ont récemment apportés des réformes sur leurs lois de faillite : les EAU en 2016, le Bahreïn en 2018 et l'Arabie-Saoudite en 2018. Cette réforme est liée à l'adoption de certains concepts de redressement judiciaire mais n'a pas fait référence aux IFI.; Haris Meyer Hanif, Tabasam Faqir, « Restructuring in the Middle East: Developments in the UAE and KSA » (2021) Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, en ligne : <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e582c45e-80d0-44f7-b6a2-d18b0a33d358>> ; Gearon Patrick, Reichert William, « Notable Changes to Insolvency Legislation in the GCC » (2021) CRS, en ligne : <<https://www.charlesrussellspeechlys.com/en/news-and-insights/insights/corporate/2021/notable-changes-to-insolvency-legislation-in-the-gcc/>> [Gearon, Reichert].

On identifie, à cet égard deux défis, d'une part, la dissociation entre le droit positif de la faillite dans différents pays majoritairement musulmans qui est issu de la tradition juridique de Common Law ou de droit civil<sup>499</sup>. La deuxième difficulté est liée à la nature même du droit islamique qui n'est pas un droit posé par le législateur mais plutôt un droit essentiellement doctrinal puisé de certains principes issus du Coran et de la Sunna en tant que sources primaires qui présentent une pluralité<sup>500</sup>.

Cette section comporte trois paragraphes : le premier paragraphe traitera la phase prophétique et analysera des versets coraniques et des *hadiths* du prophète liés au sujet (2.1.1). Le deuxième sera consacré à l'étude des avis de la doctrine classique (2.1.2). Le dernier de cette section consistera au traitement de certaines exceptions au sein de la doctrine classique (2.1.3).

### **2.1.1 La période prophétique : système à deux volets**

Pour bien cerner les caractéristiques de la faillite dans le droit islamique, on pourrait commencer par exposer les textes auxquels il est assujéti. La faillite est soumise à plusieurs textes qui relèvent des sources principales du droit islamique à savoir le Coran (2.1.1.1) et la Sunna (2.1.1.2). Lesdits textes prennent la forme de deux discours qui s'adressent respectivement au débiteur et au créancier.

#### **2.1.1.1 Le Coran : difficulté financière, solidarité et charité**

Tout a commencé dans la grotte de *Hira'* lorsque (d'après la croyance musulmane) le prophète a été interpellé par l'Archange Gabriel par le mot « lis ». Ainsi, la première sourate se nomme *Al-Alaq* et commence par (lis)<sup>501</sup> :

---

<sup>499</sup> Awad & Michael, *supra* note 32 à aux pp 979.

<sup>500</sup> Paradelle, *supra* note 33; voir aussi René et Jauffret-Spinosi, *supra* note 33 aux pp 349- 350.

<sup>501</sup> Al-Boukhari, n 4, à la p 4-1; Déroche François, *Le Coran*, Paris, Presses Universitaires de France, 2014 aux pp 13-14. L'auteur précise que la tradition musulmane n'est pas tranchante à cet égard. Elle hésite

« Lis, au nom de ton seigneur qui a créé, qui a créé l'homme d'une adhérence. Lis ! Ton seigneur est le Très Noble, qui a enseigné par la plume, a enseigné à l'homme ce qu'il ne savait pas »<sup>502</sup>.

Ces versets figurent dans la liste des 6 000 autres, plus ou moins courts, qui constituent le Coran, la première source de droit islamique<sup>503</sup>. Il a été révélé mot à mot parfois pour répondre à certaines problématiques pendant une période étalée sur 23 ans au 7<sup>ème</sup> siècle<sup>504</sup>. Mémorisé et écrit de façon individuelle, ce livre a été collecté par la suite dans ce qu'on appelle présentement le Coran.<sup>505</sup>

Les versets ayant un aspect juridique ne dépassent pas 12% de la totalité du livre<sup>506</sup>. Au contraire, la majorité des normes établissent des règles régissant la relation entre Dieu et les croyants (*'ibadat*), c'est-à-dire le rituel et la pureté spirituelle (nourriture, propreté, prière) plutôt que les relations et les traitements (*mu'amalat*)<sup>507</sup>. Dans cette perspective, le mot faillite ne se trouve nulle part dans ce livre. En revanche, ses dérivations, la *situation de difficulté financière* apparaît dans un verset qui traite la situation des débiteurs qui ne sont pas en mesure d'honorer leurs engagements (2.1.1.1.1). De même, le Coran met l'accent sur l'obligation des débiteurs à respecter leurs accords (2.1.1.1.2).

---

entre la sourate mentionnée plus haut et la sourate 74 : Al-Muddattir (Le revêtu d'un manteau); Hamoudi Haider Ala & Cammak Mark E, *Islamic law in modern courts*, New York, Wolters Kluwer, 2018 à la p 10 [Hamoudi, *Islamic law in modern courts*].

<sup>502</sup> Coran, sourate 96 : Al-Alaq (L'adhérence), verset 1.

<sup>503</sup> Ibn Kakhir, *tafsir ibn kathir*, Riyad, Dar Taibah, 2002 à la p 99-1 [Ibn Kathir, *tafsir*]; Ben Achour Mohamed Tahar, *Tafsir al-Tahrir wa'l-Tanwir*, Tunis, Dar Sahnoon, 1984 à la 75-1 [Ben Achour, *Tafsir al-Tahrir wa'l-Tanwir*]. L'auteur a révélé la divergence sur le nombre des versets; Wael B. hallaq, *The origins and evolution of islamaic law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 à la p 22; Kilborn, « Foundations », *supra* note 35 à la p 2.

<sup>504</sup> Al-Qattan Manna', *Mabahith fi Ulum al-Qur'an*, 7<sup>e</sup> éd, le Caire, Maktabat Wahiba, -, aux pp 1-(95-100); Kilborn, « Foundations », *supra* note 35 à la p 2.

<sup>505</sup> Kamali, *Principles of Islamic jurisprudence*, *supra* note 33 aux pp 16-18; Kilborn, « Foundations », *supra* note 35 à la p 2.

<sup>506</sup> Mallat Chibli, *Introduction to middle eastern law*, New York, Oxford University Press, 2007 à la p 33. Selon l'auteur, le nombre tourne autour 80 et 500, selon la manière dont on classe la nature « légale » d'un verset; Kilborn, « Foundations », *supra* note 35 à la p 3; Al-Suyuti Jalal al-Din, *Al itqan fi ulum al quran*, Beyrouth, Dar Al Kitab Al Arabi, 1999; Ibn Qayyim al-Jawzīyah Muḥammad ibn Abī Bakr, *Madārij al-sālikīn*, Beyrouth, Dar Al Kitab Al Arabi, 1996.

<sup>507</sup> Kilborn, « Foundations », *supra* note 35 à la p 3.

### 2.1.1.1.1 Remplir les engagements

Les premiers textes qui traitent des dispositions liées au contrat et l'obligation des contractants se manifestent dans un discours qui incite le débiteur à honorer ses engagements : « *Ô les croyants ! Remplissez fidèlement vos engagements* ». <sup>508</sup> Il vise à établir les fondements de la responsabilité sociale, celle de l'engagement que prend l'entreprise en vertu duquel elle gèrera ses activités de façon responsable et conforme aux attentes de ses contractants et de l'intérêt public <sup>509</sup>.

Cette position des rapports entre parties contractantes attribue une importance accrue au respect des engagements, tel que le démontre un autre verset : « *Certes, Allah vous commande de rendre les dépôts à leurs ayants droit, et quand vous jugez entre des gens, de juger avec équité* » <sup>510</sup>. Le Coran affiche son intention d'accorder une plus grande protection au créancier par l'obligation du débiteur à rembourser ses dettes et, par conséquent, sécuriser les affaires et la stabilité du marché <sup>511</sup>.

Ce verset, malgré son importance, ne constitue par une innovation à son époque. D'ailleurs, le droit coutumier de la Mecque, avant l'islam, nous révèle : Pacte des vertueux (Hilf al-Fudul) qui est une alliance créée afin de soutenir tout opprimé qu'il soit citoyen de la Mecque ou non <sup>512</sup>. En l'occurrence, ce pacte a été établi lorsqu'un

---

<sup>508</sup> Coran, sourate 5: Al. Maidah (La Table Servie), verset 1.

<sup>509</sup> Awad & Michael, *supra* note 32 à la p 980.

<sup>510</sup> Coran, sourate 4: An-Nissa ' (Les femmes), verset 58; Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 283 : « ...S'il y a entre vous une confiance réciproque, que celui à qui on a confié quelque chose la restitue; et qu'il craigne Allah son Seigneur... ». Un exemple d'un verset (n'ayant pas caractère légal) qui incite au respect des engagements : « Et mentionne Ismaël, dans le Livre. Il était fidèle à ses promesses... ».

<sup>511</sup> Ci-après, des versets qui ont parlé du respect des engagements : Coran, sourate 16: An-Nahl (Les Abeilles), verset 91; Coran, sourate 17: Al Isra (Le voyage nocturne), verset 34; Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 177; Coran, sourate 19 : Maryam (Marie), verset 54; Coran, sourate 53 : An-Najm (L'étoile), verset 37; Awad & Michael, *supra* note 32 à la p 980.

<sup>512</sup> En effet, le hadith dit : « J'ai été appelé à un pacte/alliance, durant la période antérieure à l'islam (pour la protection des faibles et l'opposition à l'injustice et à l'agression). À présent, si je suis appelé en islam à me rallier à un pacte similaire, je n'y manquerai pas » dans : Ibn Hisham, *Sira Nabawiya*, Djeddah, Mo'asasat 'Ulum al-Qur'an, 1981 à la p 134 ; Ibn Kathir , *Al-Bidâya wa An-Nihâya*, Riyadh, Dar A'alam al-Kotob, 2003 à la p 455 ; S. A. Aldeeb Abu-Sahlieh, « Les Musulmans face aux droits de l'homme (religion, droit et politique : études et documents» (2013) Centre de droit arabe et musulman, Suisse à la p 9 ; Zoulikha Hattab, *Droits et libertés fondamentaux en droit musulman : le paradoxe de l'universalité*, thèse de doctorat en droit public, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 2018 à la p 16 [non publiée] [Hattab].

marchand de *Zabid* avait vendu des marchandises à un membre notable du clan de *Sahm*. Ayant pris possession de la marchandise, l'homme de *Sahm* a refusé de payer le prix convenu. En réponse, une réunion a été organisée afin de rétablir les principes de justice et intervenir collectivement dans les conflits à l'intérieur du sanctuaire de la Mecque. Plaidant pour le respect des engagements, ce pacte prévoit aussi des dispositions pour le maintenir<sup>513</sup>. Aussi, en Grèce et en Rome antique, on en trouve un équivalent : celui du pacte latin *Sunt servanda*, employé par la suite dans le droit international public dans l'article 26 de la convention de Vienne<sup>514</sup>. Il signifie que les États doivent respecter leurs obligations lors d'un traité. Ce principe est, par exemple, retranscrit dans l'article 1103 du Code civil français, article 1134 Code civil belge et les articles 1434 à 1439 du Code civil du Québec<sup>515</sup>.

Qu'en est-il du non-respect des obligations ? Existe-il des moyens de solutionner ces problèmes, surtout dans le cas où le marché lui-même peut être la cause du manquement de la part du débiteur vis-à-vis de ses engagements ? En effet, l'augmentation des charges, la concurrence forte, les crises cycliques et les épidémies peuvent être des facteurs affectant négativement les résultats d'une entreprise. Par conséquent, celle-ci se révèle incapable de respecter ses engagements, c'est-à-dire de rembourser sa dette ou de payer les intérêts de cette dernière.

#### **2.1.1.1.2 Accorder un sursis**

La problématique de la difficulté financière a été traitée dans le verset 280 de sourate 2 du Coran<sup>516</sup>. Ce verset a été révélé dans le contexte de l'interdiction de *Riba* (intérêt et Usure). La pratique de l'intérêt était monnaie courante, les habitants de la Mecque

---

<sup>513</sup> Al-Mubarakfuri Safiy Ar-Rahmân, *Ar-Rahîq Al-Makhtoum*, Qatar, le ministère des Awqaf et des affaires islamiques au Qatar, 2008 aux pp 59-60 [Al-Mubarakfuri, *Ar-Rahîq Al-Makhtoum*]; Al-Suhayli Abd al-Rahmân, *al-Rawd al-'Unuf fi Sharh Sirah al-Nabawīyah*, le Caire, Maktabat Ibn Taymiyya, livre 2, - à la p 63.

<sup>514</sup> *Convention de Vienne sur le Statut des traités*, 22 mai 1969, 1155 RTNU 331, Nations Unies: Collection des traités, en ligne : < <http://treaties.un.org/Pages/UNTSONline.aspx?id=1&clang=fr> >.

<sup>515</sup> Art. 1103 du Code civil français; Art. 1134 du Code civil belge; Art. 1434 du C.c.Q.

<sup>516</sup> Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 280.

pratiquaient des activités usuraires dont une consiste à doubler le montant d'un prêt si le débiteur n'arrivait pas à payer sa dette à l'échéance comme le démontre l'affaire suivante :

« Al-Abbas ibn 'Abdel-Mutaleb et 'Uthman ibn 'Afan qui avaient avancé de l'argent à condition de prendre des dattes le jour de la cueillette. Ce jour-là, le propriétaire des dattes leur dit : (Si vous prenez votre part des dattes, le reste ne suffira aux besoins de mes enfants. Voulez-vous prendre la moitié et je vous double ce que vous me devrez ? Ils acceptèrent la proposition. »<sup>517</sup>.

À cause de cette affaire et d'autres affaires similaires, l'intérêt a été prohibé par le verset suivant : « *Dieu a rendu licite le commerce et illicite le Riba (usure et intérêt)* »<sup>518</sup>. Dans cette perspective le clan *Beni'Amru ibn 'umayr* dirent au clan *beni Al-Mughira* : « Rendez-nous nos capitaux et nous ne vous demanderons pas de payer les intérêts ». « Nous sommes maintenant dans la gêne ; attendez jusqu'à ce que les fruits deviennent mures, dirent Beni al-Mughira ». Mais les premiers refusent cette demande, ce verset, d'après la croyance islamique, a été révélé<sup>519</sup>.

« *À celui qui est dans la gêne, accorder un sursis jusqu'à ce qu'il soit dans l'aisance. Mais il est mieux pour vous de faire remise de la dette par charité ! Si vous saviez !* »<sup>520</sup>.

Ce verset représente un cas précis mais dont la formulation a une portée générale. Il ne se limite pas, d'après certains, aux transactions portant sur l'intérêt mais sur toutes les transactions de prêt<sup>521</sup>. Ce verset nous révèle trois notions : la personne en difficulté financière, le sursis et la libération.

Concernant la *notion de la difficulté* apparaissant dans le verset, la seule possibilité de savoir son sens est la méthode de convergence entre les mots. Dans notre cas d'étude (*al-yusr*) est l'antonyme de (*al-'osr*) et ses dérives tournent autour du mot difficulté dans le Coran. Ceux-ci n'en donnent aucune définition. Par conséquent, c'est la doctrine qui a

<sup>517</sup> Al-Wahidi An-Naisaburi, *les causes de la révélation du saint Coran*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiah, 2010 (traduction Mohammed Ismail) à la p 53 [Al-Wahidi An-Naisaburi].

<sup>518</sup> Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 275.

<sup>519</sup> Al-Wahidi An-Naisaburi, *supra* note 517 à la p 53.

<sup>520</sup> Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 280.

<sup>521</sup> Des interprétations, contraires à celles mentionnées plus haut, sont adoptées par Chorayh et Ibn Abbas : voir Al-Tabary Ibn Jarir, *Tafsir at-Tabari*, le Caire, Dar al-Ma'arif, 1954 à la p 29-6 [Al-Tabary].

apporté des éclairages là-dessus. Les fouqahas ont traités ce sujet dans différents domaines du droit comme celui de la famille (pension alimentaire et le douaire (*mahr*) ou celui, relatif aux transactions financières<sup>522</sup>. Les fouqahas se sont contentés d'avancer des définitions très générales de la personne en difficulté (*mo'sir*) et ne pas de la notion de la difficulté (*i'sar*)<sup>523</sup>. Ceci peut s'expliquer par la plus grande importance accordée à la définition d'un terme connexe, celui de la faillite<sup>524</sup>. D'après l'école hanafite, une personne en difficulté, est celle qui a toujours été pauvre<sup>525</sup>. Pour les malikites, elle correspond à celle qui ne possède rien à vendre<sup>526</sup>. L'école chafite présente plusieurs définitions. Ainsi, la personne en difficulté financière peut être : Celle qui ne détient pas d'argent, celle dont les économies ne couvrent pas les besoins d'une journée et d'une nuit ou celle qui n'a pas d'héritage à léguer<sup>527</sup>. Enfin, pour les hanbalites, il s'agit d'une personne dépourvue d'argent et de capacité d'agir. Elle peut correspondre également, toujours selon la même école, à la personne qui n'arrive pas, soit avec son argent ou ses revenus, à payer une pension alimentaire<sup>528</sup>.

En analysant ces différentes définitions, on constate que la notion de *mo'sir* n'est pas un synonyme de la notion de *l'entreprise en difficulté* dans son sens contemporain. Si elles convergent sur la situation de l'endettement, elles divergent sur le fait que le *mo'sir* est une personne se trouvant dans l'impossibilité de faire face à ses obligations alors que l'entreprise en difficulté est une entité dont l'accomplissement des engagements n'est pas impossible, mais peut lui causer un préjudice grave.

L'Académie internationale du Fiqh islamique, organe subsidiaire de l'(OCI)<sup>529</sup>, a mis l'accent sur cette distinction en précisant que la coutume doit être prise en compte dans la

---

<sup>522</sup> Al Jaafari, Ahmad ibn Abd Allah, « Les dispositions de la doctrine islamique en matière d'insolvabilité comparées aux systèmes du Royaume d'Arabie saoudite (en arabe) » (2014) *Majalat Al Adl Riyadh* n° 37 à la p 111 [Al Jaafari].

<sup>523</sup> *Ibid.*

<sup>524</sup> *Ibid.*, Al-Enezi Essam Khalaf, « Les institutions islamiques financières en difficulté (manque de liquidités) et les moyens proposés pour y remédier (en arabe) » (2009) 3<sup>e</sup> Congrès de fiqh des IFI, Koweït à la p 4.

<sup>525</sup> Ibn Abidin, *Radd al-Muhtar*, *supra* note 153 à la p 111.

<sup>526</sup> Al Dasouqi, *Hashiyat Dasouqi*, *supra* note 153 à la p 230.

<sup>527</sup> Al-Bakri, *Hasyiyat l'anat atalibin*, *supra* note 153 à la p 4-74 ; *Ibid* à la p 2-230; *Ibid* à la p 2-130.

<sup>528</sup> Al Mardawi, *Al Insaf*, *supra* note 153 à la p 9-355.

<sup>529</sup> L'Organisation de Coopération Islamique (OCI) est la deuxième plus grande organisation intergouvernementale après les Nations unies avec 57 États membres éparpillés dans 4 continents. Elle a été créée sur décision du sommet qui a eu lieu à Rabat, Royaume du Maroc, le 25 septembre 1969.

détermination de la notion de la difficulté financière. Elle a stipulé que cette notion : « Renvoie à une situation momentanée vécue par une personne et traduite par son incapacité de couvrir ses dépenses et d'honorer ses dettes »<sup>530</sup>. Cette dernière est plus approfondie par rapport aux définitions classiques puisqu'elle définit la notion de la difficulté et non la personne en difficulté. En effet, il y est mentionné implicitement la notion de cessation de paiement. De ce fait, il concorde bien avec les définitions contemporaines. En revanche, la définition concerne seulement la personne physique en oubliant complètement la personne morale.

Quant au *sursis*, il s'agit d'une mesure innovante par rapport à ce qui existait à cette époque ou auparavant où le défaut de paiement pouvait entraîner la majoration de la dette, l'emprisonnement ou l'esclavage de son auteur.

Linguistiquement, la forme de la phrase (dans le verset lié au sursis) est une injonction. Les exégètes ont attribué un caractère obligatoire à cette injonction<sup>531</sup>. En revanche, les fouqahas classiques l'ont interprété soit par l'obligation soit par la recommandation (*mandoub*). Dans cette optique, Ibn Achour précise que si la difficulté financière atteint un degré d'impossibilité de faire face à ses engagements, cette demande peut être

<sup>530</sup> OCI, Décision 186 (1/20)/ AIF de l'académie du 18 Septembre 2012 relative à l'insolvabilité et la faillite [2012], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2343.html>>. L'académie dans une décision ultérieure, après avoir fait référence à la définition mentionnée plus haut, a précisé que la coutume doit être prise en compte dans l'application de la notion de la difficulté : OCI, Décision 218 (2/23)/ AIF de l'académie du 1 Novembre 2018 relative à l'insolvabilité et la faillite [2018], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2343.html>>.

<sup>531</sup> Voir : Ibn Kathir, *tafsir*, *supra* note 503 à la p 1-717; Al-Farra Al-Baghawi Muhammad al-Husayn ibn Muhammad ibn Massoud, *Tafsir Al-Baghawī (Ma'ālim al-Tanzīl)*, Riyadh, Dar Taiba, -, à la p 1-345; Abu Hayyan al-Andalusi, *Tafsir Al Bahr Al Muhit*, Beyrouth, Dar ihya' al-turath al-arabi, -, à la p 2-338; Al-'akbari Abou Al baqa' AbdalAAh ibn Alhousein, *At Tibiyan fi I'rab al-Qur'an*, Beyrouth, Dar Al Fikr, 2001 à la p 1-184; Al-Razi Fakhr al-Din, *Al-Tafsir Al-Kabir*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiah, 2004 à la p 7-90; Al-Mawardi Abu al-Hasan Ali Ibn Muhammad Ibn Habib, *Tafsir al-Mawardi*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiah, -, à la p 1-352; Al-Khwarizmi Az-Zamakhshari Abu al-Qasim Mahmud ibn Umar, *Al-Kashshaaf*, Riyadh, Maktabat al-'Abikan, 1998 à la p 1-508; Al-Baydawī Naṣir ad-Din, *Tafsir albaydaoui*, Beyrouth, Dar ihya' al-turath al-arabi, -, à la p 1-163; Al-nafsi Abdullah bin Ahmed, *Tafsir al-Nafsi*, Beyrouth, Dar al-Kalam al-Tayeb, 1998 à la p 1-226; Ibn Atiya al-Andalusi. Abd al-Haq ibn Ghalib, *Tafsir Ibn Attiyah*, 2<sup>e</sup> éd, Doha, Qatar, Wizarat al-Awqaf wa-al-Shu'un al-Islamiyya, 2007 à la p 2-106; Qasimi, Jamal al-Din, *Tafsir al-Qasimi*, Beyrouth, Dar ihya' al kotob al 'arabiya, 1957 à la p 3-715; Al-Shawkani, Muhammad ibn Ali, *Fath al-Qadir*, Beyrouth, Dar al ma'rifa, 2004 à la p 1-192; Al-Suyuti Jalal al-Din al-Mahalli et Jalal al-Din, *tafsir al-jalalayn*. Damas, Dar ibn Kathir, à la p 1-47; Al-Tabary, *supra* note 521 à la p 29-6; Al-Qurtubi Abu 'abdullah Muhammad, *Tafsir al-Qurtubi*, Beyroth, Dar Al Fikr, -, à la p 339-3; Rida, Muhammad Rashid, *Tafsir Al-Manar*, le Caire, Al hayaa al misriya al 'ama lil kitab, -, à la p 3-87; Al-'Asqalani Ibn Hajar, *Fath Al-Bari Bi Charh Sahih Al-Boukhari*, le Caire, Dar al-Rayyan li'l-Turath, 1986, n° 4269, à la p 52-8 [Al-'Asqalani].

considérée comme une obligation. Dans le cas d'une personne en difficulté financière, mais qui n'est pas dans l'impossibilité d'honorer ses engagements, il incombe de distinguer deux avis : le premier prône l'obligation d'accorder un sursis et le deuxième, celui de l'Imam Malik et les trois autres écoles juridiques (*al-jomhour*), opte pour une recommandation sans caractère obligatoire. Ainsi, le créancier peut vendre l'intégralité des biens du débiteur. Mais il est invité à être bienfaisant et sera récompensé pour cela. Il faut toutefois signaler que les fouqahas de Cordoue ne statuent pas de précipiter le paiement. D'après leur effort d'interprétation, ils optent pour l'allongement du délai de paiement pour ne pas causer des dommages au débiteur<sup>532</sup>.

Enfin, la troisième notion apparaît clairement dans la deuxième partie de ce verset. Il s'agit soit d'une *libération volontaire* ou d'une *remise de dette* de la part du créancier. À cet effet, le Coran a utilisé la voie de recommandation et pas l'obligation « *c'est mieux pour vous si vous saviez* »<sup>533</sup>. La libération obligatoire et coercitive de la dette n'est pas prescrite. Le discours coranique plaide une prise en considération de la part du créancier de la situation difficile du débiteur et par conséquent de lui offrir une remise de dette par charité (*tasaddaqu*, l'acte de donner la charité volontaire, *sadaqa*)<sup>534</sup>. Néanmoins, le Coran n'oblige pas les créanciers à remettre des dettes (il recommande), même si le débiteur est « en difficulté »<sup>535</sup>.

Il convient de préciser ici que le Coran contient des versets clairs et des versets ambigus :

« *C'est Lui (Allah) qui a fait descendre sur toi le Livre. On y trouve des versets clairs- la Mère du Livre- et d'autres obscurs...* »<sup>536</sup>

Le verset clair est celui dont le sens est évident et ne saurait prêter à erreur ou interprétation alors que le verset ambigu est le contraire<sup>537</sup>. C'est aux juristes de nous dire dans quelle catégorie se situe ce verset. S'il s'agit de la première catégorie, ils

---

<sup>532</sup> Ben Achour, *Tafsir al-Tahrir wa'l-Tanwir*, supra note 503 à la p 3-96.

<sup>533</sup> Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 280.

<sup>534</sup> Ben Achour, *Tafsir al-Tahrir wa'l-Tanwir*, supra note 503 à la p 3-96 ; Kilborn, « Foundations », supra note 35 à la p 4.

<sup>535</sup> Kilborn, « Foundations », supra note 35 à la p 4.

<sup>536</sup> Coran, sourate 3: Al-Imran (La famille d'Imran), verset 7.

<sup>537</sup> Ben Achour, *Tafsir al-Tahrir wa'l-Tanwir*, supra note 503 à la p 3-154; Ibn Kathir, *tafsir*, supra note 503 à la p 2-7; Al-Tabary, supra note 521 à la p 6-170.

doivent expliquer si le fait d'accorder un sursis au débiteur en difficulté est simplement recommandé ou obligatoire. Ce dernier peut-il être imposé par un juge si le débiteur démontre ou justifie sa difficulté ? La divergence dans l'interprétation peut constituer un signal fort qu'il appartient à la deuxième catégorie, à savoir les versets ambigus.

Nous remarquons que le Coran n'a pas apporté trop de détails sur le sujet de la faillite comme dans le cas de l'héritage (qui contient des versets clairs et précis) mais uniquement des principes qui peuvent laisser croire que le discours opte pour laisser libre cours à la réflexion humaine tout en les respectant afin d'élaborer des dispositions propres à leur époque et contexte<sup>538</sup>.

Cela nous pousse à voir la portée de la deuxième source de droit islamique sur ce sujet qui est la Sunna. Ainsi, on peut citer ce verset du Coran qui établit son autorité :

*« Puis, si vous vous disputez en quoi que ce soit, renvoyez-le à Allah et au Messager, si vous croyez en Allah et au Jour Dernier. Ce sera bien mieux et de meilleure interprétation ».*<sup>539</sup>

### **2.1.1.2 La Sunna : prolongement et complément**

Tel qu'il était énoncé ci-dessus, c'est dans le Coran lui-même qu'on trouve l'acceptation d'une autre source de droit islamique<sup>540</sup>. Durant la vie du prophète, c'est lui qui détient la compétence d'interprétation et la compétence législative. En effet, il devait expliquer et compléter le Coran à travers ce qui été nommé la Sunna. Celle-ci n'est autre dans la langue arabe que le mode de vie, l'habitude, la tradition et le chemin<sup>541</sup>. La Sunna se manifeste sous trois formes : le prêche verbal, c'est-à-dire les dires du prophète, ses actes

---

<sup>538</sup> Dans ce sens voir: Muhammad Al-Bachir, *supra* note 52 à la p 25.

<sup>539</sup> Coran, sourate 4: An-Nisa'a (Les femmes), verset 59.

<sup>540</sup> *Ibid*; Coran, sourate 4: An-Nisa'a (Les femmes), verset 13 : « Ô les croyants! Obéissez à Allah, et obéissez au Messager et à ceux d'entre vous qui détiennent le commandement. Puis, si vous vous disputez en quoi que ce soit, renvoyez-là à Allah et au Messager, si vous croyez en Allah et au Jour dernier. Ce sera bien mieux et de meilleur interprétation (et aboutissement) »; Coran, sourate 5: Al-Ma'idah (la table servie), verset 92 : « Obéissez à Allah, obéissez au Messager, et prenez garde! Si ensuite vous vous détournez... alors sachez qu'il n'incombe à Notre messager que de transmettre le message clairement ».

<sup>541</sup> Wael B. Hallaq, *An Introduction to Islamic law*, *supra* note 33 aux pp 16-18; Kamali, *Principles of Islamic jurisprudence*, *supra* note 33 aux pp 58-59.

et sa conduite, et son silence approbatif devant certains actes (règles, normes et pratiques sociales propre à la société où il vivait). Par exemple, le Coran prévoit uniquement le contrat de prêt. Or, la *Moudaraba*, pratique courante de l'époque du prophète, a été approuvée par son silence approbatif. En effet, la Sunna peut restreindre une règle dont la portée semble absolue et au contraire spécifier une règle générale ou expliquer la totalité de ses versets<sup>542</sup>.

À l'encontre du Coran, la Sunna n'a pas été transcrite officiellement et dans sa totalité<sup>543</sup> durant la vie du prophète car il l'interdisait formellement.<sup>544</sup> D'autres raisons peuvent justifier cette prohibition<sup>545</sup>:

- La transcription de toutes ses paroles, ses avis, ses actes et leur enregistrement par écrit représentait un énorme effort et une grande difficulté.
- Les compagnons ne savaient pas écrire, si ce n'est un petit nombre d'entre eux.
- La peur de la confusion qui aurait pu se produire chez les gens entre le Coran et la Sunna.

Rappelons que la transcription n'a commencé que plusieurs décennies après la mort du prophète. On a procédé à une méthodologie qui consiste à rapporter chaque dicton ou acte du prophète que l'on appellera *hadith* et qui sera accompagné de sa chaîne de transmission des rapporteurs jusqu'au prophète. Ainsi, un nombre considérable de *hadith* a été réuni avec des niveaux d'authenticité variés allant d'authentique (*sahih*) au faible (*da'if*) en passant par le correct (*hassan*) en prenant en compte les caractéristiques des rapporteurs<sup>546</sup>.

---

<sup>542</sup> *Ibid.*

<sup>543</sup> Il faut toutefois signaler qu'il existe des hadiths qui démontrent la transcription d'une partie de la Sunna pendant cette période à savoir : des écrits privés, des messages à tous les rois et princes, des journaux personnels tenus par certains Compagnons et des messages à ses émirs et gouverneurs dans lesquels il avait mentionné les barèmes de la Zakat et ses différents taux. Mohamed Ali Assayis, *Histoire du fiqh islamique : sa naissance, son évolution, ses sources, ses écoles, ses avantages et ses objectifs*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiyah, 1971 aux pp 152-153[Assayis].

<sup>544</sup> Le prophète dans un hadith rapporté par Abu Sa'id al-Khudri a dit « N'écrivez rien de ma part et que celui qui a écrit de ma part autre chose que le Coran, l'efface », Imam an-Nawawi, *al-Minhaj Charh Sahih Mouslim*, Beyrouth, Dar al Khair, 1996 à la p 18-419 (n 3004).

<sup>545</sup> Assayis, *supra* note 543 aux pp 151-155.

<sup>546</sup> Hamoudi, *Islamic law in modern courts*, *supra* note 501 aux pp 14-16; Kilborn, « Foundations », *supra* note 35 aux pp 5-7.

À l'encontre du Coran, la Sunna est répartie dans plusieurs ouvrages dont on peut citer six collections qui sont largement acceptées par les musulmans sunnites : Al-Boukhari (*sahih*), Muslim (*sahih*), Abou Dawoud (*sunan*), Ibn Majah (*sunan*), al-Tirmidi (*jami' al-Tirmidi*) et al-Nasa'i (*al-sunan al-sughra*)<sup>547</sup>. La Sunna a confirmé le discours coranique (2.1.1.2.1) et a apporté certaines contributions sur le plan jurisprudentiel (2.1.1.2.2).

### 2.1.1.2.1 Consolider le discours coranique

Dans la même perspective que dans le discours coranique, la Sunna met l'accent sur l'obligation du débiteur d'accomplir ses engagements. Il s'ajoute à cette obligation légale un *hadith* prophétique qui qualifie le débiteur retardataire ayant la capacité de rembourser d'injuste : « Le retard de celui qui a la possibilité de rembourser est une injustice ».<sup>548</sup> Un autre *hadith* définit clairement la sanction du débiteur de mauvaise foi : « Les tergiversations du solvable justifient qu'on le dénonce et lui inflige une peine »<sup>549</sup>.

En plus de ses exigences, le droit islamique, qui se différencie du droit occidental par l'encadrement aussi bien des affaires séculaires que de l'au-delà, accorde une grande importance à la restitution de la dette. Dans ce sens, on peut citer le *hadith* « L'âme du croyant reste suspendue en raison de sa dette, tant que celle-ci n'est pas acquittée. »<sup>550</sup>. De plus, afin de clarifier la gravité du non-acquittement de la dette, le prophète n'accomplissait pas la prière mortuaire sur la personne qui décède en étant endettée<sup>551</sup>.

---

<sup>547</sup> *Ibid* à la p 7.

<sup>548</sup> Al-Boukhari, n° 2166 à la p 2-799; Muslim, n° 1564 à la p 3-1197, Ibn Majah, n°: 2404 à la p 2-803; Al-Nasa'i, n° 4691 à la p 7-317; Abou Dawoud, N° 3345 à la 3-247.

<sup>549</sup> Abou Dawoud, n° 3628, à la p 3-314; par Al-Nasa'i, n°4689, à la p 7-316; par Ibn Majah, n°2427, à la p 3-811; Ahmed ibn Hanbal, *Musnad Ahmad ibn Hanbal*, Beyrouth, Dar ihya' al-turath al-arabi, 1993, n° 17486, à la 4-222 [Ibn Hanbal, *Musnad*].

<sup>550</sup> Al-Tirmidhi, n° 1078, à la p 3-389 ; Ibn Majah, n° 2413, à la p 2-806.

<sup>551</sup> L'attitude qu'adoptait le Prophète à ce sujet est également très révélatrice. Dans un *hadith* il a été rapporté « qu'une fois, on déposa devant le Prophète le corps d'un défunt et on lui demanda d'accomplir la prière mortuaire en sa faveur. Avant de le faire, il demanda si cette personne avait des dettes impayées. Lorsqu'on lui apprit qu'elle était effectivement endettée à hauteur de trois dinars et qu'elle n'avait rien pour rembourser cette somme, il refusa d'accomplir la prière mortuaire et demanda aux Compagnons de le faire. Abû Qatâda qui était alors présent se proposa de s'acquitter du montant dû et ce n'est qu'alors que le Prophète accepta d'accomplir la prière mortuaire en faveur du défunt » Al-Mubarakfuri Safiy Ar-Rahmân, *Tuhfat Al-Aahodhi*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiyah, -, vol 4, *Hadith* n° 1069, à la p 4-152 [Al-Mubarakfuri, *Tuhfat Al-Aahodhi*].

Dans la même lignée que le Coran, la Sunna contient plusieurs *hadiths* qui incitent le musulman à accorder un délai supplémentaire pour la personne en difficulté comme nous pouvons le voir dans les exemples suivants :

« Celui qui donne un répit à un débiteur (sans argent) ou qui efface (partiellement ou complètement) sa dette, Allah lui donnera place sous l'ombre de Son Trône le Jour du Jugement Dernier »<sup>552</sup>

« Celui qui aimerait qu'Allah l'épargne de la peine du Jour du Qiyâmah (l'au-delà), qu'il donne un délai (de règlement) supplémentaire ou qu'il pardonne à son débiteur qui se trouve dans une situation (financière) difficile »<sup>553</sup>

« Hudayfa rapporte que le Messager de Dieu (s) dit : (Les anges ayant cueilli l'âme d'un homme de peuples qui vous ont précédés, lui dirent : (As-tu fait quelque œuvre de bien ? (Non) infirma-t-il ! (Insistèrent-ils, alors il dit : (En fait, j'empruntais de l'argent aux gens et j'ordonnais alors à mes hommes de proroger l'échéance du débiteur en gêne et d'être tolérants avec les débiteurs aisés. (Dieu (à Lui la puissance et la majesté) dit alors : (Soyez tolérants avec lui.) »<sup>554</sup>.

On peut remarquer qu'il s'agit d'une confirmation du discours coranique avec un message et un acte clairs sur la nécessité pour le débiteur d'honorer ses engagements et pour le créancier d'aider le débiteur honnête et malchanceux à outrepasser la difficulté auquel il fait face. En outre, on s'aperçoit que ces obligations ne sont exigées que sur le plan religieux (*dyanatan*) et n'ont pas d'impact sur le plan judiciaire (*qada'an*).

Ceci pose des interrogations sur l'effectivité de ces normes. La sanction, à titre d'exemple, dans le cadre religieux (morale) est une sanction interne (entre la divinité et le croyant) qui peut donner des craintes à certaines personnes. Cette règle religieuse morale n'empêche pas d'autres personnes de l'enfreindre ou de réparer les préjudices causés à autrui. Dans cette optique, la règle de droit apparaît plus utile afin d'établir un régime de faillite efficace, autrement dit : ce qui est défendu ne sera pas fait car cette règle les contraindra matériellement.

---

<sup>552</sup> Al-Tirmidhi, n° 1306 à la p 3-599 ; Al-Mubarakfuri, *Tuhfat Al-Aahodhi*, supra note 551 n° 1306, à la p 4- 444 ; Al-Suyuti, *Al-Durr Al-Manthur*, le Caire, Markez al-Ḥajr, 2003, à la p 383[Al-Suyuti, *Al-Durr Al-Manthur*]; Ibn Hanbal, *Musnad*, supra note 549 n° 8494 à la 2-359.

<sup>553</sup> Muslim, n° 1523-2923 à la p 3-1196; Al Bayhaqi, n° 10675 à la p 5-357.

<sup>554</sup> Al-Boukhari, n° 1971 à la p 2-731; Muslim, n° 1560 à la p 3-1194 ; Al Bayhaqi, n° 10671 à la p 5-356.

À titre d'exemple, lors d'une saisie en cas de non-remboursement, la règle juridique peut intervenir directement via la force publique pour mettre en œuvre cette saisine. Dans ce cadre, c'est la contrainte directe qui intervient pour faire respecter la règle de droit. La règle juridique s'impose aussi pour supprimer un acte qui a été accompli contrairement aux règles de la faillite. À titre d'exemple, l'absence d'autorisation préalable à la vente de biens hors du cours normal des affaires dans le cadre d'une proposition concordataire entraîne son annulation en vertu de l'article 65.13 de la LFI<sup>555</sup>.

L'efficacité de la règle juridique se manifeste également dans la condamnation pour la réparation des préjudices causés aux autres. À cet effet, la LFI dans son paragraphe 65.2 (1) permet à une entreprise en redressement (lors d'un avis d'intention ou d'une proposition concordataire) la résiliation de baux commerciaux et la fermeture des établissements non rentable qui causent sa difficulté financière<sup>556</sup>. Toutefois, le paragraphe 65.2 (4) stipule des indemnités dont les locateurs peuvent bénéficier. Donc, l'entreprise en redressement doit verser des dommages-intérêts pour réparer le préjudice qu'elle a causé à cause de cette résiliation fortuite<sup>557</sup>.

La règle juridique est donc indispensable. Une norme morale n'est pas suffisante à notre opinion pour établir un régime de faillite efficace.

---

<sup>555</sup> En ce sens : *Proposition de CL Métal inc.* 2017 QCCS 2931 Para 131 « [131] ORDONNE à l'officier de la publicité des droits de la circonscription foncière de Lévis de procéder à la radiation de l'acte de vente inscrit le 15 juillet 2016 sous le numéro 22484615 au registre foncier de la circonscription foncière de Lévis » ; Pour plus de détails voir : Berthold Sylvie, « revue de la jurisprudence 2017 en droit de la faillite et de l'insolvabilité » (2018) *Revue du notariat* 120(1) 303–321 aux pp 308-313; Berthold Sylvie, « Les ventes par le syndic de faillite et l'ordre de collocation des créanciers » (2013) 1 C.P. du N. 223. Un autre exemple de la nullité d'un acte qui a été accompli contrairement aux règles de la faillite est les cessions non autorisées. L'article 42 (2) de la LFI stipule à cet égard : « Toute cession de ses biens, autre qu'une cession consentie conformément à la présente loi, faite par un débiteur insolvable au profit de ses créanciers en général, est nulle ».

<sup>556</sup> Art. 65.2 (1) LFI.

<sup>557</sup> Art. 65.2 (1) LFI.

### 2.1.1.2.2 Liquidation et mécanismes de redressement

La Sunna a mis en place un processus de liquidation et a établi la remise de dette (partielle ou totale) dans un cadre considéré par certains comme une médiation et par d'autres comme un principe judiciaire.

#### 2.1.1.2.2.1 L'établissement de la liquidation et le droit du créancier de reprendre possession de ses biens

La première contribution se manifeste dans l'établissement des bases d'un processus de liquidation à travers deux affaires. En effet, elles concernent le défaut d'un débiteur et la réclamation du créancier qui a abouti à la liquidation des biens du débiteur. En l'occurrence, l'**affaire I**<sup>558</sup> a jeté les bases d'une procédure de liquidation.

« D'après Abderrahmen Ibn Ka'ab, Mo'ad Ibn Jabal fut l'un des meilleurs jeunes de son époque. Il était très généreux à tel point qu'il était resté sans fortune et qu'il commença à emprunter de l'argent. Ses créanciers se plainquirent alors auprès du prophète (que la paix et le salut d'Allah soient sur lui), et ce malgré le fait que ce dernier estimait Mo'ad énormément et que les créanciers auraient annulé sa dette pour faire plaisir au prophète (que la paix et le salut d'Allah soient sur lui). N'empêche que le prophète (que la paix et le salut d'Allah soient sur lui) leur a vendu tous les fonds/biens du débiteur provoquant ainsi sa faillite »<sup>559</sup>.

Ce *hadith* démontre que *Mo'ad* a commis un acte de faillite, dans la mesure où il n'a pas acquitté ses dettes arrivant à l'échéance. Par conséquent, les créanciers ont fait une demande de mise en faillite. Ensuite, le prophète, après avoir pris des initiatives de conciliation non concluantes, a imposé la mise en tutelle (*hajr* en arabe) à *Mo'ad* et puis a vendu ses biens et les a distribués aux créanciers.

---

<sup>558</sup> Afin de faciliter la compréhension, nous avons accordé des numéros à ces affaires.

<sup>559</sup> Al-Bayhaqi, n° 10958, à la p 6-48 ; Al-Nishaburi, *Al-Mustadrak*, *supra* note 153 à la p 4-310.

En ce qui concerne l'**affaire II**<sup>560</sup>, il s'agit d'un différend entre deux habitants de Médine sur un retard de remboursement d'une dette de quatre dirhams. Le créancier, un juif, s'est plaint au prophète pour obtenir le remboursement du débiteur qui est musulman. Le prophète a insisté pour que le débiteur honore son engagement dans les plus brefs délais. Par conséquent, celui-ci s'est rendu au marché afin de vendre tous les biens disponibles en sa possession et a réussi à obtenir la somme empruntée. Donc, cette affaire démontre qu'on peut accorder une marge de manœuvre au débiteur en le laissant rembourser sa dette dans un premier temps et dans le cas contraire, d'autres mesures peuvent s'appliquer.

La Sunna a instauré aussi le droit du créancier de reprendre possession de ses biens après que son client ait déposé une cession de faillite. Dans cette optique, un *hadith* stipule que le vendeur qui trouve sa marchandise encore disponible chez l'acheteur en faillite a le droit de la récupérer<sup>561</sup>. Cette disposition est similaire au paragraphe 81.1 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* qui donne aux créanciers impayés le droit de reprendre possession des marchandises qui ont été livrées à un débiteur qui est failli, sous certaines conditions.

Il apparaît que le recours à la liquidation est souvent utilisé lorsque la personne est connue pour sa mauvaise gestion de l'argent ou ses dépenses, comme dans l'**affaire I**, ou après l'épuisement de toutes les possibilités des conciliations, comme dans le **affaire II**. D'après une autre version de celle-ci, le prophète lui-même a essayé à plusieurs reprises de convaincre le créancier de rapporter le paiement mais au vu de l'insistance de ce dernier de rejeter toutes les initiatives, il n'y avait pas d'autre choix que celui du remboursement<sup>562</sup>.

---

<sup>560</sup> Ibn Hanbal, *Musnad*, *supra* note 549 n° 15063, à la 3-423.

<sup>561</sup> Dans un *hadith* le prophète a dit : « Quiconque retrouve son bien propre chez un homme (ou un individu) qui a fait faillite, a le droit de le reprendre en priorité sur autrui ». Il existe des *Hadiths* de même sens que le précédent, rapportés toutefois selon des voix de transmission différentes. Voir : Muslim ibn al-Hajjaj al-Nisaburi, *Le sahih de muslim : Recueil des hadithes authentiques du prophète avec commentaire d'al-Nawawi*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiah, 1971 à la p 338.

<sup>562</sup> Zein Ed-Dine Ahmed ibn Abdul-Latif A-Zoubaidi, *Le sommaire du sahih al-Boukhari*, 5<sup>e</sup> éd, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiah, 2010 n° 1904 à la p 405; Al-'Asqalani, *supra* note 531 n° 5128 à la p 9-477.

Tout ceci nous amène à aborder la contribution de la Sunna dans le cadre du redressement.

#### 2.1.1.2.2 Remise de dette et libération : un recours judiciaire ou un arbitrage ?

La distinction, encore une fois, ou la complémentarité du Coran apparait dans le cadre de la jurisprudence ou de l'arbitrage qui révèle plusieurs questions non tranchées.

Le premier se retrouve dans l'**affaire III** :

« Kaab Ibn Malik rapporta qu'il réclamait d'Ibn Abî Hadrad le paiement de sa dette alors qu'ils étaient dans la mosquée et que leurs voix s'élevaient au point que le prophète les entendait de sa chambre. Il sortit les voir en écartant le rideau de son appartement appelant Kaab Ibn Malik : "O Kaab !" "Me voici. Le prophète lui dit : "Diminues de ta dette comme ça" (en indiquant la moitié par un signe de la main). "C'est fait, ô Prophète", répondit Kaab. "Paie le maintenant" dit le Prophète au débiteur »<sup>563</sup>.

Ce *hadith* a été rapporté par plusieurs personnes et selon plusieurs versions. Une version précise que les deux se sont présentés afin de régler leur différend (*taqadaw*) et donc ce n'était pas une rencontre fortuite<sup>564</sup>. Une autre version ajoute de plus que le créancier a exercé le droit de suite (*mulaazama*)<sup>565</sup>. Notre analyse se base sur deux hypothèses :

La première hypothèse est qu'on est devant un jugement car le prophète a adressé deux ordres, d'une part, au créancier de faire une remise de dette et d'autre part, au débiteur de réaliser un remboursement immédiatement. Il s'agit alors d'une décharge obligatoire. Cependant, ceci demeure une hypothèse non confirmée à cause du silence approbatif du créancier. Ainsi, c'est lorsque le créancier refuse de faire une remise de dette qu'on peut déterminer s'il s'agit d'un jugement ou d'un arbitrage en fonction de la réaction du prophète<sup>566</sup>.

---

<sup>563</sup> Al-Boukhari, n°2286, à la p 2-851; Muslim, n° (1558-2912) à la p 3-1193; Ibn Majah, n° 2429 à la p 2-811 ; Abou Dawoud, n° 3595 à la p 3-304 ; Al-Nasa'i, n° 5408, à la p 8-240.

<sup>564</sup> *Ibid.*

<sup>565</sup> Ibn Hanbal, *Musnad*, *supra* note 549 à la p 3-454 (n 15339); Al-Daraqutni, *Sunan al-Daraqutni*, Riyad, Almoayyed, 2001, 2-606 (n 2853) [Al-Daraqutni]; Al-Tabary, *supra* note 521 à la p 19-76 (n 126); Ibn Abi shayba, *supra* note 153 à la p 5-399 (n 3184 (579)).

<sup>566</sup> Kilborn, « Foundations », *supra* note 35 aux pp 9-10 ; Un autre cas similaire est mentionné dans ce *hadith* : « Le prophète avait entendu les voix de certains adversaires qui s'élevaient devant sa porte.

Dans une affaire civile, le refus d'une personne concernée a pu nous démontrer la nature de la décision. Il s'agit d'une femme qui a demandé le divorce :

« Ibn Abbas relate que : le mari de Barira était un esclave appelé Mughith, comme si je le vois maintenant, courir après sa femme en pleurant, ses larmes coulant sur son visage. Le Prophète s'adressa à Abbas, « Ô Abbas ! N'êtes-vous pas stupéfié par l'amour de Mughith pour Barira et la haine de Barira pour Mughith ? ». Le Prophète dit alors à Barira, « Pourquoi vous ne retournez pas auprès de votre mari ? ». « Prophète d'Allah ! M'ordonnez-vous de faire ainsi ? », répondit-elle. Il lui répondit « Non, j'intercède seulement pour lui ». Barira dit, « Je n'ai pas besoin de lui »<sup>567</sup>.

Il apparaît clairement que le prophète a joué le rôle de conciliateur quand il a demandé à cette femme de retourner chez son mari. Le refus de la dame de cette sollicitation confirme nos propos. Si c'était un jugement, la femme n'aurait pas eu le droit de refuser. Dans notre cas d'étude, le créancier (Kaab) n'a pas refusé la demande du prophète. Par conséquent, il nous a privé de savoir s'il s'agit d'un jugement en fonction de la réaction du prophète. L'ambiguïté persiste et la conclusion (jugement) reste une hypothèse non validée.

La deuxième hypothèse, c'est qu'il s'agit d'un arbitrage. La décision ou plutôt l'offre proposée par le prophète aux deux parties, au créancier de baisser la dette et au débiteur de faire un paiement immédiat ne bénéficie pas *ab initio* de force exécutoire. Le prophète a joué le rôle de conciliateur et les parties avaient le droit d'accepter ou de refuser.

Cette imprécision dans l'interprétation ne s'arrête pas là, une autre **affaire IV** révèle aussi plusieurs interrogations :

---

L'un des deux demandait à l'autre de lui remettre ses dettes et sollicitait sa bienveillance, mais ce dernier lui répliquait : (Par Dieu, jamais je ne le ferai. (Le prophète sortit alors les trouver et dit : (Qui est donc qui jurait par Dieu de ne pas faire le bien.) (C'est moi o Messager de Dieu, répondait l'homme et de se rétracter, je lui accorde de choisir la solution qu'il préfère) ». Muslim, *Le sahih de muslim*, *supra* note 561 n° 19-1557, à la p 334.

<sup>567</sup> Al-Boukhari, n° 4979, à la p 5-2023 ; Al-Bayhaqi, n°10557, à la p 5-338 ; Abou Dawoud, n° 2231, à la p 2-270 ; Ibn Majah, n° 2074 à la p 1-670.

« Abu Sa'id al-khudri rapporte : Un homme subit, du temps du Messager de Dieu (s), une perte ayant frappé la récolte qu'il avait acheté sur pied et ses dettes augmentèrent par conséquent. Le Messager de Dieu (s) dit alors : « **Faites-lui aumône** » Les gens lui donnèrent l'aumône, mais le montant ainsi collecté ne parvenait pas à éteindre ses dettes. Sur ce, le Messager de Dieu (s) dit aux créanciers de cet homme : « **Prenez ce qui est disponible et vous n'avez droit à rien d'autre en dehors de cela** »<sup>568</sup>.

Encore une fois, ce *hadith* comporte une certaine ambiguïté se trouvant dans la dernière phrase. L'interprétation la plus plausible de ladite phrase tourne autour de trois hypothèses. La première hypothèse est d'affirmer que la phrase « vous n'avez droit à rien d'autre en dehors de cela » indique une libération du débiteur de toute la somme restante à partir de la date de ce jugement<sup>569</sup>. Un autre point de vue consiste à considérer que le débiteur, étant actuellement en difficulté, ne peut pas régler sa dette et qu'il devrait bénéficier d'un nouveau sursis. De même, le montant restant est dû lorsque le débiteur sera dans l'aisance car les dettes ne s'éteignent que par le remboursement ou le pardon<sup>570</sup>. Enfin, une troisième hypothèse avance qu'il s'agit d'un fondement à part entière lié au droit de la faillite qui permet la libération de la personne en difficulté honnête et malchanceuse et que cette possibilité concerne les activités économiques<sup>571</sup>.

D'après cette présentation, il apparaît que la Sunna veille jusqu'au dernier recours à mettre en œuvre le redressement ou la conciliation puis prône pour la liquidation après l'épuisement de toutes les probabilités possibles. Il nous semble aussi que le contexte des différentes affaires (s'il s'agit d'une affaire civile ou commerciale) et les circonstances (si

---

<sup>568</sup> Muslim, *Le sahih de muslim*, *supra* note 561 à la p 334.

<sup>569</sup> Ibn Hazm, *supra* note 153 à la p 6-478; Ibn Qayyim Al-Jawziyah, *al-Turuq al-hikmiyah*, Damas, Maktabat dar al-bayan, -, à la 1-57.

<sup>570</sup> Al-Qari Ali ibn Sultan, *Mirqat al Mafatih Sharh Mishkat al-masabih'*, Djeddah, Dar Al Fikr, 2002 à la p 5-1953 (2900). Il convient ici de préciser qu'un jugement doit déterminer les faits. Il est connu dans la doctrine islamique que les dettes ne s'éteignent que par l'acquiescement ou le pardon. Or, avancer l'hypothèse que le prophète a tenu pour acquis que les parties connaissent déjà ce principe (la présomption de connaissance du droit) est un raccourci. De ce fait, ceci ne se démarque pas des autres hypothèses et interprétations.

<sup>571</sup> Al-Shawkani Muhammad ibn 'Ali ibn Muhammad, *Nayl al-awtar : sharh muntaqa al-akhbar min ahadith sayyid al-akhyar*, le Caire, Dar al Hadith, 1993 à la p 5-210-211[Al-Shawkani] ; *Ibid* à la p 6-288. Nous avons réfuté une hypothèse liée au fiqh de la pandémie (Al ja'iha) qui permet la libération totale ou partielle du débiteur dans le cas de catastrophes naturelles. Dans ce sens voir : Al-Shawkani, *Nayl al-awtar*, *supra* note 571 à la p 5-210 et suiv.

la personne est réputée connue pour l'endettement ou le fait juste occasionnellement) peuvent justifier la variation des décisions sur des situations qui peuvent paraître similaires. En effet, les juristes doivent décortiquer ces détails puisque tous les textes et les affaires liés à la faillite demeurent non éclaircis et doivent faire l'objet d'une analyse afin de répondre à des problèmes sociétaux. La doctrine classique répond-elle à ces questions ou éclaire cette ambiguïté ?

### **2.1.2 La phase classique : théorisation de la liquidation et externalisation du redressement de l'autorité judiciaire**

Les *fouqahas* classiques ont développé leur propre doctrine sur la faillite dans un contexte économique qui connaît la présence de la personne physique (le commerçant) et l'entreprise qui n'était pas dotée de la personnalité morale. Deux livres dans leurs recueils, à savoir la faillite (*iflas*) et la conciliation (*solh*), y étaient consacrés. Le traitement de la liquidation a pris une ampleur telle que les juristes d'une école juridique ont nommé les chapitres de la faillite par l'interdiction (*hajr*)<sup>572</sup>. Ainsi, nous traitons dans un premier point, le contexte économique (2.1.2.1). Dans un deuxième point, nous aborderons l'émergence de la procédure de la liquidation (2.1.2.2). Le troisième point, fera l'objet de l'analyse de (*solh*) ou le redressement extra-judiciaire (2.1.2.3).

#### **2.1.2.1 Le contexte économique : l'entreprise, la personne morale et la responsabilité limitée**

Le paysage économique de l'époque a été marqué par la présence des activités économiques, essentiellement le commerce, car la Mecque était une ville marchande qui avait des relations commerciales avec plusieurs régions dont l'Arabie du sud, la Syrie

---

<sup>572</sup> L'école hanafite, voir : Al-Sarakhsi, *Al-Mabsut*, *supra* note 153 ; Al Kassani 'Ala Uddin, *Bada'i Al-Sana'i*, Beyrouth, Dar Al Kitab Al Arabi, 1982 [Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*]; Ibn Abidin, *Radd al-Muhtar*, *supra* note 153; Ibn Nujaym, *Al Bahr Ar Raiq*, *supra* note 153.

byzantine et l'Irak sassanide<sup>573</sup>. Il existait également à Médine tout un éventail de données et indices de contrats agricoles<sup>574</sup>. Ceci implique un effort juridique dans l'objectif de l'encadrement. D'ailleurs, les livres de fiqh contiennent des chapitres (*kitab*) sur les ventes, la location, le partenariat, le transfert, l'hypothèque et bien évidemment les entreprises. Les dispositions qui encadrent les entreprises, leurs types et leurs différentes formes sont le fruit de la réflexion humaine et non divine. D'ailleurs, le terme entreprise ne figure nulle part dans le Coran, c'est une dérivation de ce terme qui signifie (associé) qui y apparaît pour légitimer l'entrepreneuriat<sup>575</sup>. De même, en vertu de ce *hadith Qudsi*<sup>576</sup> que les fouqahas légitiment l'entreprise :

« J'en fais un troisième avec deux partenaires tant que l'un d'eux ne trompe pas l'autre, mais quand il le trompe, je m'éloigne d'eux »<sup>577</sup>

Ainsi, en langue arabe, l'entreprise signifie la mixité et la cohabitation. La majorité des juristes musulmans distinguent entre deux formes de sociétés : *Charikat al-mulk* ou l'indivision et *Charikat al-aqd* ou la société<sup>578</sup>. Ce qui nous intéresse en l'espèce c'est *Charikat al-aqd*, ou la société. Il s'agit du type qui est exposé à la dissolution après sa constitution d'où l'utilité de l'identifier et d'explorer ses différents types<sup>579</sup>.

*Charikat al-aqd*, ou la société est définie comme étant « un contrat entre associés et dans le capital et dans le bénéfice »<sup>580</sup>. Les juristes ont divisé *Charikat al-aqd* en plusieurs types. Nous retenons dans notre recherche la répartition prônée par les hanbalites. Ces derniers ont réparti *Charikat al-aqd* comme suit : *Charikat Inan* (société à mandat limité), *Charikat Mufawadah* (association commerciale illimitée),

---

<sup>573</sup> Schacht Joseph, *Introduction au droit musulman*, Paris, Éditions Maisonneuve et Larose, 1983 à la p 17 [Schacht Joseph].

<sup>574</sup> *Ibid* à la p 17; Déroche François, *Le Coran*, Paris, Presses Universitaires de France, 2014 aux pp 7-8 ; Warde, *Islamic Finance in the Global Economy*, *supra* note 9 à la p 38.

<sup>575</sup> Coran, sourate 38 : Sad (Sad), verset 24 : « ...Beaucoup de gens transgressent les droits de leurs associés, sauf ceux qui croient et accomplissent les bonnes œuvres - cependant ils sont bien rares... »; Sobhi Diab, *supra* note 31.

<sup>576</sup> Hadith Qudsi est un hadith dont le contenu est attribué à Dieu, mais le libellé réel est attribué au prophète. Toutefois, nous signalons qu'il existe un autre avis contraire quant à ses termes

<sup>577</sup> Abou Dawoud, n° 3383 à la p 3-256 ; Al-Bayhaqi, n° 11108 à la p 6-78 ; Al-Daraqutni, *Sunan al-Daraqutni*, *supra* note 565 à la p 2-623.

<sup>578</sup> Ridha Saadallah, « la jurisprudence islamique des sociétés » dans Boualem Bendjilali dir., *Les Sciences de la Chari'a pour les Économistes*, Djeddah, IIRF- BID, 2001, 226 à la p 269 [Ridha]; Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, *supra* note 572 à la p 57-6; Al Mardawi, *Al Insaf*, *supra* note 153 à la p 5-407.

<sup>579</sup> Sobhi Diab, *supra* note 31, la p 24.

<sup>580</sup> Ibn Abidin, *Radd al-Muhtar*, *supra* note 153 à la p 4-99.

*Charikat al-wujuh* (société de crédit), *Charikat al-abdan* (société de travail) et *Moudaraba* (société en commandite). Donc, nous sommes tenus d'expliquer ces différentes formes de sociétés<sup>581</sup>.

- ***Charikat Inan* (société à mandat limité)** a été définie comme étant : *un contrat entre deux ou plusieurs associés avec des parts de participation précise dans un capital tout en partageant les bénéfices*<sup>582</sup>.
- ***Charikat Mufawadah* (association commerciale illimitée)** : les juristes sont loin d'être unanimes quant à la définition de *Charikat Mufawadah* d'où la divergence concernant sa valeur dans la doctrine islamique. En effet, chacune des doctrines accorde sa propre valeur à la *Mufawadah* selon sa propre définition. Nous nous voyons obligés d'élaborer la définition en question selon les quatre doctrines<sup>583</sup>.

Ainsi, pour les hanafites, il s'agit d'une *Charikat* garantissant la procuration, la caution et l'égalité dans la valeur des apports, dans la gestion et dans l'endettement<sup>584</sup>. Les malikites exigent, quant à eux, dans leur définition que les associés soient en mesure de se porter garants, de mandater et de se faire mandater, à leur présence comme à leur absence<sup>585</sup>. Chez les chafiiites, les associés participent à part égale dans le capital et dans l'engagement (travail) et chacun d'eux assume les obligations de l'autre en matière d'engagement, de vente ou de garantie<sup>586</sup>. Chez les hanbalites, *Charikat Mufawadah* prend deux formes : La première exige la participation des associés dans toutes les formes de la société, telles que *Charikat al-Inan* (société à

---

<sup>581</sup> Ils ne sont pas unanimes, cependant, sur à la façon de les diviser. Ainsi, certains savants hanafites ont subdivisé ladite société en trois formes : *Charikat al-amwal* ou la société de capitaux, *Charikat al-amal* ou la société de travail et *Charikat al-wujuh* ou la société de crédit. Chacune de ces subdivisions est divisée, à son tour, en deux formes : *Mufawadah* ou l'association commerciale illimitée et la société à mandat limité, dite *Inan*.

<sup>582</sup> Al Mardawi, *Al Insaf*, *supra* note 153 à la p 5-407 ; Ibn Muflih al-Maqdissi, *Mubdi' Sharh al-Muqni'*, Beyrouth, al-Maktab al-Islami, 2000 à la p 3-5 [Ibn Muflih al-Maqdissi].

Les juristes hanbalites, par contre, distinguent deux formes de *Inan* :

- La première consiste à ce que deux associés ou plus participent au capital de ladite société tout en y travaillant ensemble. Les bénéfices sont répartis selon des conditions préétablies.
- La deuxième consiste à ce que deux associés ou plus participent au capital de ladite société, à condition qu'un seul d'eux y travaille, et que cet employé gagne plus que ce que rapporte sa mise de fonds personnelle. Dans Sobhi Diab, *supra* note 31 la p 25.

<sup>583</sup> *Ibid* aux pp 25-26.

<sup>584</sup> Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, *supra* note 572 à la p 58-6.

<sup>585</sup> Al Dasouqi, *Hashiyat Dasouqi*, *supra* note 153 à la p 3-352.

<sup>586</sup> Al Mawardi, Ali ibn Muhammad, *Hawi al-Kabir fi Fiqh al-Shafi'i*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiah, 1999 à la p 476-6 [Al Mawardi, *Hawi al-Kabir*].

mandat limité), *Charikat al-Wjuuh* (société de crédit) et *Charikat al-abdan* (société de travail). La deuxième se réfère au fait que les associés agissent comme mandataires et garants relativement à des questions telles que l'héritage ou la détention de minerais. Ils engagent leur responsabilité en ce qui concerne tant leurs parts que celles de leurs partenaires au regard des pertes, des amendes, des garanties et des cautions<sup>587</sup>.

- ***Charikat al-wjuuh* (société de crédit)** : les jurisconsultes ne sont pas unanimes quant à la définition de la société de crédit. Cependant, ils s'accordent sur une forme de celle-ci dont les partenaires n'apportent pas de mise de fonds personnels ni d'industries, mais qu'ils soient connus pour leur bonne moralité et leur honorabilité. Ils se partagent les crédits et les bénéfices<sup>588</sup>.
- ***Charikat al-abdan* (société de travail)** : Pour les chafiites et les hanbalites, *Charikat al-abdan* se réfère à une société où les partenaires contribuent à l'entreprise commune par leur propre effort sans faire aucun apport en capital<sup>589</sup>.
- ***Al Moudaraba* (société en commandite)** : Al Jarjani a décrit la *Moudaraba* comme étant la constitution d'une société dont la finalité est le profit impliquant le travail d'un des associés et la mise de fonds personnels de l'autre<sup>590</sup>.

À l'exception de la *Moudaraba* qui semble dotée de la personnalité morale et de la responsabilité limitée au profit d'un seul associé, les entreprises dans la doctrine classique n'étaient pas fondées sur la *théorie de la personne morale* mais plutôt sur le *contrat de mandat*. Dans ce cas, l'associé est considéré comme un agent pour lui-même et pour son associé. De ce fait, c'est la personne physique qui est au centre d'intérêt de droit de la faillite<sup>591</sup>. Ibrahim Warde précise cette absence sans en donner des raisons.

The central difference with Western approaches to insolvency lay in the absence, in classical Islamic law, of the notion of a separate corporate personality....<sup>592</sup>

Le même concept de la personne morale a été traité par Timur Curan dans un article intitulé « The Absence of the Corporation in Islamic Law : Origins and Persistence »<sup>593</sup>.

<sup>587</sup> Ibn Qudama, *Almoghni*, *supra* note 153 à la p 18-5.

<sup>588</sup> *Ibid* à la p 10-5; Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, *supra* note 572 à la p 5-58.

<sup>589</sup> Ibn Qudama, *Almoghni*, *supra* note 153 à la p 5-5; Al-Bahuti Mansur Ibn Yunus, *Charh mountaha al iradat*, Beyrouth, Dar al-Fikr, 1982 à la p 230-2[Al-Bahuti].

<sup>590</sup> Al Jarjani Ali ben Muhammad, *Kitab al-Ta'rifat*, Beyrouth, Dar al Kotob al Ilmiyah, 1983 à la p 218.

<sup>591</sup> Zada, Lahsasna & Saleem, « On sukuk insolvencies: a case study of East Cameron partner », *supra* note 53 à la p 32; Sobhy Diab, *supra* note 28 à la p 14.

<sup>592</sup> Warde, *Islamic Finance in the Global Economy*, *supra* note 9 à la p 2.

Ce dernier confirme l'absence de la personne morale dans la doctrine juridique islamique classique. Ce point de vue n'est cependant pas partagé par Ali Muhyi al-Din al Qura-Daghi qui affirme l'existence de la personne morale<sup>594</sup>. D'autres auteurs vont plus loin en prouvant l'existence, au côté du concept de la personne morale, du principe de la responsabilité limitée<sup>595</sup>.

Dans notre point de vue, méconnaître l'existence de la personne morale dans la doctrine classique est une aberration vue l'existence des institutions telles que le *waqf* et *beit al mal* qui ont été dotées de la personnalité juridique et de l'autonomie financière. En même temps, dire que les entreprises bénéficient de la personne morale telle qu'elle existe actuellement est inexact. Malgré l'existence de ce concept dans la doctrine islamique à l'image de *waqf*, *beit al mal* et la (la doctrine de l'esclave autorisé à faire le commerce), les entreprises ont été généralement basées sur le concept de *wakala* (mandant) et de ce fait, c'est l'individu qui a été au cœur de préoccupation des fouqahas et non l'entreprise en soi. La faillite de l'individu n'entraîne pas forcément des impacts graves sur la vie économique, sociale et culturelle comme dans le cas de groupements d'entreprises. Ces deux facteurs, à savoir l'absence de la personne morale dans l'activité économique et la focalisation des juristes sur la personne physique, ont influencé la préoccupation du droit de la faillite qui s'oriente vers la distribution des biens sur les créanciers et la conciliation extra-judiciaire.

---

<sup>593</sup> Kuran, Timur, « The Absence of the Corporation in Islamic Law: Origins and Persistence » (2005) American Journal of Comparative Law vol 53 pp 785-834.

<sup>594</sup> Al Qura-Daghi Ali Muhyi al-Din, « L'effet de la différence entre la personne physique et la personne morale dans la jurisprudence de la finance islamique contemporaine (en rabe) » (2013) cinquième conférence de Fiqh [al Qura-Daghi].

<sup>595</sup> W. Hillman Robert, « Limited Liability In Historical Perspective » (1997) 54 Wash. & Lee L. Rev 615 [Hillman]; Malik M. Hafeez, « An Analysis of Corporate Entity and Limited Liability in Islamic and Western Perspectives of Corporate Governance » (2013) International Journal of Business Economics and Law vol 2 Issue 3 (June) ISSN 2289-1552 [Hafeez]. Hasanuzzaman S.W, « Limited Liability of Shareholders: An Islamic Perspective » (1989) 28 ISLAMIC STUD 353 [Hasanuzzaman].

### 2.1.2.2 La théorisation de la liquidation, l'interdiction (al-hajr)

Jason J. Kilborn précise qu'il n'existe pas une procédure de faillite *per se* en droit islamique<sup>596</sup>, d'autres auteurs ne partagent pas cette opinion<sup>597</sup> (Awad et Michael). La procédure de la faillite commence lorsque le débiteur commet un acte de faillite, l'acte le plus couramment répété est l'état de cessation d'honneur à ses obligations au fur et à mesure de leurs échéances. Michael J.T. McMillen explique qu'un ou plusieurs créanciers peuvent déposer une plainte contre la personne en faillite auprès d'un juge (Qadi)<sup>598</sup>.

*Faillite volontaire et involontaire* : Sur ce point, Michael J.T. McMillen mentionne que la faillite est toujours une procédure involontaire dans la doctrine islamique<sup>599</sup>. Cela dit, elle résulte de l'intention d'un ou de plusieurs créanciers de mettre une personne ou une entité en faillite. À vrai dire, Monsieur McMillen n'a apporté qu'un seul avis, à savoir celui de la quasi-unanimité des juristes (malikites<sup>600</sup>, hanbalites<sup>601</sup>, chafrites<sup>602</sup>, hanafites<sup>603</sup>). Néanmoins, il existe une autre opinion au sein de l'école chafrite qui autorise la faillite volontaire, qui est une cession de biens en faveur du *Qadi* (juge) qui distribuera les biens aux créanciers selon leur rang<sup>604</sup>. L'école chafrite autorise aussi au juge de mener une enquête sans demande déposée de mise en faillite si les créanciers sont en tutelle. De même, s'il s'agit d'un *waqf* (équivalent de la fiducie), il peut entamer la procédure à condition que le tuteur ou le *waqif* ne l'ait pas fait lui-même<sup>605</sup>.

*Procédure de faillite* : Awad et Michael expliquent que lorsqu'un ou plusieurs créanciers déposent une requête en faillite auprès d'un juge (*Qadi*), le créancier doit premièrement justifier qu'il détient une créance auprès du débiteur et deuxièmement, établir que ce

---

<sup>596</sup> Kilborn, « Foundations », *supra* note 35 à la p 17.

<sup>597</sup> Awad & Michael, *supra* note 32 à la p 988; McMillen, « An Introduction » *supra* note 32 à la p 4.

<sup>598</sup> Awad & Michael, *supra* note 32 à la p 343; McMillen, « An Introduction » *supra* note 32 à la p 4.

<sup>599</sup> McMillen, « An Introduction » *supra* note 32 à la p 4.

<sup>600</sup> Al Dasouqi, *Hashiyat Dasouqi*, *supra* note 153 à la p 3-264.

<sup>601</sup> Al-Bahuti, *Kashshaf al-qina'*, *supra* note 153 à la p 423-3.

<sup>602</sup> Al-Haytami, *Tuhfat Ul Muhtâj*, *supra* note 153 à la p 123-5.

<sup>603</sup> Al-Sarakhsi, *Al-Mabsut*, *supra* note 153 à la p 164-24.

<sup>604</sup> Al-Ramli Shams al-Din, *Nihayat al-muhtaj*, *supra* note 153 à la p 315-4; Al Mardawi, *Al Insaf*, *supra* note 153 à la p 282-5.

<sup>605</sup> Al-Ramli, *Nihayat al-muhtaj*, *supra* note 153 à la p 314-4; Al-Haytami, *Tuhfat Ul Muhtâj*, *supra* note 153 à la p 123-5.

dernier a cessé de s'acquitter de ses obligations à leurs échéances. Par la suite, le juge évaluera la situation financière du débiteur afin de déterminer s'il est capable de s'acquitter de ses dettes à l'échéance sans que ses engagements ne dépassent ses actifs. Dans le cas contraire, les dispositions de la mise en faillite vont être appliquées<sup>606</sup>. L'une des premières dispositions est la mise sous tutelle (*al-hajr*). Toutefois, il faut signaler que (*al-hajr*) n'est pas une action qui peut être faite immédiatement. En effet, la médiation ou l'arbitrage est une étape préliminaire qui doit être respectée afin de s'assurer que l'ensemble de la procédure se déroule correctement.

*La mise sous tutelle (al-hajr)* : il s'agit d'imposer des restrictions à une personne dite irresponsable d'un point de vue religieux quant à l'exploitation d'une propriété<sup>607</sup>. *Al-hajr* a pour effet de geler les avoirs du débiteur jusqu'à nouvel ordre par le tribunal, une procédure semblable à la mise en tutelle en vertu de *Loi sur la faillite et l'insolvabilité au Canada*<sup>608</sup>.

*Al-hajr* agit comme une injonction préliminaire immédiate interdisant au débiteur de gérer, de disposer ou de grever ses biens. Quatre conséquences juridiques selon Ibn Qudama découlent d'*al-hajr*<sup>609</sup> :

- Les droits du créancier s'attachent aux biens du débiteur.
- Interdiction au débiteur de disposer ou de gérer ses biens.
- Le plein droit du débiteur de récupérer son bien trouvé dans l'inventaire.
- La liquidation des biens du débiteur pour satisfaire les dettes des créanciers.

Les avis sont partagés sur *al-hajr*. La majorité légalise cette procédure en se basant sur une affaire où le prophète a empêché Mo'ad Ibn Jabal de disposer de ses biens avant de les liquider tous<sup>610</sup>.

Abou Hanifa s'oppose à la pratique d'*al-hajr* car il considère qu'elle ne s'aligne pas avec les droits de l'homme. Selon lui, une telle interdiction déshonore le débiteur et le prive de son humanité voire même le dégrade au rang des animaux, ce qui provoque des

---

<sup>606</sup> Awad & Michael, *supra* note 32 à la p 988.

<sup>607</sup> Al Dasouqi, *Hashiyat Dasouqi*, *supra* note 153 à la p 3-292 ; Illich, *Charh Moukhtasar Khalil*, *supra* note 153 à la p 292-3.

<sup>608</sup> *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (L.R.C. (1985), ch. B-3) art 49 (1).

<sup>609</sup> Ibn Qudama, *Almoghni*, *supra* note 153 à la p 265-4.

<sup>610</sup> Al-Bayhaqi, n° 10958 à la p 6-48 ; Al-Nishaburi, *Al-Mustadrak*, *supra* note 153 à la p 310-4.

préjudices immenses non justifiés<sup>611</sup>. Cela dit, selon Abou Hanifa, la protection d'intérêts des créanciers est une protection d'un préjudice privé qui ne doit pas être repoussé par un préjudice public, celui de la protection de la personnalité humaine<sup>612</sup>. Il se base sur une règle qui précise que le préjudice public soit repoussé par le préjudice privé, et non l'inverse. Il opte plutôt pour l'emprisonnement du débiteur<sup>613</sup>. Abou Hanifa a été critiqué par Ibn Hazm. Ce dernier réfute l'emprisonnement du débiteur dans la mesure où les autorités ont la capacité de lui faire payer avec équité. Cela constitue, selon lui, une injustice tant pour le débiteur que pour ses créanciers et il contredit la volonté de Dieu et de son prophète. Il précise que le prophète n'a jamais eu de prison et que Ali Ibn Abi Taleb rapporte « emprisonner une personne en sachant qu'elle est endettée est une injustice »<sup>614</sup>.

D'autres mesures peuvent être menées comme l'interdiction de voyage, *molazama* (sorte de droit de suite), l'emprisonnement et *mo'ajara* (le faire travailler)<sup>615</sup>.

### 2.1.2.3 Redressement des entreprises : règlement extrajudiciaire des différends

À l'exception du juge Chorayh qui a limité la portée du verset « À celui qui est dans la gêne, accorder un sursis jusqu'à ce qu'il soit dans l'aisance... »<sup>616</sup> à l'application aux seules transactions usuraires et a ordonné l'emprisonnement de la personne en difficulté en raison que le Coran a ordonné de remplir les engagements, la majorité des fouqahas classiques considèrent que la portée de ce verset est générale et s'applique à toutes les transactions<sup>617</sup>. Cependant, celle-ci considère que tous les *hadiths* du prophète liés à la faillite sont des interventions de conciliation qui ont été faites dans le cadre de l'arbitrage

---

<sup>611</sup> Ibn Nujaym, *Al Bahr Ar Raiq*, *supra* note 153 à la p 8-436 ; Al-Zayla'I, *supra* note 153 à la p 377-5 ; Ben Hammam Kamal al-Din, *supra* note 153 à la p 9-359.

<sup>612</sup> *Ibid* ; Tyan, *supra* note 31 aux pp 147-148.

<sup>613</sup> Al-Suyuti, *al-Achbah wa n-Nadha-ir*, *supra* note 154 à la p 1-86.

<sup>614</sup> Ibn Hazm, *supra* note 153 à la p 6-475.

<sup>615</sup> Awad & Michael, aux pp 997-999 ; Tyan, *supra* note 31 aux pp 145-147.

<sup>616</sup> Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 280; Al-Qurtubi, *supra* note 531 à la p 3-338 ; Al-Tabary, *supra* note 521 à la p 6-29.

<sup>617</sup> Al-Tabary, *supra* note 521 à la p 6-29.

et de la médiation<sup>618</sup>. Selon cette posture, le prophète n'a pas agi en tant que juge mais plutôt comme un conciliateur. Cette vision peut apparaître raisonnable dans certaines mesures puisque les cas liés à la faillite révèlent certaines ambiguïtés et laissent, par conséquent, une brèche à la divergence dans l'interprétation. En revanche, ce courant de pensée n'est pas à l'abri de certaines critiques.

Si on considère les actes du prophète comme des tentatives de conciliation, il est opportun de se demander pourquoi certains juristes attribuent aux suggestions du prophète un caractère obligatoire comme dans cet exemple lorsqu'il dit dans **l'affaire III** : (Levez-vous et payez-le ou Paie le maintenant). Ceci est interprété par certains juristes comme un ordre à caractère obligatoire car lorsque le créancier a obéi à faire la remise, le débiteur devait hâter le remboursement de sa dette<sup>619</sup>. Or, le rôle du conciliateur est de s'assurer que les discussions se dérouleront correctement afin d'arriver à une entente raisonnable et acceptable. Toutefois, le conciliateur n'a aucun pouvoir décisionnel ou de contrainte.

Deuxièmement, il s'agit de déterminer quels sont les critères objectifs qu'on peut utiliser pour faire la distinction entre une affaire de conciliation et une affaire judiciaire. Parfois, il existe certaines circonstances qui peuvent démontrer le contraire : c'est-à-dire qu'il s'agit d'une affaire judiciaire (**Affaire II** : les deux ont été présentés afin de résoudre le problème (*taqadaw*)). Cependant, les juristes l'incluent dans le cadre de la conciliation.

Enfin, dans l'absence des séparations des pouvoirs à la phase prophétique, les actes du prophète peuvent rentrer dans son pouvoir exécutif, législatif ou de *fatwa* (avis juridique). Le prophète a été Imam (pouvoir exécutif), juge et conseiller et chaque qualité a ses spécificités<sup>620</sup>. La distinction entre les trois pouvoirs a été dans la pensée des compagnons du prophète mais la théorisation a été conçue par un certain Az-dine Abdessalam et

---

<sup>618</sup> Al-Qutubi, *Al-Mufhim Lima Ashkala Min Talkhees Kitaab Muslim*, Damas, Dar ibn Kathir, 1996 à la p 4-429, 4-428, 4-426 ; Al-'Asqalani, *Fath al-bari : sharh al-Bukhari*, *supra* note 531 à la p 5-366 ; An-Nawawi, *Sahih muslim : sharh Al-Imam An-Nawawi*, Beyrouth, Dar Al-Khair, 1996 à la p 10-196

<sup>619</sup> Al-Shawkani, *Nayl al-awtar*, *supra* note 571 à la p 8-319. Dans les notes de bas de page (hachiya), l'auteur a cité l'avis d'Abou Hanifa, Malik et Chafii à cet égard.

<sup>620</sup> Abdulmohsen Alrayes, *Les actions du Prophète entre l'Imamat, le pouvoir judiciaire et la fatwa*, Riyadh, Majallat al-Jam'iyah al-Fiqhiyah al-Sa'udiyyah, 2013 [Abdulmohsen Alrayes].

Shihab al-Din al-Qarafi<sup>621</sup>. Ce dernier a été l'initiateur de l'étude la distinction entre les actes de prophète. Dans cette optique, il précise que la décision judiciaire peut faire l'objet d'un appel ou d'un examen dans le cas où l'on découvre la nullité du fondement de la décision. En revanche, la *fatwa* ne le peut pas mais celle-ci peut être abrogée contrairement à la décision judiciaire. Tant qu'à l'exécutif, il peut modifier sa décision en fonction de l'intérêt dominant ou privé sujet au changement. À cet effet, les compagnons ont discuté avec le prophète sur certains points qui rentrent dans son pouvoir exécutif. Par contre, ils n'ont pas fait ça dans les autres types de pouvoirs<sup>622</sup>. Il est à noter aussi que certaines actions émises par le prophète en vertu des politiques légales relatives à des intérêts partiels ont fait l'objet de révision par les Califes lorsque ces intérêts ont changé<sup>623</sup>. À titre d'exemple, le prophète a interdit d'accueillir les chameaux perdus et a dit à l'interlocuteur : « Laissez-la avec sa nourriture et son eau, rendez l'eau et mangez même les arbres jusqu'à ce que son propriétaire la trouve »<sup>624</sup>. En revanche, le Califat Othman a ordonné de prendre les chameaux, les vendre et d'économiser leur prix jusqu'à ce que leur propriétaire arrive. De même, Ali, le quatrième Califat a construit un abri pour les chameaux perdus dans lequel ils sont nourris jusqu'à la manifestation d'un potentiel propriétaire<sup>625</sup>.

Ainsi, nous pouvons tirer la conclusion suivante : malgré des situations similaires, les différents Imams ont pris des mesures différentes du prophète puisqu'ils savent que ces décisions rentrent dans le cadre de son pouvoir exécutif prenant ainsi en compte leur propre contexte. Il existe d'autres affaires appuyant cette thèse comme la question de la détermination du prix sur le marché, le droit de la femme d'utiliser les biens de son mari ou encore l'autorisation de construction sur une terre<sup>626</sup>. Dans cette optique, il apparaît clairement que la détermination du pouvoir compétent en matière de faillite est une question qui mérite de nombreuses recherches.

---

<sup>621</sup> *Ibid* à la p 460.

<sup>622</sup> *Ibid* aux pp 462-464.

<sup>623</sup> *Ibid* à la p 464.

<sup>624</sup> Al-Bukhari, n° 2306 à la p 859-2; Muslim, n°1722 à la p 1346-3 ; Al-Bayhaqi, n° 7460, à la p 353-4.

<sup>625</sup> Abdulmohsen Alrayes, *supra* note 620 aux pp 464-465.

<sup>626</sup> *Ibid* aux pp (483-484) (378-380) (474-476).

### 2.1.3 L'exception : waqf, réflexion à part entière

Comme il a déjà été mentionné plus haut, le contexte économique et l'absence de la personne morale étaient, selon notre opinion, deux facteurs qui n'ont pas aidé au développement du volet du redressement. Une exception consiste dans l'institution de *waqf* qui a été dotée de la personnalité juridique. Les crises subies par cette institution dans une période historique ont poussé la doctrine à trouver des solutions aux problèmes auxquels elle fait face.

Ainsi, dans un premier point, nous allons présenter cette institution de *waqf* (2.1.3.1). Puis, dans un deuxième temps, nous allons traiter les solutions proposées par les jurisconsultes afin de sauver la faillite du *waqf* (2.1.3.2).

Après avoir présenté les phases de l'évolution du droit de la faillite en doctrine islamique, nous allons procéder, dans une section qui suit, à un survol des outils de la réorganisation.

#### 2.1.3.1 Waqf : de quoi parle-t-on ?

Le *waqf* est une institution juridique qui trouve ses racines dans un *hadith* de prophète qui prévoit une directive de l'immobilisation d'un fond de sorte qu'il ne soit ni donné ni vendu et que son revenu revienne à l'aumône. Il s'agit « d'un bien placé hors de la sphère du commerce et est à l'abri de toute aliénation en raison de sa finalité d'intérêt général »<sup>627</sup>.

« On raconte que Omar Ibn El Khettab aurait demandé au prophète de qu'il pouvait faire de sa terre pour être agréable à Dieu. Le prophète aurait répondu : « immobilises-la de façon à ce qu'elle ne puisse être ni vendue, ni donnée, ni transmise en héritage et distribues-en les revenus aux pauvres »<sup>628</sup>.

---

<sup>627</sup> Khalfoune Tahar, « Le Habous, le domaine public et le trust » (2005) Revue internationale de droit comparé 57-2 pp 441-470 à la p 444 [Tahar Khalfoune] ; Layachi Feddad « AL FIQH –WAQF : Présentation des différents aspects fiqhistes du Waqf » dans Boualem Bendjilali dir., *La Zakat et le Waqf : Aspects historiques, juridiques, institutionnels et économiques*, Djeddah, IIRF- BID, 1997 aux pp 236-238 [Layachi Feddad]. L'auteur a cité la définition de waqf de toutes les écoles juridiques.

<sup>628</sup> Al-Boukhari, n° 6329 à la p 2466-6; Muslim, n°1633 à la p 1256-3 ; Al-Tirmidhi, n° 1375 à la p 659-3. Al-Nasa'i, n° 3599 à la p 231-6 ; Ibn Majah, n°: 2396 à la p 801-2; Abou Dawoud, n° 2878 à la 117-3.

Dans cette perspective, le *waqf* ressemble au trust dans les pays anglo-saxons et la fiducie dans les pays de droit civil<sup>629</sup>. Son fondement juridique repose sur un *hadith* prophétique. Par la suite, cette directive du prophète a été développée et systématisée par la doctrine au deuxième siècle de l'hégire<sup>630</sup>. Il comprenait les différents aspects de la vie dont les universités, les hôpitaux, *waqf* pour les animaux voire même *waqf* sur les vaisseaux brisés par les femmes de chambre pour qu'elles ne soient pas punies<sup>631</sup>.

L'analyse des sentences des jurisconsultes, relativement à la gestion patrimoniale d'un *waqf*, atteste que ces derniers l'ont traité comme une entité juridique distincte de ces gestionnaires et lui ont attribué certaines caractéristiques similaires à celles des personnes physiques.

C'est une entité dotée de la personnalité juridique indépendante et autonome à la fois de son initiateur et de son administrateur (*nadhir*) et possède des droits et des obligations, un patrimoine propre ainsi que la capacité d'agir en justice ou de conclure des contrats<sup>632</sup>.

Il ne fait aucun doute qu'investir les fonds de waqf conduit à préserver l'argent de ce dernier afin qu'il ne soit pas consommé par les dépenses et cela contribue aussi à atteindre les objectifs sociaux, économiques et éducatifs<sup>633</sup>.

Ce dernier a été géré par plusieurs contrats dont (majoritairement) le contrat de louage<sup>634</sup>. La location de waqf et l'utilisation de son bail font l'objet d'un accord entre les jurisconsultes mais ils divergeaient dans certains détails en termes de durée du bail et de rémunération de celui-ci<sup>635</sup>.

---

<sup>629</sup> Voir Hamoudi, *Islamic law in modern courts*, *supra* note 501 à la p 533; Cattan Henry, "the law of Waqf", in Majid Khadduri dir, *Law in the middle East*, Herbert J Liebesny, Washington, D.C. The Middle East Institute, 1955 203-221 à la p 212; Makdisi, *The rise of colleges: institutions of learning in Islam and the West*, *supra* note 158 à la p 227.

<sup>630</sup> Tahar Khalfoune, « Le Habous, le domaine public et le trust » *supra* note 627 à la p 444.

<sup>631</sup> Layachi Feddad « AL FIQH –WAQF : Présentation des différents aspects fiqhistes du Waqf », *supra* note 627 aux pp 241-243.

<sup>632</sup> Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, *supra* note 572 à la p 220-6 ; Layachi Feddad, « AL FIQH –WAQF : Présentation des différents aspects fiqhistes du Waqf » *supra* note 627 aux pp 254-255.

<sup>633</sup> Al-Qara Daghi, Ali Mohieddin, « Développement des ressources de waqf par l'investissement » dans *Journal de l'Académie islamique du Fiqh de l'Organisation de la Conférence islamique*, Djeddah, -, [Al-Qara Daghi, « Développement des ressources de waqf par l'investissement »].

<sup>634</sup> *Ibid* à la p 475-13.

<sup>635</sup> *Ibid*.

### 2.1.3.2 Waqf : contrat de louage et solutions en cas de faillite

Face aux difficultés connues par certaines institutions de *waqf*, les jurisconsultes ont été obligés d'entreprendre certaines réflexions hors du son cadre conceptuel.

Ils se sont basés sur certains concepts propres à la personne physique à savoir : la « nécessité et le besoin ». Pour la nécessité, il s'agit d'une situation obligeant le recours à l'interdit, de sorte que la personne qui le commet soit convaincue qu'il s'agit de l'unique moyen pour éviter sa ruine ou tout dommage corporel grave. Ceux-ci ont été à l'origine d'un certain nombre de dictons dans les règles doctrinales dont « l'occasion fait le larron » et « les nécessités doivent rester proportionnelles ». Concernant le besoin, il se manifeste lorsque la personne risque d'atteindre un état d'embarras et de gêne si elle ne commet pas l'interdit. En d'autres termes : le fait d'éviter l'interdiction provoque l'embarras et la gêne engendrant le discrédit d'un des intérêts considérés légalement. D'un point de vue légal, elle a le même statut que la nécessité et justifie le recours à l'interdit, soit public ou privé<sup>636</sup>.

En somme, de ces deux principes vont découler des alternatives du contrat de louage classique : ce sont le louage par deux paiements et le droit de décider.

#### 2.1.3.2.1 Louage par deux paiements

À cet égard, suite aux incendies qui ont ravagé de nombreuses propriétés de *waqf* à Istanbul dans l'an 1020 AH<sup>637</sup> et dont les fruits des terres ont été insuffisants par rapport aux coûts de la rénovation, personne ne voulait les louer, même à moindre coût. Afin de maintenir l'existence de cette institution et de réaliser les buts sociaux, culturels ou économiques pour lesquels elle a été créée, les jurisconsultes de l'époque n'ont pas imité les réflexions de leurs prédécesseurs dans le cadre de contrat de louage. Au contraire, ils

---

<sup>636</sup> Nazih Hammad, « L'impact de la différence entre la personnalité physique et la personnalité morale dans les dispositions jurisprudentielles des évolutions bancaires islamique » (2013) 5th Shura fiqh conference Koweït, aux pp 250-251 [Nazih Hammad].

<sup>637</sup> L'équivalent de 1612 « apr. J.-C. ».

ont concilié ses dispositions (le contrat de louage) avec lesdites notions : la nécessité et le besoin. À cet effet, les juristes ont proposé que le contrat de louage passe sur le bien détérioré contre deux paiements, sous les auspices de l'autorité judiciaire : le premier paiement anticipé équivaut à la somme du bien donné à l'administrateur afin de rénover le bien ainsi qu'une somme minimale annuelle. Toutefois, il faut signaler que le contrat se renouvelle chaque année et que la longue durée du contrat permet au contractant de récupérer la somme du premier paiement<sup>638</sup>.

Ce type de contrat a été élaboré pour sortir de cette impasse. Certains juristes hanafites l'ont alors légalisé en dépit de son incompatibilité avec les règles principales du *waqf* et ce en partant du principe que le besoin collectif nécessite le recours à l'interdit.

#### 2.1.3.2.2 Hikr ou le droit de décider

Un autre cas est celui de la location perpétuelle auquel l'Imam Mohamed Taher Ben Achour a fait référence lors de son traitement du concept de la permission. Cette location perpétuelle a été autorisée en terres de *waqf* par les juristes de l'Andalousie comme Ibn Siraj et Ibn Mandour à la fin du IXe siècle<sup>639</sup>. Ce genre de solutions a émergé dans un contexte où les gens avaient renoncé à louer des terres cultivables en raison de l'effort et des dépenses qu'elles exigent. Une raison de la renonciation est celle de la courte durée de location des terres de *waqf* et le refus du constructeur ou du planteur de construire ou de planter ce qui devrait être arraché plus tard. Ibn Siraj et Ibn Mandhour ont donc émis une fatwa (sentence religieuse) autorisant la location perpétuelle desdites terres car l'incertitude (*gharar*) est absente dans ladite location, puisqu'elle est durable<sup>640</sup>. Les Égyptiens ont emboîté le pas au Xe siècle et ce par le biais d'une fatwa de Nasser al-Din al-Laqqani concernant le monopole des fondations pieuses (*awqaf*). Ce fut le cas en

---

<sup>638</sup>Nazih Hammad, « L'impact de la différence entre la personnalité physique et la personnalité morale dans les dispositions jurisprudentielles des évolutions bancaires islamique », *supra* note 636 à la p 251; Al-Qara Daghi, « Développement des ressources de waqf par l'investissement », *supra* note 633 à la p 480-13.

<sup>639</sup> Ben Achour Mohamed Tahar, *Maqassid ach-Chari'ah al-Islamiyyah*, Koweït, le ministère des Awqaf et des affaires islamiques au Koweït, 2004 à la p 3-359.

<sup>640</sup> Nazih Hammad, « L'impact de la différence entre la personnalité physique et la personnalité morale dans les dispositions jurisprudentielles des évolutions bancaires islamique », *supra* note 636 à la p 252.

Tunisie, dans le cadre des contrats appelés *Nasbah* et *Kholou* et auxquels *al inzal* sera attaché plus tard. Ces mêmes contrats sont qualifiés de *Jalssa* et *Jaza'a* à Fès au Maroc<sup>641</sup>.

## 2.2 Les outils de la réorganisation

Malgré l'hypothèse de non-existence du redressement dans la doctrine islamique, on retrace la présence de concepts qui peuvent être utiles pour la restructuration des entreprises en difficulté. Certains tirent leur origine du Coran comme la *zakat* et la remise de dettes alors que d'autres proviennent de la Sunna comme la cession de *dayn* (dette et créance).

Ainsi, dans un premier point, nous allons traiter le concept de la *zakat* (2.2.1). Un deuxième point sera consacré à la cession de dettes (*hawala*) (2.2.2). Enfin, nous analyserons la remise de dette (*al ibra'*) (2.2.3).

### 2.2.1 La *zakat* : peut-elle être considérée comme un outil de financement

Les mécanismes de lutte contre la pauvreté et l'injustice sociale dans les pays et communautés musulmanes peuvent se réaliser à travers le don (*hiba*), l'aumône (*sadaqua*) et des actes qui peuvent être accomplis à la guise de l'individu. La *zakat* s'inscrit dans cette perspective mais avec une exception : celle de son caractère obligatoire.

La *zakat* est le troisième pilier de l'Islam. Elle trouve son origine dans le Coran<sup>642</sup> et la Sunna<sup>643</sup>. Toutefois, il faut distinguer *zakat al-Mal*, qui fait l'objet de notre champ

---

<sup>641</sup> *Ibid* à la p 252.

<sup>642</sup> Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset (43,110); La polémique, 58; Les femmes (77-162) ; La lumière (19) ; les Coalises (33) ; La plaideuse (58) ; Couverture (20), La génisse (83, 177, 277) ; La Table (12,55) ; les Limbes (7) ; Le Repentir (5,11,71) ; Les prophètes (21) ; le Pèlerinage (41), La lumière (37), les Fourmis (3), Lucman (4) ; Les Détaillés (7) ; la Preuve (5).

d'étude, de *zakat al-Fitr* versée à l'occasion de la fête suivant le mois de Ramadan dont le but est de permettre au bénéficiaire de fêter dignement la fin du jeûne<sup>644</sup>. Le Coran contient plus de trente versets concernant la *zakat* et l'obligation de s'en acquitter<sup>645</sup>. La *zakat* est un terme qui existe dans la langue arabe avant l'arrivée de l'islam. Un autre avis dit que ce terme n'ait pas d'origine dans la langue arabe et qu'il est connu dans le cadre de l'avènement de l'islam<sup>646</sup>. En langue arabe, le terme *zakat* possède plusieurs significations : il signifie à la fois la croissance, l'augmentation et la purification<sup>647</sup>. Le Coran emploie diverses terminologies pour désigner ce terme. Le *haq* (droit), *sadaqah* (charité, aumône) et *infaq* (dépense) sont employés à titre de synonymes au terme *zakat*<sup>648</sup>.

Ni le Coran ni la Sunna n'ont donné une définition à la *zakat*, c'est la doctrine qui s'en est occupée. Néanmoins, il existe plusieurs définitions à ce concept selon les différentes écoles. Ainsi, les hanafites précisent que la *zakat* est la « mise à disposition d'une partie de bien déterminé d'un bien déterminé à une personne spécifique nommé par le législateur pour l'amour de Dieu »<sup>649</sup>. Pour les malikites : la *zakat* concerne une partie des

<sup>643</sup> Al-Bukhari, n° 8 à la p 11-1; Muslim, n° 1315 à la p 43-1. « L'islam est fondé sur cinq : la *Chahada* (attestation), l'institution de la prière, le don de la Zakat, le pèlerinage à la Mecque et le jeûne du mois de Ramadan »; « Ibn Abbas raconte que le prophète a envoyé Mo'ad au Yémen et lui a dit 'Tu les invétéreras à reconnaître qu'il n'y a de Dieu qu'Allah et que Mohamed est son Prophète, s'ils acceptent, tu les informeras qu'Allah a institué cinq prières dans la journée, s'ils acceptent, tu les informeras qu'Allah leur a imposé une charité prise dans les biens de leurs riches pour être restituée à leur pauvres », Al-Bukhari, n° 4090 à la p 1580-4; Ibn Hanbal, *Musnad*, *supra* note 549 n° 21595, à la 442-5.

<sup>644</sup> Youala Ali, « Le fonctionnement du système zakataire: L'assiette » dans Boualem Bendjilali dir., *Les Sciences de la Chari'a pour les Economistes*, Djeddah, IIRF- BID, 2001, aux pp 390-391 [Youala, « Le fonctionnement du système zakataire: L'assiette »] ; El Sharkawy Nourhan, « La charité islamique : un levier innovant pour le financement du développement ? » (2015) Université Paris-Dauphine à la p 10.

<sup>645</sup> Al Qaradawi Yusuf, *Fiqh Al Zakah : Une étude comparative de la Zakah, des règlements et de la philosophie à la lumière du Coran et de la Sunnah*, Beyrouth, Moasasat al-Risala, 1973 à la p 42 [Al Qaradawi, *Fiqh Al Zakah*].

<sup>646</sup> *Ibid* à la p 38.

<sup>647</sup> À titre d'exemple, le verset « Par quoi tu les purifies », Coran, sourate 9 : At-Tawbah (Le repentir), verset (103).

<sup>648</sup> Youala Ali, « L'application de la Zakat au temps du Prophète (S) et des quatre califes (r) » dans Boualem Bendjilali, *La Zakat et le Waqf : Aspects historiques, juridiques, institutionnels et économiques*, Djeddah, IDBI, 1998 à la p 64 [Youala].

<sup>649</sup> Al-Maydani 'Abd al-Ghani al-Ghunaymi, *al-Lubab fi sharh al-kitab*, Beyrouth, Al maktaba al-ilmiyah,-, à la p 1-136. Dans ce courant voir aussi Al-Baabarti Muḥammad ibn Maḥmūd Akmal al-Dīn, *al-'Ināyah sharḥ al-hidāyah : hamich fath al-Qadir*, Beyrouth, Dar Al-Fikr, à la p 2-153. Ibn Abidin, *Radd al-*

biens à condition que ceux-ci aient atteint le *nissab* (l'assiette)<sup>650</sup>. Les chafiites considèrent que la *zakat* est la désignation de ce qu'on donne d'un bien ou d'un troupeau en particulier<sup>651</sup>. Les hanbalites considèrent qu'elle désigne un don particulier avec des caractéristiques particulières d'un bien particulier pour des personnes particulières<sup>652</sup>. À partir de ces définitions, les écoles juridiques posent cinq critères précis : l'assujetti ou le contribuable, le bénéficiaire, la nature des biens imposables, le *nissab* (l'assiette) et le *hawl* (la périodicité : une année lunaire). À cet effet, la *zakat* est l'aumône obligatoire annuelle versée par chaque musulman (généralement) à hauteur de 2,5% de la somme de sa richesse si celle-ci atteint le seuil imposable maintenu pendant au moins une année ou un droit destiné à huit catégories déterminées, prélevée dans le surplus des personnes ayant atteint un seuil déterminé. La *zakat* constitue le premier prélèvement financier basé sur des règles scientifiques comparables aux règles d'imposition des législations fiscales contemporaines<sup>653</sup>.

Le Coran a fixé les principes généraux et la Sunna, dans le même registre, a pris le soin d'en déduire les solutions pratiques et d'apporter des compléments<sup>654</sup> sauf pour les bénéficiaires qui sont clairement mentionnés dans la première source de législation<sup>655</sup>. Le Coran a déterminé lui-même les catégories qui peuvent en bénéficier : parmi eux, on trouve *al gharimin* (les débiteurs ou endettés) Plusieurs questions peuvent être posées par rapport à cette catégorie : celle de savoir si le débiteur (*gharim*) concerné dans cette catégorie est un failli ou une personne en difficulté ? Une personne physique ou une

---

*Muhtar*, supra note 153 à la p 2-256; Al-Shurunbalaali Hasan bin Ammar bin Al-Hanafî, *Maraqî Al Falah bi Imdaad Al Fatah Sharh Nur Al idah Wa Najat Al Arwah*, 1er éd., Tripoli, Al Matba'a al Asriya, à la p 271.

<sup>650</sup> Al-Mawwaq al-Maliki, *At-Taj wa al-Iklil li Mukhtasar Khalil*, Dar Al Kotob Al ilmiyah, 1994 à la p 2-3 ;

<sup>651</sup> Al-Haytami, *Tuhfat Ul Muhtâj*, supra note 153 à la p 3-209 ; Al-Ramli, *Nihayat al-muhtaj*, supra note 153 à la p 3-43.

<sup>652</sup> Ibn Muflih al-Maqdissi, supra note 582 à la 11-122 ; dans le même courant : Ibn Qudama, *Almoghni*, supra note 153 à la p 2-228.

<sup>653</sup> Pranam Dhar, «Zakat as a Measure of Social Justice in Islamic Finance: An Accountant's Overview» (2013) *Journal of Emerging Economies and Islamic Research* vol 1 n° 1 aux 72-73 [Pranam Dhar]. <<https://core.ac.uk/download/pdf/328805993.pdf>>.

<sup>654</sup> Al Qaradawi, *Fiqh Al Zakah*, supra note 645 à la p 70.

<sup>655</sup> Coran, sourate 60 : At-Tawbah (Le repentir), verset 9.

personne morale ? L'entreprise en difficulté peut-elle être considéré comme un *gharim*, et par conséquent, bénéficie de la zakat ?

Plusieurs auteurs ont détaillé la signification de ces huit catégories. Dans ce travail de recherche, nous nous pencherons sur trois points : le premier est relatif à l'état des lieux de la catégorie des endettés, le deuxième concerne la possibilité d'affecter les fonds *zakataires* aux entreprises en difficulté. Enfin, le troisième point n'est autre que nos propositions à cet égard.

### 2.2.1.1 Les débiteurs : une catégorie à part entière

Les attributaires de la *zakat* sont au nombre de huit à savoir : les besogneux, les pauvres, les collecteurs, les sympathisants (littéralement : ceux dont les cœurs sont à gagner), l'affranchissement des jongs (les esclaves), les endettés, pour la cause de Dieu et le voyageur. La littérature a détaillé la signification de ces huit catégories<sup>656</sup>. De ce fait, nous allons nous concentrer sur la signification du débiteur.

*Al gharimin* c'est le pluriel de *gharim*, c'est celui qui est endetté. Le terme *gharim* peut signifier le créancier et le débiteur. En langue arabe, on dit *ghorm* pour indiquer une perte<sup>657</sup>. Ainsi, le *gharim* est le débiteur incapable d'honorer ses engagements. Les fouqahas différencient entre trois catégories d'endettés :

La première catégorie se constitue des endettés pour leur propre intérêt. Cette catégorie est elle-même divisée en deux :

- Le premier cas, celui qui contracte une dette pour son propre intérêt. À titre d'exemple, celui qui a emprunté de l'argent pour construire une maison ou acheter un meuble ou pour dédommager autrui suite à un incident<sup>658</sup>.

---

<sup>656</sup> Layachi Feddad, « fiqh zakat : les biens zakataires » dans Boualem Bendjilali dir., *La Zakat et le Waqf : Aspects historiques, juridiques, institutionnels et économiques*, Djeddah, IIRF- BID, 1997 aux pp 45-58 [Layachi Feddad, « fiqh zakat : les biens zakataires »].

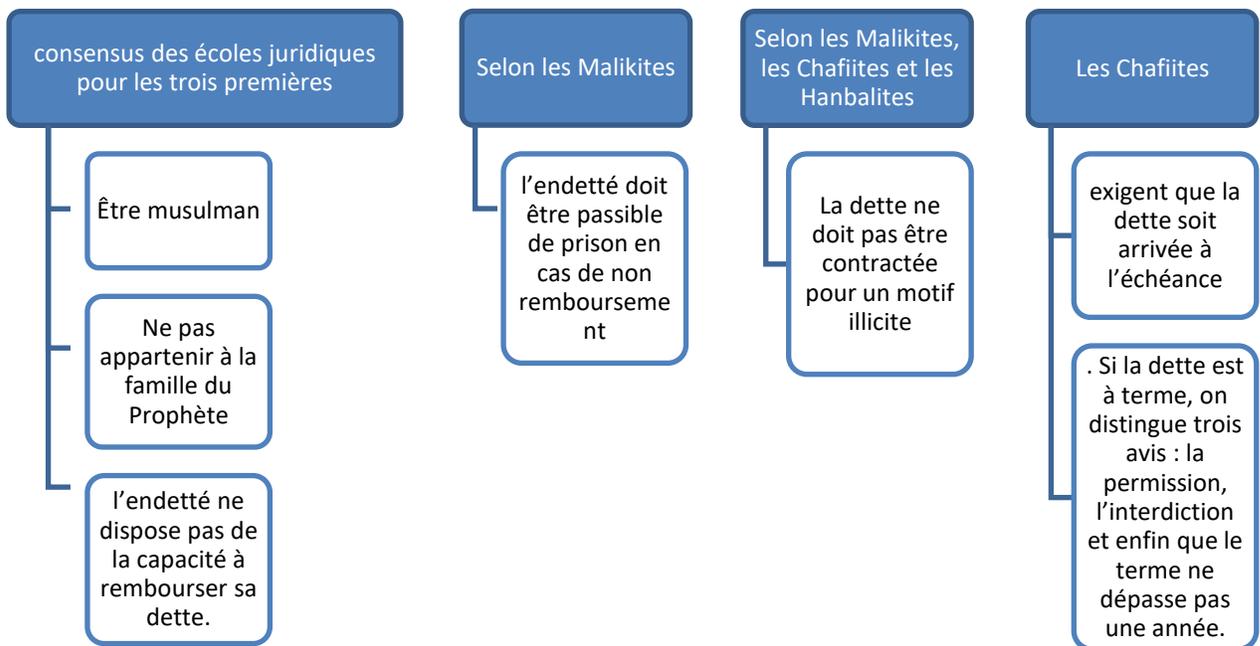
<sup>657</sup> Al Qaradawi, *Fiqh Al Zakah*, *supra* note 645 à la p 622.

<sup>658</sup> *Ibid* à la p 623.

- Le deuxième concerne les gens qui ont subi une catastrophe de la vie ne dépendant pas de leur volonté, comme une pandémie qui a ravagé leurs biens, et par conséquent, ont été obligés d'emprunter de l'argent<sup>659</sup>.

Ceux-ci n'ouvrent pas droit à la *zakat* sauf s'ils remplissent les conditions suivantes :

Figure 3 : Les endettés pour leur propre intérêt : conditions à remplir pour bénéficier de la *zakat*



La deuxième catégorie concerne celui qui s'endette pour la réconciliation entre deux parties. Selon les chafiites et les hanbalites, les bénéficiaires de cette catégorie disposent du droit à la *zakat* sans prendre en considération leur situation financière parce que la dette est contractée pour un objectif précis, à savoir la réconciliation. Pour étayer ces propos, ils se basent sur un *hadith* dans lequel le prophète autorise la quête dans trois cas dont la réconciliation. Au contraire, les hanafites exigent l'impossibilité de rembourser la dette pour permettre au réconciliateur de bénéficier de cette *zakat*. Ainsi, elle est conditionnée par les moyens financiers du réconciliateur<sup>660</sup>.

<sup>659</sup> *Ibid* aux pp 623-624.

<sup>660</sup> *Ibid*, aux pp 630 et suiv; Layachi Feddad « fiqh al-zakat les bénéficiaires de la zakat », *supra* note 656 à la p52.

La troisième catégorie inclut l'endetté pour cause de cautionnement. Pour cette catégorie, les chafrites exigent que la caution ainsi que le débiteur se trouvent en situation difficile. Dans le cas contraire : si l'un des deux est dans l'aisance, ils ne sont pas éligibles à la *zakat*<sup>661</sup>.

Il convient de signaler que le deuxième type de la première catégorie instaure une sorte d'assurance sociale contre les catastrophes et les mauvaises surprises de la vie. À cet égard, la *zakat* apparaît comme un fond fondé sur la solidarité au sein de la communauté musulmane qui peut rembourser les charges et les frais occasionnés lors d'une catastrophe que subi un membre, qui ce dernier ait payé la *zakat* ou non. Contrairement à l'assurance classique qui implique un accord entre l'assuré, qui paie une prime, et l'assureur, qui promet de rembourser à l'assuré les pertes financières subies suite à des risques déterminés. Dans cette perspective, on peut se demander si la *zakat* peut être un moyen de financement pour les entreprises en difficulté<sup>662</sup>. Le point suivant tente de trouver des réponses à ce questionnement.

### **2.2.1.2 La *zakat* : peut-elle être une action en faveur des entreprises en difficulté ?**

Point n'est besoin de rappeler que dans les écrits des anciens auteurs, la personne morale, en tant qu'assujettie, à la *zakat* est connue sous les noms de (*al Khiltah*) et à l'entreprise (*al Charikah*).<sup>663</sup> En revanche, l'entreprise en difficulté ne relève pas de la catégorie des

---

<sup>661</sup> *Ibid* à la p 53.

<sup>662</sup> Voir notamment, Muhammad Al-Bachir, *supra* note 52 à la p 25.

<sup>663</sup> Youala Ali, « Le fonctionnement du système zakataire : L'assiette... », *supra* note 644 aux pp 359-361. « De sa part sa définition, (*Al khiltah*) renvoie à l'idée de (mélange). Elle est étudiée surtout dans le cadre de la *zakat* sur le cheptel et s'appelle aussi (société de voisinage). C'est donc une société qui se réalise lorsque deux personnes, au moins, associent leurs troupeaux sous la responsabilité d'un même berger. Ainsi réunies toutes les unités accèdent au même pâturage, au même abreuvoir, à la même étable, les géniteurs sont les mêmes pour toutes les femelles. Malgré cela, le troupeau de chacun des associés demeure distinct de celui des autres. Pour *abou hanifa*, ce type d'association n'a aucun effet sur la *zakat*. Les associés en sont redevables à titre individuel. Malik partage cet avis dans le cas où un des partenaires ne possède pas le *nicab*. En dehors de cette restriction, il rejoint l'opinion des autres ulémas dont *Chafii* et *ahmed*. Pour ceux-ci la société dite de (voisinage) est assujettie à la *zakat* comme s'il s'agit d'une seule personne. Ensuite, le quantum prélevé doit être supporté par les partenaires en fonction de l'importance relative de leur propriété respective. »; Ibn Rushd, *Bidāyat al-Mujtahid wa*

*gharimin*, une catégorie de bénéficiaires de la *zakat*. En effet, les juristes classiques ont attribué le terme de *gharim* à des catégories qui existaient à leurs époques (personnes physiques) où le débiteur est considéré comme celui qui ne détient rien (le néant), qui fait la conciliation ou à cause de cautionnement. Cependant, selon certains, s'endetter n'est pas la seule cause pouvant ouvrir le droit à la *zakat* car il y a d'autres situations qui sont mentionnées comme le tremblement de terre, l'incendie... Le point commun entre les sinistres et les débiteurs est le caractère involontaire de la difficulté ou la présence d'un facteur exogène (qui en est la cause).

Cela dit, on doit analyser le développement de certaines catégories dans le temps et la remise en doute de l'existence de d'autres catégories afin de démontrer que la prise en compte du contexte est un facteur qui peut faire inclure les entreprises en difficulté dans la rubrique des endettés (*gharimin*).

Ainsi, nous constatons que certaines catégories sont devenues de *facto* inopérantes. Le financement des sympathisants de l'islam (*al Moallafato Qolubohom*) est un bon exemple à cet égard. Le but de l'attribution d'une part de la *zakat* à cette catégorie est la sécurisation des zones frontalières ainsi que la consolidation des relations amicales avec le monde extérieur<sup>664</sup>. Par la suite (au temps du deuxième Califat Omar), cette catégorie a été écartée des parts de la *zakat* pour des raisons diverses liées au contexte. Ce Califat a jugé que le motif de l'affectation n'était plus d'actualité et en tant que chef de l'exécutif, il a le droit de mettre en suspens une catégorie dans un contexte donné<sup>665</sup>. On peut donc en déduire que cette rubrique est conditionnée par la conjoncture politique et les circonstances particulières<sup>666</sup>.

---

*Nihāyat al-Muqtaṣid*, Beyrouth, Dar Ibn Hazm, 1999 à la p 1-216, l'auteur révèle dans la page 1-220 la divergence entre Malik, Abou hanifa et Chafii sur Al khiltah.

<sup>664</sup> Layachi Feddad « fiqh al-zakat les bénéficiaires de la zakat », *supra* note 656 à la p 51 ; Al Qaradawi, *Fiqh Al Zakah*, *supra* note 645 aux pp 612-621; Youala Ali, « Le fonctionnement du système zakataire: l'affectation », *supra* note 644 aux pp 412-414.

<sup>665</sup> Youala Ali, « Le fonctionnement du système zakataire : l'affectation » dans Boualem Bendjilali dir., *Les Sciences de la Chari'a pour les Economistes*, Djeddah, IIRF- BID, 2001 aux pp 413-414 [Youala, « Le fonctionnement du système zakataire: L'affectation »].

<sup>666</sup> Pour plus de détails sur ce sujet voir : Al Qaradawi, *Fiqh Al Zakah*, *supra* note 645 aux pp 598-611. L'auteur présente une synthèse des positions doctrinales et fait des propositions.

Les jougs (*firriqab*), la cinquième rubrique mentionnée, sont un autre exemple qui appuie nos propos<sup>667</sup>. Celle-ci n'existe plus dans le monde contemporain, donc nous pouvons nous questionner sur le bienfondé d'une affectation des fonds *zakataires* à ce sujet.

En ce qui concerne le développement au sein d'une catégorie, les personnes chargées de récolter la *zakat* représentaient une catégorie de bénéficiaires en termes de compensation pour leur travail et ceci dépendamment de leur situation financière<sup>668</sup>. Les limitations quant à la part octroyée à ces bénéficiaires ont été initiées par les hanafites. En effet, ils ont affirmé que cette part est proportionnelle à l'effort et ne peut excéder la moitié de la récolte<sup>669</sup>. De leur côté, les chafiiites donnent un autre plafond : le huitième de la récolte et tout surplus doit être compensé par le trésor public<sup>670</sup>. De nos jours, il existe des fonctionnaires, qui sont payé par l'État, qui sont chargés de la récolte. Ainsi, on peut remettre en question le motif de l'affectation d'une part de la *zakat* pour cette catégorie.

Ainsi, nous remarquons que certaines catégories continuent d'exister *de jure* et *de facto* et d'autres peuvent faire l'objet de certaines critiques sur le plan factuel. Par conséquent, nous suggérons que la catégorie d'*al gharimin* soit une catégorie qui doit être analysée à la lumière, à la fois, de la Sunna, de la doctrine et aussi du contexte actuel.

---

<sup>667</sup> Youala Ali, « Le fonctionnement du système zakataire : l'affectation », *supra* note 633 aux pp 51-52.

<sup>668</sup> Al Qaradawi, *Fiqh Al Zakah*, *supra* note 645 aux pp 579-593 ; Youala Ali, « Le fonctionnement du système zakataire: l'affectation », *supra* note 665 à la p 412.

<sup>669</sup> Layachi Feddad « fiqh al-zakat les bénéficiaires de la zakat », *supra* note 656 à la p 49.

<sup>670</sup> Youala Ali, « Le fonctionnement du système zakataire : l'affectation » *supra* note 665 à la p 412.

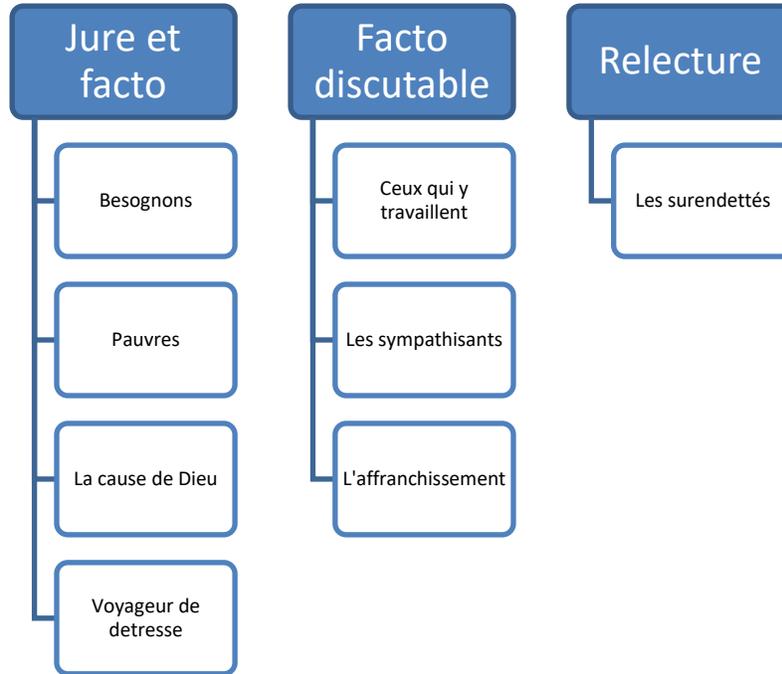


Figure 4 : Distinction des bénéficiaires de la zakat en trois catégories.

Dans cette perspective, notre point de départ sera l'analyse de **l'affaire III**<sup>671</sup>. En l'occurrence, le prophète a demandé aux compagnons de faire une collecte pour une personne ayant subi une perte causée par une catastrophe naturelle afin de rembourser ses dettes. Cette affaire relève plusieurs questions dont les réponses peuvent être utiles à l'insertion des entreprises en difficulté dans cette catégorie de *gharimin* :

« Abu Sa'id al-khudri rapporte : Un homme subit, du temps du Messenger de Dieu (s), une perte ayant frappé la récolte qu'il avait acheté sur pied et ses dettes augmentèrent par conséquent. Le Messenger de Dieu (s) dit alors : « **Faites-lui aumône** » Les gens lui donnèrent l'aumône, mais le montant ainsi collecté ne parvenait pas à éteindre ses dettes. Sur ce, le Messenger de Dieu (s) dit aux créanciers de cet homme : « **Prenez ce qui est disponible et vous n'avez droit à rien d'autre en dehors de cela.** »<sup>672</sup>.

<sup>671</sup> Al-Boukhari, n°2286, à la p 2-851 ; Muslim, n° (1558-2912) à la p 3-1193 ; Ibn Majah, n° 2429 à la p 2-811 ; Abou Dawoud, n° 3595 à la p 3-304 ; Al-Nasa'i, 1994, n° 5408, à la p 8-240.

<sup>672</sup> *Ibid.*

La question qui se pose est de savoir pourquoi le prophète a collecté de l'argent pour cette personne en difficulté alors que dans d'autres situations similaires, il ne l'a pas fait. Est-ce que la raison de cet acte est liée au fait qu'il s'agit d'une activité commerciale ? À cet égard, nous pensons que c'est le motif principal justifiant cette initiative car il n'est pas présent dans les autres cas, qui sont des affaires civiles. De même, on peut également tenter de comprendre pourquoi le prophète ne s'est pas contenté d'ordonner le créancier d'accorder un délai de grâce au débiteur ou de liquider les biens du débiteur comme dans le cas de l'**affaire I**<sup>673</sup> ?

Concernant l'argent qui a été collectée, s'agit-il de la *zakat* puisque le Coran lui-même a emprunté le terme de *sadaqa* comme synonyme de la *zakat* ? Ou est-ce une simple *sadaqa* dans son sens général d'aumône ?

La réponse à ces questions peut donner des indices clairs sur la légitimité du financement des entreprises en difficulté par la *zakat*. Dans notre contexte contemporain, les académies de fiqh se sont questionnées pour savoir si l'entreprise en difficulté peut être parmi cette catégorie puisqu'elle est un débiteur incapable de rembourser ses dettes<sup>674</sup>. Les juristes contemporains doivent prendre en compte l'influence de cette incapacité non seulement sur le débiteur et le créancier mais aussi sur les employés, les fournisseurs de cette compagnie, les associations bénéficiaires de donations de ladite entreprise et d'autres parties prenantes. Ceux-ci peuvent avoir des effets sur le plan économique, social, culturel, l'intérêt public etc....

En se basant sur cette hypothèse positive permettant aux entreprises en difficulté de bénéficier des fonds *zakataires*, on peut se demander comment peuvent-être implémentés ces mécanismes de soutien financier.

---

<sup>673</sup> « D'après Abderrahmen Ibn Ka'ab, Mu'az Ibn Jabal fut l'un des meilleurs jeunes de son époque. Il était très généreux à tel point qu'il était resté sans fortune et qu'il commença à emprunter de l'argent. Ses créanciers se plainquirent alors auprès du prophète (que la paix et le salut d'Allah soient sur lui), et ce malgré le fait que ce dernier estimait Mu'az énormément et que les créanciers auraient annulé sa dette pour faire plaisir au prophète (que la paix et le salut d'Allah soient sur lui). N'empêche que le prophète (que la paix et le salut d'Allah soient sur lui) leur a vendu tous les fonds/biens du débiteur provoquant ainsi sa faillite ». Al-Bayhaqi, n° 10958, à la p 6-48 ; Al-Nishaburi, *Al-Mustadrak*, *supra* note 153 à la p 4-310.

<sup>674</sup> Muhammad Al-Bachir, *supra* note 52 à la p 25.

### 2.2.1.3 Une proposition d'application du financement *zakataire*, comment peut-on en bénéficier ?

Deux moyens peuvent être posés pour que les entreprises en difficulté puissent bénéficier d'un financement afin de maintenir leurs activités.

La première est la déduction de la *zakat*, c'est-à-dire l'abandon du créancier d'une dette envers une entreprise en difficulté en échange de la *zakat*. Dans la doctrine classique, l'imam al-Nawawi a cité les positions d'Abou Hanifa et d'Ahmad comme réponse à ce genre de problématique. Ces derniers n'autorisent pas la première méthode car l'acquittement de la *zakat* (qui est obligatoire) ne se réalise que lorsqu'elle est saisie (*qabd*)<sup>675</sup>. En revanche, la doctrine d'al-Hasan al-Basri et Ataa' accepte cette pratique en considérant la dette du débiteur comme un dépôt (appartenant au créancier) et ainsi, qu'il soit reçu ou pas, ceci est une *zakat*<sup>676</sup>. Ibn hazm, quant à lui, autorise la déduction de la dette en *zakat* car le débiteur est forcément dans une des catégories de bénéficiaires (pauvres ou endettés)<sup>677</sup>.

Une autre proposition consiste dans le fait que la *zakat* peut être orientée vers le financement des entreprises en difficulté comme complément ou alternative au financement intérimaire. Dans cette optique, l'autorité judiciaire doit déterminer, parmi les entreprises en difficulté, celle qui mérite un financement intérimaire. Ce dernier lui permet d'élaborer un plan sérieux et crédible pour l'intérêt de toutes les parties prenantes. Ce choix de l'autorité judiciaire est pertinent afin d'éviter les malveillants. Après, c'est

---

<sup>675</sup> Versé par le créancier et reçu par l'institution collectant la *zakat*. L'école Hanafite, Malikite, Chafite, Hanbalite, Zaydite et Ibadite interdisent l'abandon du créancier d'une dette envers une entreprise en difficulté en échange de la *zakat*. Les ouvrages cités ci-après représentent respectivement la position des dites écoles: Al-Jassas Abu Bakr Ahmad bin Ali al-Razi, *Ahkam al-Quran*, Beyrouth, Dar ihya' al-turath al-arabi, 1984, à la p 2-204 ; Al Dasouqi, *Hashiyat Dasouqi*, *supra* note 153 à la p 1-500; An-Nawawi, *Al-Majmou' Charh al-Mouhaddhab*, Djeddah, Dar Al Fikr, -, à la p 6-199 ; Al-Khateeb A-Sherbini, *Moghni al-Mohtaj ela Ma'arefat Ma'aani Alfadh al-Menhaj*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiah, 1994, à la p 2-400 [Al-Khateeb A-Sherbini] ; Al-Bahuti, *Charh mountaha al iradat*, Beyrouth, *supra* note 589 à la p 2-269 .

<sup>676</sup> An-Nawawi, *Al-Majmou' Charh al-Mouhaddhab*, Djeddah, Dar Al Fikr, -, à la p 6-210.

<sup>677</sup> Ibn Hazm, *supra* note 153 à la p 4-224.

au fond zakataire d'attribuer la somme possible à condition que celle-ci ne dépassent pas un huitième de chaque fond zakataire.

### **2.2.2 Hawala : La cession de la dette**

L'avènement d'une situation de difficulté conduit très souvent l'entreprise en cause à envisager la cession de ses dettes. Le droit islamique, conscient de l'importance de l'acquittement des dettes et aussi de sa volonté de donner une chance à la personne en difficulté de se rétablir, a instauré la *cession de dette*. Ce moyen apparaît dans un *hadith* prophétique qui déconseille l'atermoisement de la dette d'un côté et qui balance cette recommandation par une directive au créancier d'accepter la cession de la dette si le cessionnaire est solvable<sup>678</sup>.

La cession de la dette met en relation trois personnes, ce sont le débiteur primitif qui est le cédant, le nouveau débiteur ou cessionnaire, et le créancier cédé qui lui ne change pas. Il recevra sa dette de la part du cessionnaire et non plus de la part du débiteur original, on appelle ceci un transfert d'obligation.

À cet égard, plusieurs questions se posent sur sa nature juridique, les éléments nécessaires pour son fonctionnement (le problème du consentement du cédé) et les effets de la cession.

Cette sous-section vise à donner une réponse à ces questions. Ainsi dans un premier point, nous allons étudier la définition de la cession de dette (2.2.2.1). Deuxièmement, il s'agira de présenter les modalités de consentement (2.2.2.2) et enfin, nous mentionnerons les effets de la *hawala* (2.2.2.3).

---

<sup>678</sup> Al-Boukhari, n° 2166 à la p 2-799 ; Muslim, n° 1564 à la p 3-1197 ; Ibn Majah, n°: 2404 à la p 2-803 ; Al- Nasa'i, n° 4691 à la p 7-317 ; Abou Dawoud, n° 3345 à la 3-247.

### 2.2.2.1 Hawala : institution à part entière ou dérivation ?

Le mot *hawala* signifie littéralement « changer », « transformer ». Ce terme peut également signifier un « mandat à payer »<sup>679</sup>. Cette dernière signification ne fera pas l'objet de notre étude. En fait, notre analyse porte sur la *hawala* en tant que mécanisme qui permet à un débiteur de se libérer d'une dette en donnant à son créancier son propre débiteur « cession de dette ». Cette dernière trouve son origine dans un *hadith* dont lequel le prophète a dit « Si la dette de l'un d'entre vous est transférée à un tiers qui a la capacité de la supporter, il doit l'accepter »<sup>680</sup> le même *hadith* est raconté avec une variation : « Celui qui voit une de ses dettes transférées à une personne riche, il doit l'accepter »<sup>681</sup>. En se basant sur ce *hadith*, la majorité des jurisconsultes musulmans sont d'accord sur la licéité de cette opération<sup>682</sup>. D'autres motifs justifient cette autorisation comme l'intérêt commun des musulmans, la facilitation du commerce entre les différents acteurs de la société et la nécessité de répondre à leurs besoins en les mettant dans des conditions plus confortables.

La cession de dette constitue l'un des mécanismes de circulation de l'obligation. Elle est définie par les hanafites comme étant « un transfert d'une dette du cédant vers le cédé »<sup>683</sup> et par les malikites « le transfert de la dette du cédant vers le cédé en libérant ainsi le premier de toute responsabilité »<sup>684</sup>, par chafiites « Un contrat qui entraîne le transfert d'une dette d'une personne à une autre »<sup>685</sup> et par les hanbalites « le transfert d'une dette de la responsabilité du cédant à la responsabilité du cédé »<sup>686</sup>. L'AAOIFI définit la *hawala* comme un transfert d'une dette du cédant au payeur<sup>687</sup>.

---

<sup>679</sup> Kuntz Christophe, « Les systèmes informels de transfert de fonds : l'hydre des financements Hawala » (2003) EGE à la p 6.

<sup>680</sup> Al-Boukhari, n° 2166 à la p 2-799 ; Muslim, n° 1564 à la p 3-1197 ; Ibn Majah, n°: 2404 à la p 2-803 ; Al-Nasa'i, n° 4691 à la p 7-317 ; Abou Dawoud, n° 3345 à la 3-247.

<sup>681</sup> Ibn Qudama, *Almoghni*, *supra* note 153 à la p 4-336.

<sup>682</sup> *Ibid*; Al-Mawwaq al-Maliki, *supra* note 650 à la p 7-21. L'auteur précise qu'il n'existe pas une divergence sur sa licéité.

<sup>683</sup> Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, *supra* note 572 à la p 16-6.

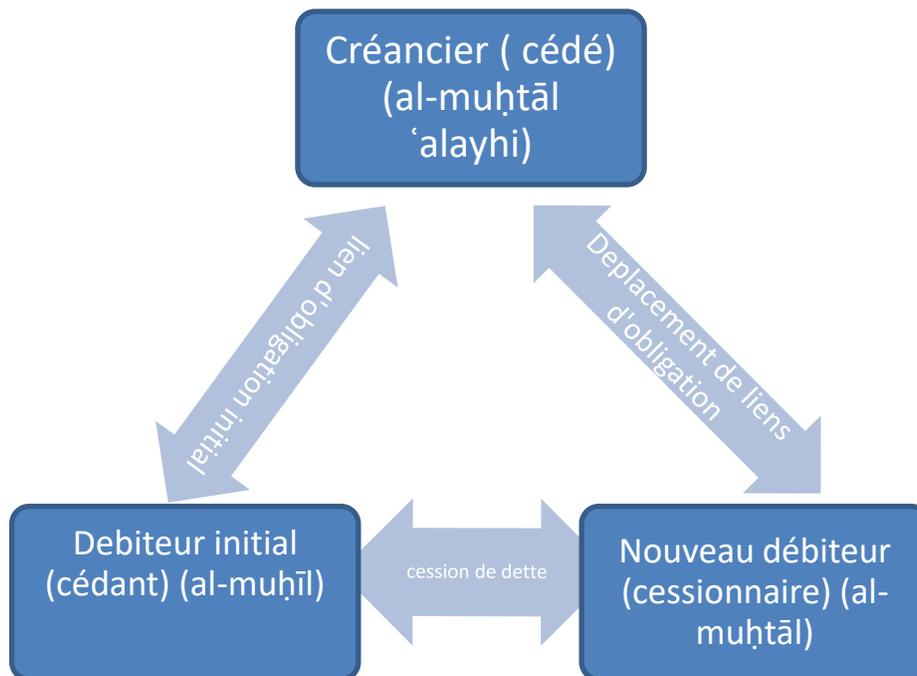
<sup>684</sup> Al Dasouqi, *Hashiyat Dasouqi*, *supra* note 153 à la p 3-326.

<sup>685</sup> Al-Ramli, *Nihayat al-muhtaj*, *supra* note 153 à la p 4-421.

<sup>686</sup> Al-Bahuti, *Charh mountaha al iradat*, *supra* note 589 à la p 2-135; Ibn Qudamah al-Maqdissi, *Al-Kafi fi Fiqh al-Imam Ahmad*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiyah, 1994 à la p 2-23 ; Al-Mardawi, *Al Insaf*,

On relèvera dans cette opération que le paiement d'une dette s'effectue par un transfert d'un droit de dette. Si A est débiteur envers B et qu'il a un droit de créance contre C, il peut éteindre sa dette en transférant au profit de B sa créance contre C. Dans ce cas, A est le cédant (*al-muḥīl*), B est le cessionnaire ou créancier acceptant la cession (*al-muḥtāl*), et (C) est le débiteur cédé (*al-muḥtāl 'alayhi*). Il ne serait cependant pas exact de considérer la *ḥawala* uniquement sous l'angle de la cession : elle est principalement un mode de paiement destiné à libérer le cédant (*al-muḥīl*).

Figure 5: Schéma du mécanisme de la cession de dette




---

*supra* note 153 à la p 5-222 : « le transfert d'un droit (ḥaq) de la responsabilité du cédant à la responsabilité du cédé »

<sup>687</sup> AAOIFI, Standard (Gouvernance) no. 7 : cession de dette-créance (Hawala).

Les juristes sont d'accord sur le fait que la *hawala* est un transfert et une libération de toute responsabilité<sup>688</sup>. Cette convergence s'arrête ici puisqu'ils divergent sur la nature du contrat de *hawala* en deux catégories.

**La majorité** dont les malikites, les hanafites et chafrites (dans l'opinion la plus précise) ont affirmé que la *hawala* est une vente de dette autorisée pour le besoin parce que le cédant vend son dû envers le cédé contre ce qu'il doit au cessionnaire. Le cédé a acheté le dû du cessionnaire contre celui du cédant. Ainsi, le bien vendu est la dette du cédant et le prix est la créance du cessionnaire. Le retard de paiement a été autorisé (*rokhsatan*) parce qu'il fait l'objet d'indulgence<sup>689</sup>.

**Les hanbalites et chafrites** (dans l'autre avis) stipule que la *hawala* est un contrat d'indulgence bien établi en soi et n'est pas subordonné aux autres. En effet, s'il était une vente, elle ne peut pas être autorisée parce que ce serait une vente de dette. Or, pour qu'elle soit valide, les parties ne peuvent pas se séparer avant la réception, sinon c'est du *Riba*<sup>690</sup>.

Nous adhérons au deuxième avis qui considère la *hawala* comme un contrat d'indulgence à part entière parce que leur argument sont bien fondés en ajoutant que *hawala* a été établie pour sa nécessité afin de permettre au créancier d'obtenir son droit. C'est un moyen de facilitation pour le cédant, le cédé et le cessionnaire sans préjudice pour cela il est considéré comme contrat d'indulgence et pas un contrat de vente.

La cession de contrat étant elle-même un contrat, elle doit respecter certaines conditions comme le consentement des parties (c'est à dire du cédant et du cessionnaire), la capacité de contracter et le contenu licite. Si les juristes sont d'accord sur certaines

---

<sup>688</sup> Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, supra note 572 à la p 6-18 ; Zayla'i, Uthman ibn Ali, *Tabyin al-Haqa'iq Sharh Kanz al-Daqa'iq*, le Caire, Dar al-Kitab al-Islami, -, à la p 4-174 ; sauf certaines exceptions citées dans ses ouvrages: Zafar, Al-Qassim ibn Ma'n et Mouhammad ibn al-Hasan al-Shaybani.

<sup>689</sup> Ibn Rushd, supra note 663 à la p 1-639 ; Al Mawardi, *Hawi al-Kabir*, supra note 586 à la p 6-420 ; Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, supra note 572 à la p 6-16; Al-Khateeb A-Sherbini, supra note 675 à la 3-192; Al Mardawi, *Al Insaf*, supra note 153 à la p 5-222.

<sup>690</sup> Al Mawardi, *Hawi al-Kabir*, supra note 586 à la p 6-420 ; Al ansari, Zakariya ibn Muhammad, *Asna al-Matalib Sharh Rawd al-Talib*, le Caire, Dar al-Kitab al-Islami, -, à la p 2-231[Al ansari, *Asna al-Matalib Sharh Rawd al-Talib*]; Al-Bahuti, *Kashshaf al-qina'*, supra note 153 à la p 3-383; Ibn Qudama, *Al-Kafi fi Fiqh al-Imam Ahmad*, supra note 686 à la p 2-123 ; Al Mardawi, *Al Insaf*, supra note 153 à la p 5-222.

conditions, ils divergent sur un point important, celui du consentement du cessionnaire. Ce qui nous amène à traiter le deuxième point : le consentement des parties.

### 2.2.2.2 Le consentement des trois parties : le cédé, le cédant et le cessionnaire

Les avis juridiques sont divergents, voyons quel est le statut de chacun de ces acteurs en ce qui concerne leur consentement.

Tout d'abord, pour le **cédant (Al mohil)**, on dénombre deux avis :

- L'avis des malikites, chafiiites, hanbalites et certains hanafites exigent le consentement du cédant en argumentant que tout contrat nécessite le consentement des deux parties et le cédant est un des parties : celui qui doit payer<sup>691</sup>.
- L'avis de la majorité des hanafites : ne considère pas obligatoire d'obtenir le consentement du cédant car l'engagement de paiement de la dette du cédé est un acte envers lui-même et le cédant ne subit aucun préjudice à cet égard<sup>692</sup>.

Nous adhérons à l'avis de la majorité qui exige le consentement du cédant pour les mêmes raisons mentionnées. En plus, le consentement est la base de tous les contrats et la *hawala* en est un en vertu du verset : « *Ô les croyants! Que les uns d'entre vous ne mangent pas les biens des autres injustement. Mais qu'il y ait du négoce (légal), entre vous, par consentement mutuel* ». <sup>693</sup> Les hanafites ont donc été en désaccord avec tout le monde et ils ont outrepassé même leurs règles générales concernant la condition du consentement dans tous les contrats.

---

<sup>691</sup> Al-Mawwaq al-Maliki, *supra* note 650 à la p 7-21 ; Al Mawardi, *Hawi al-Kabir*, *supra* note 586 à la p 6-418 ; Al-Bahuti, *Kashshaf al-qina'* *supra* note 153 à la p 3-384; Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, *supra* note 572 à la p 6-16 ; Najwa Abdel Mohsen Sheta, « Transfert de la dette dans la doctrine islamique et ses applications contemporaines » (2013) Université al-Azhar art 9 vol 17 n°1 pp 823-966 à la p 848 [Sheta].

<sup>692</sup> Ibn Abidin, *Radd al-Muhtar*, *supra* note 153 à la p 5-342.

<sup>693</sup> Coran, sourate 4: An-Nissa ' (Les femmes), verset 29.

Ensuite, concernant **le cessionnaire (al mohal)**, nous avons également deux avis :

- L'avis des malikites, chafiites et certains hanafites conditionnent le consentement du cessionnaire. D'après eux, étant donné que le transfert d'objet nécessite un consentement, il est d'autant plus logique qu'un transfert de responsabilité engagé lors d'une cession de dette exige cela. De même, le cessionnaire détient le droit de refuser car parmi les cédés il y a ceux qui pratiquent l'atermoiement et d'autres qui ne remboursent pas toute la somme, donc la *hawala* ne peut se faire que par validation du cessionnaire<sup>694</sup>.
- L'avis des hanbalites et des zahirites qui ne demandent pas le consentement du cessionnaire car ils se basent sur le *hadith* pour dire que c'est un ordre du prophète d'accepter la *hawala* en cas d'initiative du cédant, ce qui démontre le non nécessité de son consentement<sup>695</sup>.

Ce dernier avis a été critiqué par ses opposants. Ces derniers trouvent que la formule de la phrase ne veut pas dire que c'est un ordre mais indique la licéité de l'action. La raison est que parmi les cédés, on a des gens solvables qui ne veulent pas régler leurs dettes et aiment les querelles. Pour cette catégorie, le législateur n'ordonne pas de faire suite à la cession contrairement à un solvable qui s'acquitte de ses engagements afin d'alléger ses dettes<sup>696</sup>.

Les deux avis sont cohérents avec le point de départ (nature du contrat : vente ou contrat d'indulgence). Cependant, à notre opinion l'avis de l'école hanbalite est compatible avec l'objectif ultime de la cession de la dette. En effet, les hanbalites ont adopté une position pertinente parce qu'ils ont considéré la *hawala* comme un contrat distinct des autres qui a été établi, comme son nom l'indique (indulgence), pour faciliter la tâche au débiteur (cédant) en difficulté. De ce fait, ils ne peuvent pas imposer le consentement du créancier

---

<sup>694</sup> Al Mawsili Al-Imam Abdullah ibn Mahmood Ibn Maudud al Hanafi, *Al Ikhtiyar Li Ta'lil Al Mukhtar*, Beyrouth, Dar Al khair, 1998 à la p 5-3 [Al Mawsili al Hanafi, *Al Ikhtiyar Li Ta'lil Al Mukhtar*]; Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, *supra* note 572 3-16 ; Al-Mawwaq al-Maliki, *supra* note 650 à la p 7-21 ; Al Mawardi, *Hawi al-Kabir*, *supra* note 586 à la p 6-418; Sheta, *supra* note 691 à la p 861.

<sup>695</sup> Al Mardawi, *Al Insaf*, *supra* note 153 à la p 5-227; Ibn Muflih al-Maqdissi, *supra* note 582 à la p 4-272 ; Ibn Hazm, *supra* note 153 aux pp 6- 392-393; Sheta, *supra* note 691 à la p 862.

<sup>696</sup> Al-Khateeb A-Sherbini, *supra* note 675 à la p 3-190.

(cédé) car ce dernier peut refuser et dans ce cas, ne peut pas atteindre l'objectif pour lequel ce contrat a été légiféré.

Enfin, le cédé (**al mohtal ailhi**), à l'image de ses contractants, est sujet à deux avis différents :

Les hanafites, malikites et zahirites invoquent la nécessité du consentement du cédé étant donné qu'il doit payer la dette auprès d'une nouvelle personne qui peut être différente au niveau comportemental (violent, indulgent, pressé ou patient)<sup>697</sup>. Par ailleurs, l'existence du cédé est une condition du contrat. De ce fait, son consentement est nécessaire comme celui du cédant et du cessionnaire.

D'autres jurisconsultes dont les chafiiites<sup>698</sup> et hanbalites<sup>699</sup> ne voient pas le caractère obligatoire du consentement en précisant que le cédé doit payer la même somme à X ou Y. Ainsi, il n'existe pas de préjudice et la transaction favorise l'acquittement des obligations et permet de limiter les querelles<sup>700</sup>.

### 2.2.2.3 Les effets de la hawala

La plupart des jurisconsultes ont convenu que si la cession est effectuée dans le respect des conditions qu'ils ont mentionnées, le cédant est libéré de la dette du cessionnaire et le cessionnaire est libéré de la dette du cédant<sup>701</sup>. Cela dit, la *hawala* transmet le droit de la cession du cédant à la responsabilité du cessionnaire. Le cessionnaire n'a en aucun cas le droit de recourir au cédant si la cession est valide.

---

<sup>697</sup> Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, *supra* note 572 à la p 6-16; Al Mawsili al Hanafi, *Al Ikhtiyar Li Ta'lil Al Mukhtar*, *supra* note 694 à la p 3-5; Al-Ḥaṭṭab al-Ru'ayni Shams al-Din Abu 'Abd Allāh Muḥammad ibn Muḥammad ibn 'Abd al-Raḥmān, *Mawahib al-Jalil li Charh Moukhtasar Khalil*, 3e éd., Beyrouth, Dar Al Fikr, 1992 à la p 5-91[Al-Ḥaṭṭab al-Ru'ayni]. (Divergence dans l'école malikite sur ce point); Al Mawardi, *Hawi al-Kabir*, *supra* note 586 à la p 6-419 (divergence de l'école chafite sur ce point); Ibn hazm, *supra* note 153 à la p 6-392.

<sup>698</sup> Al Mawardi, *Hawi al-Kabir*, *supra* note 586 à la p 6-419 ; Al Mardawi, *Al Insaf*, *supra* note 153 à la p 5-227.

<sup>699</sup> Ibn Qudama, *Almoghni*, *supra* note 153 à la p 4-340 (3561). Ibn qudama précise que les chafiiites ont deux positions à cet égard.

<sup>700</sup> Sheta, *supra* note 691 à la p 860.

<sup>701</sup> *Ibid* à la p 897.

Ils se sont basés sur le fait que les décisions juridiques sont prouvées selon les significations linguistiques. Étymologiquement, le terme (*hawala*) signifie transfert ou changement et cela ne se fait que par la libération de la responsabilité du cédant (personne initiale). Ceux-ci s'expliquent par le fait que lorsque la dette est transférée d'un passif à un autre, elle n'y reste pas contrairement à la caution qui renvoie à la consolidation.<sup>702</sup>

Cependant, al-Hassan et Zafar avaient une autre opinion. Al-Hasan ne voit pas la *hawala* comme une libération de la dette du cédant à moins que le cessionnaire ne le décharge, il n'avance pas d'arguments à cet égard<sup>703</sup>. Quant à Zafar, il ne considère pas la cession comme une libération de la dette du cédant à l'égard du cessionnaire mais elle a plutôt combiné deux responsabilités : celle du cessionnaire et celle du cédant par analogie avec la garantie qui est un autre type de sûreté<sup>704</sup>.

La question qui se pose est : Quelle règle doit-on appliquer en cas de faillite du cédé ? Si le transfert a lieu et le cédé est tombé en faillite, est-il possible de se retourner vers le cédant pour cette transaction ?

Les jurisconsultes divergeaient à ce sujet et ont deux points de vue :

Les malikites, les chafrites, les hanbalites et les zahirites stipulent que le cessionnaire ne peut pas se tourner vers le cédant dans le cas de la faillite du cédé ou sa difficulté<sup>705</sup>. En revanche, les hanafites et certains ibadites dans le cas de la faillite de cédé donnent droit au cessionnaire de se retourner vers le cédant<sup>706</sup>.

---

<sup>702</sup> Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, supra note 572 à la p 6-18 ; Al Mawsili al Hanafi, *Al Ikhtiyar Li Ta'lil Al Mukhtar*, supra note 694 à la p 3-5; Ibn al-Humam Muḥammad ibn 'Abd al-Wahid, *Sharḥ fath al-qadir*, Beyrouth, Dar Al-Fikr, -, à la p 7-241 [Ibn al-Humam, *Sharḥ fath al-qadir*]; Ibn Rushd, supra note 663 à la p 1-639; Al-Ḥaṭṭab al-Ru'ayni, supra note 697 à la p 5-96; Al Mawardi, *Hawi al-Kabir*, supra note 586 à la p 6-421; Ibn Qudama, *Al-Kafi fi Fiqh al-Imam Ahmad*, supra note 686 à la p 2-125; Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, supra note 572 à la p 18-6.

<sup>703</sup> Wahbah al-Zuhayli, *Fiqh al-Islami wa-Adilatuhu*, Beyrouth, Dar Al-Fikr, -, à la p 6-4200 [Al-Zuhayli, *Fiqh al-Islami*].

<sup>704</sup> Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, supra note 572 à la p 18-6; Ibn al-Humam, *Sharḥ fath al-qadir*, supra note 702 à la p 7-242 ; Ibn Qudama, *Almoghni*, supra note 153 à la p 4-337 (3558).

<sup>705</sup> Al ansari, *Asna al-Matalib Sharh Rawd al-Talib*, supra note 690 à la p 2-232 ; Al Mawardi, *Hawi al-Kabir*, supra note 586 à la p 6-421; Ibn Qudama, *Al-Kafi fi Fiqh al-Imam Ahmad*, supra note 686 à la p 2-125; Ibn Hazm, supra note 153 à la p 6-392.

<sup>706</sup> Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, supra note 572 à la p 6-19.

À cet égard, les premiers sont basés sur un verset coranique qui ordonne aux musulmans de tenir leurs engagements.<sup>707</sup> Or, le cessionnaire a accepté le transfert de la dette et ne doit donc pas revenir sur son engagement. De même, ils avancent un argument en se basant sur ce *hadith* : « Si la dette de l'un d'entre vous est transférée à un tiers qui a la capacité de la supporter, il doit l'accepter »<sup>708</sup>. Le mot clé selon eux est la capacité. Si le cessionnaire a le droit de se retourner vers le cédant, on ne stipule pas cette notion de capacité comme condition dans le contrat de la cession. La capacité de payer est une garantie pour le cessionnaire. Ils se réfèrent également à un cas impliquant le quatrième Califat (Ali ibn Abi Talib) qui a cédé une dette à une autre personne qui a fait faillite. Puis, le cessionnaire a voulu se retourner vers Ali et ce dernier a refusé de payer. Les opposants au premier avis se basent sur une narration de troisième Califat Othman (qui accorde au cessionnaire le droit de se tourner vers le cédant dans le cas de décès de cédé en situation de faillite)<sup>709</sup>. Cependant, cette version n'est pas authentique car un des rapporteurs est inconnu et il s'agit d'un *hadith* interrompu<sup>710</sup>.

### 2.2.3 La remise de dette : al-ibra'

Dans un discours parallèle, le Coran a, d'une part, incité à l'accomplissement des engagements et, d'autre part, établi non seulement le sursis en cas de la difficulté mais aussi la remise de dette comme outil qui vise à permettre à la personne ou l'entreprise débitrice de continuer ses activités et d'atténuer le fardeau de la personne insolvable.

À cet égard, il s'agit pour nous de déterminer la notion de ce concept (2.2.3.1) De même, il convient d'analyser quels seront les effets d'une telle décharge sur les diverses parties impliquées (2.2.3.2). Enfin, il faut savoir s'il s'agit d'une remise forcée ou d'une remise conventionnelle (2.2.3.3).

---

<sup>707</sup> Coran, sourate 5: Al. Maidah (La Table Servie), verset 1.

<sup>708</sup> Al-Boukhari, n° 2166 à la p 2-799 ; Muslim, n° 1564 à la p 3-1197 ; Ibn Majah, n°: 2404 à la p 2-803 ; Al-Nasa'i, n° 4691 à la p 7-317 ; Abou Dawoud, n° 3345 à la 3-247.

<sup>709</sup> Al bayhaqi, à la p 6-71 (11076).

<sup>710</sup> *Ibid.*

### 2.2.3.1 La notion de la remise de dette (al-ibra')

En ce qui concerne la terminologie, les anciens juristes n'ont pas prêté attention à la définition de la remise de dette. Ils n'ont pas spécifié un chapitre pour celle-ci comme c'était le cas d'autres notions. Cependant, ils ont mentionné le sujet de la remise de dette dans divers numéros de leurs écrits, parfois dans le chapitre sur la réconciliation (*solh*), d'autres fois dans le chapitre sur le pardon (*'afw*) et enfin dans le chapitre sur la décharge (*isqat*)<sup>711</sup>.

La même remarque peut être constatée dans le droit occidental. Nathalie Picod précise là-dessus que malgré sa présence en tout lieu, étrangement, la remise de dette n'est pas définie par la loi. C'est plutôt la doctrine qui s'en occupe<sup>712</sup>.

Toutefois, il existe certains juristes qui définissaient la remise de dette, et chacun selon sa compréhension de celle-ci, en termes d'abrogation, appropriation ou décharge. Pour les hanafites, il est indiqué que la remise de dette est une décharge et donation de la dette au profit de l'endetté : « *L'abolition et le don de la dette de celui qui en est redevable* »<sup>713</sup>. Pour les malikites, la remise de la dette est tout simplement un transfert de propriété<sup>714</sup>. Les chafrites définissent la remise de la dette comme étant « la décharge de responsabilité vis-à-vis de la dette ou le transfert de la propriété »<sup>715</sup>. Enfin, selon les hanbalites, il s'agit d'une décharge de la responsabilité vis-à-vis de cette dette sans transfert de propriété<sup>716</sup>.

Il est à noter que toutes les écoles considéraient *al-ibra'* comme une décharge, à l'exception des Malikites qui la considéraient comme un transfert de la propriété due.

---

<sup>711</sup> Hanini Abdelhamid Abdelmohssine, « Al Ibra' et sa relation avec la décharge, la propriété et la réconciliation (en arabe) » Revue de l'Université de Sharjah sur la charia et les sciences juridiques, 2012, à la p 105; Ka'tali Abdallah ben hadi Ibrahim, *Les dispositions d'al-ibra' dans la doctrine islamique (en arabe)*, Thèse de Magister dans la jurisprudence et la politique de la Chari'a, Université Internationale Al-Madinah, 2013 à la p 11 [Ka'tali Abdallah].

<sup>712</sup> Nathalie Picod, *La remise de dette en droit privé*, Paris, Dalloz, 2013.

<sup>713</sup> Ibn Nujaim al-Hanafi, *Al-Bahr al-Raiq Sharh Kanzud Daqa'iq*, le Caire, Dar al-Kitab al-Islami, -, 7-296.

<sup>714</sup> Al Dasouqi, *Hashiyat Dasouqi*, supra note 154 à la p 4-99.

<sup>715</sup> Al-Ramli, *Nihayat al-muhtaj*, supra note 153 à la p 4-256.

<sup>716</sup> Ibn Qudama, *Almoghni*, supra note 153 à la p 7-197.

Ceci est discutable parce que *al-ibra'* n'est pas un transfert de propriété mais plutôt une concession de celle-ci même s'il contient un sens d'appropriation. La définition des Hanafites qui considère *al-ibra'* comme un don de la dette soulève aussi certaines remarques. La donation consiste en un transfert de la propriété d'un bien à titre gratuit, et la remise de dette n'implique pas le transfert de propriété mais plutôt la concession de celle-ci. De même, *al-ibra'* contient la notion de l'appropriation.

Par conséquent, la définition sélectionnée est celle d'un jurisconsulte contemporain : Wahbah al Zuhayli : « *al-ibra'* est une décharge du créancier de la créance qu'il détient contre son débiteur (prix de vente ou dette de prêt) et ainsi s'éteint l'obligation de la dette totale ou partielle et se libère »<sup>717</sup>.

La remise de dette trouve son origine dans le Coran et la Sunna. Plusieurs termes ont été utilisés pour désigner cette pratique tels qu'aumône (*sadaqa*) (2), Pardon ('*afw*) (1), *ihlal* (3) (mentionné ci-dessus).

« *À moins qu'elles ne s'en désistent, ou que ne se désiste celui entre les mains de qui est la conclusion du mariage. Si vous **pardonnez** (si vous donnez aussi l'autre moitié de la dot) est plus proche de la piété. Et n'oubliez pas la vertu entre vous* »<sup>718</sup>.

« *A celui qui est dans la gêne, accordez un sursis jusqu'à ce qu'il soit dans l'aisance. Mais il est mieux pour vous de faire **remise de la dette** par charité ! Si vous saviez !* »<sup>719</sup>.

« *Celui qui donne un **répit** à un (débiteur) sans argent ou qui efface (partiellement ou complètement) sa dette, Allah lui donnera place sous l'ombre (de Son Trône le Jour du Jugement Dernier).* »<sup>720</sup>.

« *Celui qui aimerait qu'Allah l'épargne de la peine du Jour du Qiyâmah, qu'il donne un délai (de règlement) supplémentaire ou qu'il **pardonne** à son débiteur qui se trouve dans une situation (financière) difficile.* »<sup>721</sup>.

---

<sup>717</sup> Al-Zuhayli, *Fiqh al-Islami*, supra note 703.

<sup>718</sup> Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 280.

<sup>719</sup> *Ibid* verset 237.

<sup>720</sup> Sunan al-Tirmidhi, n° 1306 à la p 3-599 ; Al-Mubarakfuri, *Tuhfat Al-Aahodhi*, supra note 551 n° 1306 à la p 4-444; Al-Suyuti, *Al-Durr Al-Manthur*, supra note 552 à la p 383; Ibn Hanbal, *Musnad*, supra note 549 n° 8494 à la 2-359.

<sup>721</sup> Muslim, n° 1523-2923 à la p 3-1196 ; Al bayhaqi, n° 10675 à la p 5-357.

À l'exception de l'école hanafite, toutes les écoles sont d'accord sur le fait que les conditions classiques de validité des contrats sont applicables. Elles indiquent que *al-ibra'* a quatre piliers : le créancier, le débiteur, le consentement et l'objet du contrat. En revanche, les hanafites résumant les piliers de *al-ibra'* dans l'offre qui émane du créancier qui a une indication claire de l'abandon et de la renonciation à son droit. Quant aux autres éléments de *al-ibra'* comme les parties contractantes et l'objet, ils sont les parties du contrat, et non une pierre angulaire de celui-ci<sup>722</sup>.

La majorité, à l'exception des malikites, considère qu'*al-ibra'* n'exige pas le consentement du débiteur et s'exécute par la simple offre émanant du créancier parce que la remise de dette est une décharge et celle-ci comme, le divorce et l'affranchissement, ne demande pas l'acceptation de l'autre partie. Quant aux malikites, *al-ibra'* nécessite le consentement de l'autre partie parce qu'il s'agit d'un transfert de propriété. De ce fait, il est obligatoire d'avoir le consentement du débiteur dans la donation parce que c'est une remise de dette<sup>723</sup>.

### 2.2.3.2 Les effets de la remise de dette (al-ibra')

La remise de dette a un effet principal, celui de l'extinction totale ou partielle de la dette du débiteur en fonction de la volonté du créancier. Dans la même perspective, elle entraîne la disparition des sûretés ou garanties de la créance.

Ainsi, le créancier ne peut demander cette dette auprès de la caution solidaire après l'accord de la remise de dette car la caution est une annexe à la dette. Le contrat de cautionnement est issu d'un engagement financier comme la dette et si cette dernière n'existe pas, il n'y a pas de cautionnement possible. La libération du débiteur annule donc la dette et tout ce qui en découle comme engagement<sup>724</sup>.

---

<sup>722</sup> Al-Zuhayli, *supra* note 703 à la p 6/4371 ; Ka'tali Abdallah, *supra* note 711 aux pp 23-29.

<sup>723</sup> Al-Zuhayli, *supra* note 703 à la p 6/4371- 6/4372 ; Al Dasouqi *Hashiyat Dasouqi*, *supra* note 153 à la p 4-99.

<sup>724</sup> Sahel ahmed hassan Alhaj Younes, *La théorie de Al Ibra' et la décharge dans la doctrine islamique (en arabe)*, Thèse de Magister en jurisprudence islamique, université nationale An-Najah, 2000 [non publiée] aux pp 117-118 [Alhaj Younes].

Les juristes des quatre écoles juridiques sont unanimes pour dire que si le créancier libère la caution solidaire, ceci n'implique pas la libération du débiteur principal pour deux raisons :

- La caution solidaire ne supporte que le droit de réclamation car la dette n'est pas liée à sa responsabilité.
- L'annulation du droit de réclamation de la caution solidaire n'entraîne pas la décharge de la dette car celle-ci peut être contractée sans garanties<sup>725</sup>.

En ce qui concerne la révocation, les chafrites et les hanbalites considèrent que la remise de dette (al-ibra') est conclue par l'offre uniquement sans avoir besoin d'acceptation et ne peut en aucun cas être révoquée par le créancier car elle est une décharge<sup>726</sup>.

Au contraire, les hanafites et les malikites sont d'avis que la remise de dette est révocable tant que le débiteur n'a pas accepté expressément car, pour eux, la remise est conditionnée par l'acceptation et parce qu'elle sous-tend un transfert de propriété<sup>727</sup>.

### 2.2.3.3 Remise de dette et libération : un recours judiciaire ou un arbitrage ?

Ce point analyse la remise de dette résultant d'une obligation judiciaire ou d'une conciliation intervenue entre les créanciers et le failli.

Dans un *hadith*, le Prophète a dit :

« Certes, je ne suis qu'un homme et vous vous disputez auprès de moi. Peut-être que certains d'entre vous sont plus éloquents dans leurs manières de présenter leurs preuves que d'autres et je vais donc juger en sa faveur par rapport à ce que j'entends. Celui en faveur de qui je juge en lui donnant le droit de son frère, qu'il ne le prenne pas car je ne fais que lui couper une partie du feu »<sup>728</sup>.

Puis, il s'avère qu'une conciliation a eu lieu entre les deux parties et le prophète leur a demandé de faire une libération mutuelle.

---

<sup>725</sup> *Ibid* à la p 118.

<sup>726</sup> Al-Zuhayli, *supra* note 703 à la p 6/4372- 6/4373.

<sup>727</sup> *Ibid*.

<sup>728</sup> Al-Boukhari, n° 6748 à la p 6-2622; Muslim, n° 1713 à la p 3-1337; Ibn Majah, n°: 2317 à la p 2-777; Al-Nasa'i, n° 5422 à la p 8-247; Abou Dawoud, n° 3583 à la 3-302 ; Ibn Abi Shayba, *supra* note 153 à la p 5-357 n° (445) 3052.

Dans cette affaire, nous voyons que le prophète a exercé la médiation entre les deux parties. Le premier indice qu'il s'agissait d'une médiation est que le discours mené par le prophète est un discours de prêcheur et non pas de celui qui détient une autorité judiciaire. Le rappel du prophète de l'au-delà est une vertu morale et spirituelle qui confirme cette constatation. Le deuxième indice est le fait que le prophète n'a pas statué sur l'affaire et a laissé une chance aux parties afin de se réconcilier.

Dans un autre *hadith* :

« Kaab Ibn Malik rapporta qu'il réclamait d'Ibn Abi Hadrad le paiement de sa dette alors qu'ils étaient dans la mosquée et que leurs voix s'élevaient au point que le prophète les entendait de sa chambre. Il sortit les voir en écartant le rideau de son appartement appelant Kaab Ibn Malik : "O Kaab !" "Me voici. Le prophète lui dit : "Diminues de ta dette comme ça" (en indiquant la moitié par un signe de la main). "C'est fait, ô Prophète", répondit Kaab. "Paies le maintenant" dit le Prophète au débiteur »<sup>729</sup>.

Ce *hadith* n'est pas limpide et ouvre la porte à plusieurs interprétations. Elles ont été détaillées dans le deuxième chapitre du premier titre<sup>730</sup>. Les juristes considèrent que les dires du prophète relèvent d'un jugement ou d'un arbitrage. Ce qui opte pour le « jugement » s'appuie par le fait que la parole du prophète adressée au créancier et au débiteur constitue un ordre. Ceci peut être considéré comme une hypothèse d'une décharge obligatoire non confirmée à cause du silence approbatif du créancier. Son refus aurait davantage déterminé s'il s'agit d'un jugement ou d'un arbitrage en fonction de la réaction du prophète.<sup>731</sup> Dans cette optique, une deuxième hypothèse demeure valable, celle de l'arbitrage. La décision ou plutôt l'offre proposée par le prophète aux deux

---

<sup>729</sup> Al-Boukhari, à la p 2-851 (2286) ; Muslim, à la p 3-1193 (1558, 2912); Ibn Majah, à la p 2-811 (2429); Abou Dawoud, à la p 3-304 (3595); Al-Nasa'i, à la p 8-240 (5408).

<sup>730</sup> Aux pp 116-117.

<sup>731</sup> Un autre cas similaire est mentionné dans le hadith : « Le Messager de Dieu (s) avait entendu les voix de certains adversaires qui s'élevaient devant sa porte. L'un des deux demandait à l'autre de lui remettre ses dettes et sollicitait sa bienveillance, mais ce dernier lui répliquait : (Par Dieu, jamais je ne le ferai. (Le Messager de Dieu (s) sortit alors les trouver et dit : **(Qui est donc qui jurait par Dieu de ne pas faire le bien.)** (C'est moi o Messager de Dieu, répondait l'homme et de se rétracter, je lui accorde de choisir la solution qu'il préfère) » Al-Boukhari, à la p 2-963 (2568) ; Muslim, à la p 4-2233 (2911, 5183).

parties ne bénéficie pas *ab initio* de force exécutoire. Il s'agit ici d'un rôle de conciliation ou les parties ont le droit d'accepter ou de refuser.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Le but de ce chapitre était de mieux comprendre la conception islamique de la faillite et la conception de la restructuration. Nous nous sommes attardés à l'identification de l'évolution de l'objectif de la doctrine islamique de faillite. À la lumière de la littérature qui porte sur notre champ d'étude envisagé, une distinction entre trois phases s'est imposée afin de comprendre les bases et les dispositions de la doctrine de la faillite. Nous avons jugé utile de traiter la troisième phase qui correspond à la doctrine contemporaine dans le chapitre I du titre II.

Concernant la première phase dite prophétique, nous avons constaté que les textes coraniques liés à la faillite ont abordé quatre notions : la difficulté financière, le sursis, la libération et la remise de dette. Le Coran a établi un discours qui incite les débiteurs à remplir leurs engagements et oriente les créanciers plus vers le pardon en faveur la personne honnête et malchanceuse, en situation de difficulté financière. À cet égard, le Coran a instauré le sursis qui est un mécanisme révolutionnaire dans son époque où le débiteur en difficulté bénéficie d'un délai de grâce jusqu'à l'aisance. Dans les autres juridictions, il risqué de devenir esclave, se faire persécuter...

La chercheuse Murphy dit que :

Le droit anglais de la faillite connaissait la même sévérité à l'égard du débiteur que dans le reste de l'Europe. Son application s'étendait jusqu'aux pays colonisés dont l'Amérique. Avant 1700, l'insolvabilité était considérée comme un acte immoral qui méritait des sanctions sévères : le débiteur et sa famille étaient jetés en prison condamnés à travailler jusqu'au désintéressement des créancier<sup>732</sup>.

Le prophète, dans son rôle d'interprétation et d'exercice de la compétence législative, a été un prolongement et un complément au Coran dans l'institution d'un droit de faillite. D'une part, la Sunna a consolidé le discours coranique par des *hadiths* qui consacrent l'obligation du débiteur d'accomplir ses engagements. Dans la même perspective,

---

<sup>732</sup> Stankiewicz Murphy Sophie, *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté Vers un rapprochement des droits?*, thèse de doctorat en droit, université de Strasbourg, 2011, [non publiée], à la p 4 [Sophie Stankiewicz].

plusieurs *hadiths* en concordance avec le Coran incitent le musulman à accorder un délai supplémentaire pour la personne en difficulté financière. D'autre part, d'un point de vue pratique, la Sunna a jeté les bases d'une procédure de liquidation et a instauré le droit du créancier de reprendre possession de ses biens au cours de cette procédure. De même, elle a traité concrètement la notion de la remise de dette et de la libération et a incité à la conciliation et au pardon dans les situations de difficulté financière.

Quant à la phase classique, les fouqahas ont basé toute leur réflexion sur le volet de la liquidation. Nous avons décidé d'analyser les recueils de fiqh ainsi que le contexte économique de cette période pour qu'on puisse savoir les raisons de cette orientation.

Nous avons constaté que les entreprises dans la doctrine classique n'étaient pas fondées sur la théorie de la personne morale mais plutôt sur le contrat de mandat. Dans ce cas, l'associé est considéré comme un agent pour lui-même et pour son associé. De ce fait, c'est la personne physique qui est concernée en cas de faillite.

À notre avis, les fouqahas ont été influencés par le contexte et les préoccupations de leur époque. À titre d'exemple dans cette affaire :

« Kaab Ibn Malik rapporta qu'il réclamait d'Ibn Abî Hadrad le paiement de sa dette alors qu'ils étaient dans la mosquée et que leurs voix s'élevaient au point que le prophète les entendait de sa chambre. Il sortit les voir en écartant le rideau de son appartement appelant Kaab Ibn Malik : "O Kaab !" "Me voici. Le prophète lui dit : "Diminues de ta dette comme ça" (en indiquant la moitié par un signe de la main). "C'est fait, ô Prophète", répondit Kaab. "Paie le maintenant" dit le Prophète au débiteur »<sup>733</sup>.

La doctrine a porté intérêt au droit de lever la voix dans la mosquée, le droit de suite, le droit ou non de juger dans la mosquée et la procédure de la conciliation. Les discussions sur le pouvoir de juge d'imposer des mesures d'indulgence a été absentes ou marginales. Toutefois, le corpus développé sur le volet de la liquidation est très important et comparable aux dispositions occidentales en la matière<sup>734</sup>. De même, on a pu voir quelques efforts intellectuels des fouqahas classiques par rapport aux crises financières

---

<sup>733</sup> Al-Boukhari, n°2286, à la p. 851-2; Muslim, n° (1558-2912) à la p 1193-3; Ibn Majah, n° 2429 à la p 811-2 ; Abou Dawoud, n° 3595 à la p 304-3; Al-Nasa'i, 1994, n° 5408, à la p 240-8.

<sup>734</sup> Awad & Michael, *supra* note 32 à la p 999 : « Above all, the treatment of a muflis under classical Islamic law is strongly analogous to the traditional civil and common law treatment of bankrupts prior to the enactment of Chapter 11 of the U.S. Bankruptcy Code in 1978».

subies par l'institution de *waqf* (personne morale). Les fouqahas classiques ont mis en avant l'objectif de la continuité de cette institution. À cet effet, ils ne se sont pas contentés d'imiter leurs prédécesseurs, mais ils ont édicté des mesures exceptionnelles aux règles habituelles (à l'image de louage par deux paiements et le droit de décider).

Après avoir présenté les deux phases de l'évolution de la conception de la faillite en droit islamique, nous avons abordé quelques mécanismes de restructuration révélés dans le Coran et dans la Sunna : la zakat, la remise de dette, la libération et la cession de dette.

## CONCLUSION DU TITRE I

Nous nous sommes penchés dans notre premier titre sur la conception de la faillite et la restructuration à la fois en droit canadien et en droit islamique. Notre finalité était de comprendre l'objectif du droit de la faillite au sein des deux ordres juridiques. À cet effet, nous avons décidé de mener une approche historique pour comprendre si cet objectif était interchangeable ou a connu une évolution dans le temps. Pratiquement, nous avons examiné respectivement, dans deux chapitres, le processus de l'évolution du droit de la faillite et de la restructuration tout en essayant d'expliquer les raisons de leur évolution.

Concernant la législation canadienne, il suffit de lire le titre de la thèse de Thomas G. W. Telfer "*Reconstructing Bankruptcy Law in Canada: 1867 to 1919 From an Evil to a Commercial Necessity*" pour comprendre qu'il s'agit d'un processus d'évolution.

Cette relation dialectique en droit de faillite entre le mal et la nécessité commerciale consiste dans les tentatives de mettre fin à l'emprisonnement pour dette<sup>735</sup>, l'inauguration de la cession des biens, les concordats préventifs et la libération des faillis par l'ordonnance de 1839<sup>736</sup> et par la loi adoptée en 1869<sup>737</sup>. Ces dispositions ont été vidées de leur contenu par la loi de la faillite en 1864<sup>738</sup> et la loi de 1875 qui ont permis de restreindre les cessions de biens volontaires, les concordats préventifs et la libération des faillis<sup>739</sup>.

La vision qui considère le droit de la faillite comme un mal a triomphé lorsque les circonstances ont imposé au parlement fédéral d'abroger la loi de 1875<sup>740</sup> en 1880. Pendant 40 ans à partir de cette date, le Canada fut dépourvu de législation fédérale en matière de faillite puisqu'il n'existait aucune loi sur la faillite. Cette vision considère le débiteur comme un criminel et s'oppose aux avantages incitatifs à la cession des biens et

---

<sup>735</sup> Kolish, *supra* note 180 à la p 225.

<sup>736</sup> Bohémier, *supra* note 177 à la p 9.

<sup>737</sup> *Ibid* à la p 11.

<sup>738</sup> *Insolvent Act*, (1864) 27-28 Vict., c. 17.

<sup>739</sup> Bernier, Laquerre et Morin, *supra* note 198 à la p 1-12.

<sup>740</sup> Bohémier, *supra* note 177 à la p 11.

aux ententes privées entre commerçants<sup>741</sup>. Alors que les antagonistes essaient d’instaurer une distinction entre le débiteur honnête et le débiteur frauduleux et se montraient indulgent avec le premier en l’aidant à résoudre ses problèmes de dettes avec un soutien financier.

Par la suite, le vide législatif créé par l’abolition de la loi de 1875, l’inefficacité des législations provinciales ont contribué à l’adoption de la loi sur la faillite en 1919<sup>742</sup>. Cette dernière a tranché et a imposé la vision qui sépare le débiteur honnête et le débiteur frauduleux dans le traitement. Par conséquent, le droit de la faillite n’apparaît plus comme un mal.

Avec l’adoption de la LACC en 1933, le droit de la faillite ne semblait plus seulement comme un mal mais devenait une nécessité de commerce. D’ailleurs, ce dernier a été adopté pour venir en aide aux entreprises en difficulté affectées par la crise économique de 1929. L’objectif visé par le législateur était de faciliter la réorganisation et la survie des entreprises ainsi qu’à prévenir la perte d’emplois dans un contexte de chômage endémique.

Après avoir outrepassé des menaces d’abolition (LACC 1938) et de restreindre l’accessibilité à la proposition au seul failli au détriment du débiteur insolvable qui sera privé de cette possibilité (LFI en 1923),<sup>743</sup> la législation canadienne en matière de faillite a réussi (après un développement dans le temps) à mettre en place des mécanismes tels que l’avis de proposition, la proposition en vertu de la LFI et l’arrangement au nom de la LACC qui visent à permettre la réorganisation des entreprises en difficulté financière à travers la protection du débiteur durant la proposition ou l’arrangement.

Le dépôt de la proposition ou de l’arrangement permet à (l’insolvable-entreprise débitrice) de se protéger contre le recours des créanciers, de non-applicabilité du droit de reprendre les marchandises vendues et de bénéficier de l’obligation du fournisseur d’un service public de maintenir le service malgré le fait que des sommes d’argent soient impayées.<sup>744</sup>

---

<sup>741</sup> Beaulieu, *supra* note 181 aux pp 9-10.

<sup>742</sup> Bohémier, *supra* note 177 à la p 13; Bilodeau, *supra* note 241 à la p 8.

<sup>743</sup> *Ibid.*

<sup>744</sup> Bilodeau, *supra* note 241 aux pp 212-213.

Après avoir exposé les phases qui ont marqué l'évolution du droit de la faillite dans un contexte canadien, nous avons constaté que ce dernier visait à favoriser la réorganisation des entreprises débitrices/insolvables<sup>745</sup> tout en restant silencieux sur certains outils qui contribuaient à la réussite de cette réorganisation. Ces outils impliquent d'autres parties prenantes comme les créanciers, les contractants de l'entreprise débitrice. Ils permettent, entre autres, le financement temporaire, le droit de résilier des contrats conclus par la personne insolvable ainsi que la capacité de conclure des ventes hors cours normal des affaires.

L'adoption desdits mécanismes constitue à la fois une codification à une pratique jurisprudentielle bien ancrée dans l'usage des juges en vertu de la LACC<sup>746</sup>, une réponse aux documents internationaux relatifs au sujet<sup>747</sup> et démontre aussi la volonté de s'aligner avec les modifications apportées à la législation de la faillite dans plusieurs pays<sup>748</sup>.

Par rapport à la conception islamique de la faillite, notre point de départ a été les sources primaires : Coran et Sunna. Nous avons constaté l'existence de peu de textes en la matière. Le coran n'a pas abordé la faillite ou le failli, il a plutôt parlé de la personne en difficulté financière. Il a adopté un discours qui consacre le pardon et la deuxième chance au profit de la personne, honnête et malchanceuse, faisant face à une difficulté financière. Dans un discours parallèle, il a aussi incité les débiteurs à remplir leurs engagements.

De son côté, la Sunna dans son rôle de règles complémentaires a instauré un processus de liquidation dans un cas pratique, celui de l'affaire I. Puis, il y avait eu trois autres affaires où le prophète a statué en appliquant des notions comme la libération, la remise de dette et le financement.

Ces textes laissent une certaine ambiguïté. Ils ne sont pas tranchants et ouvrent la porte à tout interprétation. D'ailleurs, les recueils de fiqh prouvent nos propos.

La doctrine classique s'est basée sur ces textes et sur la réalité vivante de l'époque. Après l'analyse, nous avons constaté que les entreprises de l'époque ne bénéficient pas de la personnalité morale. Une autre constatation est que les entreprises sont le fruit de la

---

<sup>745</sup> Ferland, *supra* note 235 aux pp 5-6.

<sup>746</sup> McElcheran, *supra* note 30 à la p 10.

<sup>747</sup> FMI, *supra* note 107 ; La Banque Mondiale *supra* note 23 ; CNUDCI, *supra* note 23.

<sup>748</sup> Regards sur les PME, *supra* note 297 à la p 5.

réflexion humaine (ijtihad). À l'exception du contrat de prêt cité dans le Coran, les autres sont conçus ou approuvés par les jurisconsultes classiques. Ceci a influencé leur raisonnement qui s'est focalisé essentiellement sur le côté de la liquidation. Ils ont abordé le redressement mais dans un cadre extra-judiciaire.

Les jurisconsultes classiques ont eu le courage quand il s'agissait d'une crise financière d'une institution dotée de la personnalité morale. Ils ont pris des mesures exceptionnelles aux règles générales dans un seul objectif, celui de garder la continuité de cette institution.

En ce qui a trait aux concepts de redressement, nous avons démontré que le Coran a introduit quatre notions : personne en difficulté financière, sursis, remise de dette et libération. La Sunna a, de sa part, introduit la cession de dette.



**TITRE II**  
**LA FAILLITE EN FINANCE ISLAMIQUE : UN DÉFI POUR LA**  
**DOCTRINE ISLAMIQUE ET POUR LE DROIT ÉTATIQUE (CANADIEN)**

## INTRODUCTION DU TITRE II

Plusieurs questions se posent sur les relations qui existent d'une part entre l'entreprise américaine East Cameron Partners et les *Sukuks*<sup>749</sup>, et d'autre part entre Arcapita, banque d'investissement bahreïnienne et le chapitre 11 de la loi sur la faillite des États-Unis. L'explication de cette relation réside dans la nature même de la FI, qui implique des rapports entre la norme juridique et la norme religieuse, en d'autres termes entre la notion de l'*iflas* dans le droit islamique et les lois de la faillite étatiques.

La responsabilité sociale d'entreprise (RSE), le développement durable, la *Stakeholder theory* et la finance islamique (FI) (centre d'intérêt de notre thèse), sont au cœur de la connexion entre la norme juridique et la norme non juridique. En effet, les institutions financières islamiques (IFI), comme toute entité sociale, constituent un environnement dans lequel se rencontrent multiples normes (étatiques, internationales, techniques et religieuses).

Ainsi, dans un premier chapitre, nous allons analyser les interrelations entre la finance islamique et le droit de la faillite. Un deuxième chapitre sera consacré au traitement des concepts de la restructuration, ou plus précisément, l'intersection entre la doctrine juridique islamique et le droit étatique.

---

<sup>749</sup> Le mot *Sukuks* se rapporte communément à l'équivalent islamique des obligations. Cependant, contrairement aux obligations conventionnelles, qui confèrent simplement la propriété d'une dette, le sukuk accorde à l'investisseur une part d'un actif, ainsi que des flux de trésorerie et des risques proportionnés. Définition tirée du BID, en ligne : BID  
<<https://thatwhy.isdb.org/irj/go/km/docs/documents/IDBDevelopments/Internet/thatwhy/fr/sukuk/what-is-sukuk.html>>.

**CHAPITRE 3**  
**LES INTERRELATIONS ENTRE LA FINANCE ISLAMIQUE ET LE DROIT DE**  
**LA FAILLITE**

## **INTRODUCTION DU CHAPITRE 3**

Nous commencerons ce chapitre par une discussion de la renaissance et l'évolution de la finance islamique et les institutions financières islamiques. Pour ce faire, nous passerons en revue les différentes phases de progression de la FI. Puis, nous allons traiter, dans un deuxième temps, de la liquidation et de la restructuration des IFI (3.1).

Un deuxième point sera consacré au cadre juridique qui encadre la FI. Nous traiterons, plus précisément, les institutions internationales contribuant à la normalisation de la FI. Puis, nous exposerons une analyse critique des normes contemporaines encadrant la faillite des IFI (3.2).

### **3.1 FI et droit de la faillite : à la croisée des chemins entre l'évolution et le risque de la faillite**

Malgré l'évolution de la FI et sa progression, voire sa complémentarité et surtout sa singularité par rapport à la finance conventionnelle, il existe toujours entre ces deux systèmes des points de convergence. Ceux-ci se manifestent dans l'endettement qui est la principale source de financement externe de toute entreprise. Lorsqu'une entreprise endettée n'arrive plus à assumer le fardeau de sa dette, celle-ci doit être renégociée et l'entreprise risque la liquidation. Dans le cas contraire, une procédure de redressement permet à l'entreprise débitrice de redéployer ses ressources et son capital humain.

Ainsi, dans un premier point, nous allons exposer la renaissance et l'évolution de la FI (3.1.1). Puis, dans un deuxième point, nous allons traiter à la fois la liquidation de certaines institutions ainsi que leur restructuration (3.1.2).

#### **3.1.1 Finance islamique : renaissance récente et évolution remarquable**

Dès l'avènement de l'islam (quatorze siècles), il a été constitué un système financier ne portant pas d'intérêt, permettant ainsi le financement des activités de consommation et de

production<sup>750</sup>. Ce système a bien fonctionné pendant des siècles et constitué la base de commerce et de l'industrie. Ce système était basé sur le partenariat et le partage des bénéfices plutôt que sur les intérêts<sup>751</sup>. Après la chute de l'Empire Ottoman, les institutions occidentales (y compris les banques) ont gagné en domination et la tradition islamique est restée à l'écart dans les pays majoritairement musulmans<sup>752</sup>. Après la deuxième guerre mondiale et les débuts de la décolonisation, un intérêt accru pour une version moderne du système financier islamique a vu le jour. Le développement de nouveaux modèles d'intermédiation financière a été l'œuvre de plusieurs économistes musulmans<sup>753</sup>. À l'époque où la majorité du monde musulman a été sous régime colonial, un travail théorique de valeur a été réalisé. Lorsque ce régime a touché à son terme, et les pays musulmans ont accédé à l'indépendance après la deuxième guerre mondiale, les tentatives de financement sans intérêt étaient rares et ont connu une croissance exceptionnelle après<sup>754</sup>.

Dans ce qui suit nous allons voir cette renaissance dans un premier temps (3.1.1.1). Dans un deuxième temps, nous allons nous pencher sur cette croissance plus précisément sur le contexte général et le contexte canadien (3.1.1.2).

### **3.1.1.1 Renaissance récente de la finance islamique**

Contrairement à la banque islamique qui est une création contemporaine, la pratique de la FI n'est pas récente<sup>755</sup>. Elle remonte au septième siècle après J.C. D'ailleurs, le Prophète

---

<sup>750</sup> Munawar Iqbal, Philip Molyneux, *Thirty Years of Islamic Banking: History, Performance and Prospects*, London, Palgrave Macmillan, 2005 à la p 36 [Iqbal, Molyneux].

<sup>751</sup> *Ibid.*

<sup>752</sup> *Ibid.*

<sup>753</sup> Warde, *Islamic Finance in the Global Economy*, *supra* note 9 à la p 40; Wilson, *Economics, Ethics and Religion*, *supra* note 9 à la p 115; Chibli Mallat, *the renewal of Islamic law*, *supra* note 9 à la p 111; Allard, Benhabane, *supra* note 9 à la p 13.

<sup>754</sup> Iqbal, Molyneux, *supra* note 70, à la p 36; Warde, *Islamic Finance in the Global Economy*, *supra* note 9 aux pp 74-75.

<sup>755</sup> 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 [Kabir and Mervyn, «Islamic banking: an introduction and overview »]; Asutay Mehmet &

lui-même, a pratiqué la *Moudaraba* avec son épouse Khadidja<sup>756</sup>. La *Moudaraba* est un instrument financier qui représente une part importante des activités des banques islamiques contemporaines<sup>757</sup>.

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 quatrième siècle après l'hégire (IIe siècle)<sup>758</sup>. Elle devint courante à Basra en Irak en 400 AH<sup>759</sup>. D'autre part, la période entre 295 et 320 AH<sup>760</sup> 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 »<sup>761</sup>. Ils existaient aussi des instruments financiers proposés actuellement par les institutions islamiques telles que la *Mourabaha* et la *Moucharaka*.

Un nouveau modèle financier est apparu après la révolution industrielle. Celui-ci était basée sur le mécanisme de l'intérêt. Ce qui a fait ce qui a plusieurs juristes musulmans l'ont rejeté et ont insisté sur la mise en place d'un propre système d'intermédiation. Cependant, vu la grande croissance qu'en connu l'industrie et du commerce, les banques conventionnelles ont connu une grande croissance. De ce fait, les autorités nationales dans la majorité des pays majoritairement musulmans dont l'Arabie

---

Abdullah Q. Turkistani, *Islamic Finance: Risk, Stability and Growth*, 1er éd., Berlin, Gerlach Press, 2015 à la p 1.

<sup>756</sup> Al-Zuhayli, *Fiqh al-Islami*, supra note 703 à la p 3926-5; Majidi Elmehdi, *La finance islamique et la croissance économique : Quelles interactions dans les pays de MENA ?*, thèse de doctorat en Sciences économiques, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2006 [non publiée] à la p 46.

<sup>757</sup> 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.

<sup>758</sup> Hamoud Sami Hassan, *Islamic banking*, London, University Press Cambridge, 1985 à la p 22 [Hamoud, *Islamic banking*].

<sup>759</sup> HD est une abrégée de l'année de l'Hégire qui est le système de numérotation des années utilisé dans le calendrier musulman. 400 AH est l'équivalent de 1010 « apr. J.-C. ».

<sup>760</sup> L'équivalent de 908-932 « apr. J.-C. ».

<sup>761</sup> Hamoud, *Islamic banking*, supra note 758 à la p 22.

saoudite ont établi les banques conventionnelles au mépris de l'ordre normatif religieux<sup>762</sup>. Dans cette optique, les économistes musulmans ont relevé le défi de développer des modèles alternatifs d'intermédiation financière. Un travail théorique précieux a été effectué au début du dix-neuvième siècle<sup>763</sup>. Lesdits efforts ont donné leurs fruits par l'établissement d'un financement avec des principes et règles de fonctionnement différentes à celle de la FC. 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 institutions financières islamiques<sup>764</sup>. Le nombre de produits financiers islamiques a invariablement augmenté au cours des trente dernières années. À cet égard, deux catégories se distinguent : celle qui se base sur le partage de profits et les pertes entre l'investisseur et l'entrepreneur et celle fondée sur les transactions commerciales<sup>765</sup>. Le rendement des deux est lié à la nature de l'activité financière plutôt qu'au passage du temps.

Nous allons présenter deux mécanismes qui vont nous servir dans la compréhension de certaines affaires qui vont être traités ultérieurement.

- **La Mourabaha**

La *Mourabaha* est définie comme étant une vente de marchandises au coût de revient plus une marge bénéficiaire. Dans un contrat *Mourabaha*, une IFI achète les marchandises à la demande d'un client qui effectue des paiements différés couvrant les coûts et une marge bénéficiaire. L'IFI gère les paiements au fournisseur, y compris les dépenses directes engagées (livraison, assurance, stockage, frais de lettre de crédit, etc.). Il faut savoir que les dépenses de fonctionnement de l'IFI ne sont pas incluses et la divulgation du coût des biens sous-jacents est nécessaire. Les contrats *Mourabaha* ressemblent aux prêts garantis de la finance conventionnelle dans lesquels les biens sous-jacents sont immatriculés sous le nom

---

<sup>762</sup> Warde, *Islamic Finance in the Global Economy*, supra note 9 à la p 208.

<sup>763</sup> *Ibid* aux pp 70-71.

<sup>764</sup> Saadallah Ridha, « Le financement islamique : Concept et principes généraux » dans IIRF- BID, *Introduction aux techniques islamiques de financement*, Djeddah, IIRF- BID, 1992 à la p 29.

<sup>765</sup> André Martens, « La finance islamique : fondements, théorie et réalité » (2001) *L'Actualité économique* vol 77 n° 4 p 475-629 à la p 485.

du client et servent de garantie<sup>766</sup>.

Figure 6 : Structure de base de contrat Mourabaha

Instrument	2) Murabaha
Descriptive diagram	
Notes	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Form of purchase finance: IFI sells goods to client at cost plus agreed profit.</li> <li>• Price of underlying goods is disclosed to client.</li> </ul>
National accounts	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>FA:</b> Loans (F4)</li> <li>• <b>Income:</b> Property income: Interest and similar returns (D41)</li> </ul>
External sector statistics	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>FA/IIP:</b> Other investment: loans.</li> <li>• <b>Income:</b> Primary income: Investment income: Other investment: Interest and similar returns (D41O).</li> </ul>

Source: AAOIFI<sup>767</sup>

### • Moudaraba financement

La *Moudaraba* est un partenariat entre une IFI qui fournit des capitaux et un client qui fournit un travail habile. Le financement *Moudaraba* est un type de partenariat où les compétences et l'argent sont réunis pour faire des affaires. Les bénéfices générés sont partagés selon l'accord, tandis que les pertes sont entièrement supportées par l'IFI en tant que capital fournisseur, sauf lorsque les pertes sont dues à la mauvaise gestion, à la négligence

<sup>766</sup> IMF, *supra* note 4 à la p 52.

<sup>767</sup> AAOIFI, Standard (Comptabilité financière) no. 2 : (Murabaha et Mourabaha à l'achat Client).

ou la violation des conditions de l'accord par le client<sup>768</sup>.

Figure 7 : Structure de base de contrat Moudaraba financement

Instrument	<b>8) Mudaraba financing</b>
Descriptive diagram	<pre> graph TD     IFI["IFI (as capital provider, rab al maal)"]     Owner["Owner of Enterprise (as manager, mudarib)"]     Enterprise["Enterprise, business"]     IFI -- Funding --&gt; Enterprise     Enterprise -- Losses --&gt; IFI     Owner -- Labour --&gt; Enterprise     Enterprise -- Profit --&gt; Owner     Owner -- profit share --&gt; IFI     </pre>
Notes	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Partnership between IFI and enterprise (owner) in which IFI provides capital and client provides labour and skills, to conduct a business. Fixed term.</li> <li>• Profits are shared by agreement; losses (subject to exceptions) borne by IFI.</li> <li>• Mudaraba classified as loan, not equity.</li> </ul>
National accounts	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>FA:</b> Loans (F4)</li> <li>• <b>Income:</b> Property income: Interest and similar returns (D41)</li> </ul>
External sector statistics	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>FA/IIP:</b> Other investment: loans</li> <li>• <b>Income:</b> Primary income: Investment income: Other investment: Interest and similar returns (D41O).</li> </ul>

Source : AAOIFI:<sup>769</sup>

- **La Moucharaka**

La *Moucharaka* est un partenariat entre une IFI et une entreprise dans laquelle les deux parties contribuent au capital. Dans un contrat *Moucharaka*, l'IFI et le client partagent les bénéfices et les pertes générés par l'entreprise en fonction du ratio prédéterminé.

Le financement *Moucharaka* peut être structuré de deux manières selon les Érudits islamiques :

<sup>768</sup> AAOIFI, Standard (Comptabilité financière) no. 3: (Financement Mudaraba).

<sup>769</sup> IMF, *supra* note 4 à la p 59.

- Un financement offert sous forme de prêt lorsque l'IFI fournit un financement sous forme de fonds de roulement à une entité ; et
- Un financement *Moucharaka* offert en tant que participation d'équité<sup>770</sup>.

Figure 8 : Structure de base de contrat *Moucharaka*

Instrument	7) <b>Musharaka</b>
Descriptive diagram	<pre> graph TD     IFI[IFI (as partner)]     Owner[Owner of Enterprise]     Enterprise[Enterprise]     IFI -.- Partnership agreement Owner     IFI -- Funding --&gt; Enterprise     Owner -- Funding --&gt; Enterprise     Enterprise -- Profit/Loss --&gt; IFI     Enterprise -- Profit/Loss --&gt; Owner   </pre>
Notes	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Partnership between IFI and enterprise (owner) in which each party contributes to capital, and profits and losses are shared by pre-agreed ratio.</li> <li>• IFI contribution can be equity or loan participation.</li> </ul>
National accounts	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>FA:</b> Loans (F4); or, Equity (F5)</li> <li>• <b>Income:</b> Property income: Interest and similar returns (D41); or, Dividends (D421)</li> </ul>
External sector statistics	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>FA/IIP:</b> Other investment: loans; or, Portfolio investment: Equity security.</li> <li>• <b>Income:</b> Primary income: Investment income:             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Other investment: Interest and similar returns (D41O).</li> <li>○ Portfolio income: Equity securities: Dividends (D42P)</li> </ul> </li> </ul>

Source: AAOIFI<sup>771</sup>

Après avoir conçu ce cadre théorique qui s'est développé dans le temps, les premières initiatives pour l'établissement des institutions financières islamiques étaient faites par des personnes privées dans un objectif de réconciliation d'un désir de la réussite commerciale et le respect des exigences de la *Shari'a*. Elles auraient commencé en Malaisie, en 1962, avec

<sup>770</sup> IMF, *supra* note 4 à la p 58.

<sup>771</sup> AAOIFI, Standard (Comptabilité financière) no. 4: (Financement Musharaka).

le Pilgrim's Management Fund<sup>772</sup>. Puis, elles ont continué leur développement en Egypte en 1963 avec Mit Ghamr Saving Bank à Mit Ghamr par Ahmed Al Naggar<sup>773</sup>. Cette dernière institution est devenue plus tard Nasser Social Bank en 1971. Elle était la première banque qui consacre dans son acte constitutif l'interdiction de traiter avec l'intérêt.

Après les années 1970 suite à la création de l'Organisation de la Conférence Islamique (OCI), aujourd'hui devenue Organisation de la Coopération Islamique, l'idée d'une banque islamique a ensuite été lancée par la création en 1970 de la Banque islamique de développement<sup>774</sup>.

La Dubai Islamic Bank (DIB) a été créée en 1975. C'était la première banque islamique non gouvernementale. Durant les années qui suivent, plusieurs institutions similaires vont avoir le jour comme la Kuwait Finance House et la Banque Fayçal en Egypte en 1977, la banque islamique de Jordanie en 1978 ainsi que la banque islamique du Bahreïn en 1980.

La décennie 1990 a été marquée par l'extension géographique des IFI en tant prêteurs traditionnels et l'apparition des *Sukuks* (obligations) comme un autre moyen d'obtenir un financement sans intermédiation. De même, des institutions internationales chargés de l'élaboration des normes ont été créées, à l'image de l'AAOIF en 1991<sup>775</sup>.

### 3.1.1.2 Croissance de la finance islamique

L'année 2000 constitue un point tournant dans l'industrie de la FI. Elle a été marquée empiriquement par le début d'une véritable croissance de la FI. Ainsi, nous allons voir ce développement dans un contexte général puis dans le contexte canadien.

---

<sup>772</sup> Schoon Natalie, « Islamic Finance – An Overview » (2008) European Business Organization Law Review aux pp 605-626; Warde, *Islamic Finance in the Global Economy*, supra note 9 aux pp 70-71.

<sup>773</sup> Mohsin Ali and Wajahat Azmi, « Impact of Islamic Banking on Economic Growth and Volatility: Evidence from the OIC Member Countries » dans Nafis Alam & Syed Aun R. Rizvi dir., *Islamic Banking Growth, Stability and Inclusion*, UK, Springer Nature, 2017 à la p 15; Jouaber-Snoussi, « I. Un panorama de l'industrie de la finance islamique », supra note 8 à la p 11.

<sup>774</sup> Warde, *Islamic Finance in the Global Economy*, supra note 9 aux pp 71-72.

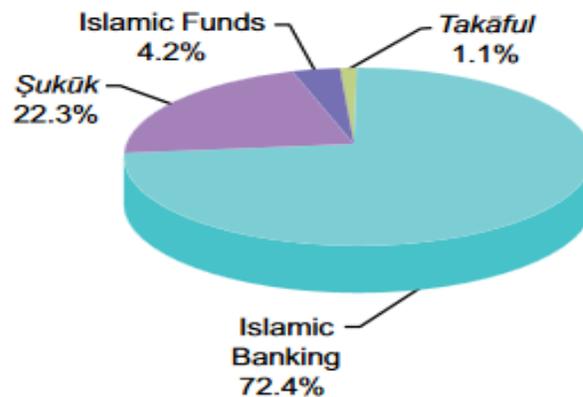
<sup>775</sup> Jouaber-Snoussi, « I. Un panorama de l'industrie de la finance islamique », supra note 761 aux pp 12-16 ; Warde, *Islamic Finance in the Global Economy*, supra note 9 aux pp 72-73.

### 3.1.1.2.1 Evolution de la FI : contexte général

Plusieurs facteurs semblent ainsi favoriser le développement de la FI tels que le gonflement de l'épargne des pays du Machrek (l'orient arabe) ainsi que le rapatriement de certains capitaux des investisseurs musulmans après le 11 septembre 2001<sup>776</sup>. La FI était à l'époque 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*)<sup>777</sup>, aux fonds mutuels, aux activités islamiques des banques conventionnelles, aux sociétés de leasing, aux sociétés de négoce des produits de base et aux fonds d'investissement islamiques<sup>778</sup>.

Figure 9 : Composition segmentaire de la FI (2019)

**Chart 1.1.1 Segmental Composition of the Global IFSI (2019)**



Source: IFSB Secretariat Workings

Le FMI estimait qu'il existait, à 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

<sup>776</sup> Pastré Olivier et Gecheva Krassimira, « La finance islamique à la croisée des chemins » (2008) Revue d'économie financière n° 92 p 197 à la p 202.

<sup>777</sup> La première compagnie d'assurance est l'Islamic Insurance Company of Sudan en 1979. En 2005, il avait 82 sociétés. Dans Askari Hossein, Zamir Iqbal and Mirakhor Abbas, *New Issues in Islamic Finance and Economics : Progress and Challenges*, Asia, John Wiley & Sons, 2009 à la p 30 [Askari, Zamir and mirakhor].

<sup>778</sup> Kabir and Mervyn, «Islamic banking: an introduction and overview », *supra* note 755 à la p 1.

années<sup>779</sup>. Verticalement, ce développement s'est concrétisé par l'internationalisation de la FI. Celle-ci a pris plusieurs formes qui correspondent à deux phases<sup>780</sup> :

La première phase s'est déroulée 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), Union Bank of Switzerland (UBS) et la Deutsche Bank à ouvrir des fenêtres islamiques durant les années 1980. Citibank sera la première banque occidentale à établir une banque islamique (CIIB Bahrain) en 1996<sup>781</sup>.

La deuxième phase est 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 Grande-Bretagne. Plusieurs banques ont même créé des départements distincts spécialisés en services financiers islamiques sur leurs marchés nationaux<sup>782</sup>.

---

<sup>779</sup> Selon la lettre vernimme.net n°51 octobre 2006. Voir aussi, El Qorchi Mohammed, « La finance islamique est en marche » (2005) Finances & développement.

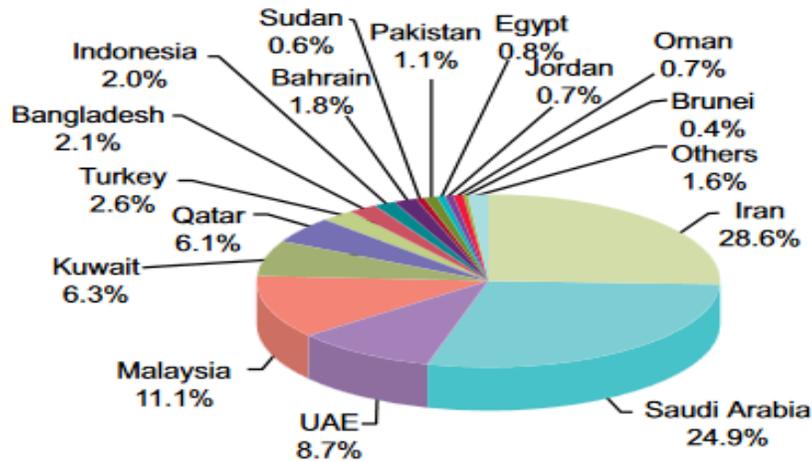
<sup>780</sup> Causse Geneviève, *La finance islamique*, Paris, Revue Banque, 2009 à la p 23 [Causse, *La finance islamique*].

<sup>781</sup> *Ibid*, Zamir Iqbal and Mirathor Abbas, *An introduction to Islamic Finance Theory and Practice*, Asia, John Wiley, 2011 aux pp 26 et 27 [Zamir and Mirathor].

<sup>782</sup> *Ibid* à la p. 3.

Figure 10 : Part des actifs bancaires islamiques mondiaux

**Chart 1.1.6 Share of Global Islamic Banking Assets\* (%) (3Q19)**



\*The share is apportioned in US dollar terms.

Source: IFSB Secretariat Workings

Au niveau du marché financier, cette internationalisation s'est manifestée par l'émission des *Sukuks*. À titre d'exemple, le Land allemand de Saxe-Anhalt a émis des *Sukuks* en 2004, d'une valeur de 100 millions d'euros (125,9 millions de dollars). En 2008, le gouvernement du Royaume-Uni a émis aussi des *Sukuks* pour un montant de 2 milliards de livres (soit près de 3 milliards de dollars)<sup>783</sup>. Cette internationalisation s'est manifesté, par ailleurs, par la création d'indices boursiers (Dow Jones Islamic Market Index à New York, Financial Times Stock Exchange Global Islamic Index à Londres)<sup>784</sup>.

Cela a engendré différents cadres juridiques de la FI correspondant à quatre catégories de pays<sup>785</sup> :

- 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.

<sup>783</sup> L'Observateur de l'OCDE, Finance islamique, n° 272, 2009, en ligne :

<[http://www.observateurocde.org/news/fullstory.php/aid/2381/Finance\\_islamique.html](http://www.observateurocde.org/news/fullstory.php/aid/2381/Finance_islamique.html)>.

<sup>784</sup> 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'École de management de Strasbourg (DU) et L'Université Paris-Dauphine (DU)) spécialisés en matière de finance islamique.

<sup>785</sup> Causse, La finance islamique, *supra* note 780 à la p 45; Wilson, *Legal regulation and governance issues in islamic finance*, *supra* note 97 aux pp 103-119.

- Une deuxième catégorie dans laquelle les IFI bénéficient de normes spécifiques qui organisent leur fonctionnement. Toutefois, les IFI sont soumises parallèlement à d'autres normes s'appliquant aux IFC. La Malaisie, l'Indonésie, le Bahreïn et le Koweït sont des exemples à cet égard<sup>786</sup>.
- La troisième catégorie comporte des pays qui reconnaissent l'existence des IFI mais ne disposent pas de normes spécifiques qui organisent le fonctionnement de celles-ci. Contrairement aux IFI appartenant à la deuxième catégorie, les IFI ici ne bénéficient pas de facilités, elles sont soumises aux exigences du système financier conventionnel, en particulier au contrôle de la banque centrale<sup>787</sup>.
- 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 du Canada.

### 3.1.1.2.2 Contexte canadien : entre présence de facto et vide juridique

Différents indices donnent à tort l'impression que la FI fait partie intégrante du système financier canadien. Ces derniers se manifestent, dans les faits, qu'au niveau externe, certaines banques canadiennes, compagnies d'assurance et agences de crédit à l'exportation fournissent des produits et services de la FI au cours des dernières années. Au niveau interne, certaines banques ont montré leur intérêt à cette industrie, à l'image de la Banque canadienne impériale de commerce (CIBC) qui offre des conseils dans le secteur d'investissement conforme à l'éthique islamique. De même, la Bourse de Toronto (TSX) a lancé un indice conforme à la *Shari'a* en 2009<sup>788</sup>.

---

<sup>786</sup> Dans cette catégorie, les banques islamiques ne sont pas soumises aux exigences de système financier conventionnel, spécialement le contrôle de la banque centrale. Voir Wilson, *Legal regulation and governance issues in islamic finance*, supra note 97 aux pp 103-119.

<sup>787</sup> Bah, Mohamed Fall Ould, « Les réseaux de la finance islamique en Afrique » (2010) *Politique étrangère* vol. no 4 2010 pp 805-817 à la p 810.

<sup>788</sup> Jillian D'Amours, *Le Canada, prochain centre de la finance islamique? Middle East Eye*, Ed. Française, 2016, en ligne : <<https://www.middleeasteye.net/fr/reportages/le-canada-prochain-centre-de-la-finance-islamique>>.

Cependant, la FI reste une industrie de niche au Canada dans lequel les musulmans représentent actuellement environ 2,8% de la population canadienne et, compte tenu des récentes tendances démographiques, ce ratio devrait augmenter à environ 6,6% d'ici 2030<sup>789</sup>.

Ainsi, au premier lieu, nous exposerons la présence timide de la FI sur le territoire canadien. L'absence d'encadrement juridique fera l'objet de notre deuxième point.

### **3.1.1.2.2.1 Présence timide de la FI**

Il existe trois sortes d'institutions qui offrent certains produits conformes à l'éthique islamique.

La première catégorie est constituée des coopératives d'habitation réglementées qui se sont formées dans plusieurs provinces à l'image de L'Ansar Housing Cooperative à Toronto<sup>790</sup> et la Coopérative d'Habitation Qurtuba à Montréal<sup>791</sup>. Ces coopératives permettent aux futurs acquéreurs de logement d'obtenir un financement immobilier sous certaines conditions : devenir membre de la coopérative, acheter des parts de la coopérative servant à financer les membres qui avaient adhéré auparavant et ultimement, réaliser un montant d'investissement équivalent à 20% jusqu'à 50% du montant de financement demandé. Cette somme permet au client d'entrer dans la liste de priorité d'achat d'une maison. Toutefois, il existe une période d'attente variable selon la coopérative concernée qui ne peut pas être moins de six mois au minimum<sup>792</sup>.

La deuxième catégorie se compose des institutions financières (exemple UM Financial)<sup>793</sup> qui jouent le rôle d'intermédiation entre une caisse d'épargne, telle que

---

<sup>789</sup> L'Enquête nationale auprès des ménages effectuée par Statistique Canada, précise qu'il y existait 1 053 945 musulmans au Canada en 2011, c'est l'équivalent de 3,2 % de la population totale canadienne ; Statistique Canada, en ligne : < <https://www150.statcan.gc.ca/n1/fr/catalogue/99-004-X> >.

<sup>790</sup> En ligne : <<http://www.ansarhousing.com/>>.

<sup>791</sup> En ligne : <<https://qurtuba.ca/fr/>>.

<sup>792</sup> Pour plus des détails, voir l'Ansar Housing Cooperative : <[http://www.ansarhousing.com/home\\_buyers\\_overview.aspx](http://www.ansarhousing.com/home_buyers_overview.aspx) >; et Coopérative d'Habitation Qurtuba : <<https://qurtuba.ca/fr/home-buying/>>.

<sup>793</sup> En ligne : <https://umgroup.ca/home/>>.

crédit union et des individus de confession musulmane. La première relation entre la coopérative et l'institution financière est régie par la *Moudaraba*<sup>794</sup>, tandis que la deuxième relation entre la coopérative et l'individu est sous l'égide de la *Moucharaka* dégressive<sup>795</sup>. Cette dernière permet à un individu d'acheter un logement en collaboration avec une entreprise, à laquelle l'individu doit alors un loyer. Ce dernier achète également progressivement les actions de l'entreprise dans la propriété (généralement sur une période définie) jusqu'à devenir au final complètement propriétaire de l'habitation.

La troisième catégorie se manifeste dans l'émergence de certaines institutions financières canadiennes qui se sont développées pour répondre à la demande de la communauté musulmane, notamment Assiniboine Credit Union au Manitoba, qui offre un produit de *Moucharaka* dégressive depuis 2010. Assiniboine avait 3,8 \$ US. milliards d'actifs à la fin de 2014<sup>796</sup>.

On ajoute à cela l'apparition de certaines institutions qui ne se présentent ni comme une banque ni comme un courtier hypothécaire et ne se prétendent pas de fournir des prêts hypothécaires, mais travaillent avec plusieurs institutions financières et banques Canadiennes pour structurer des transactions financières conformes à la *Shari'a*. (IjaraCDC) est un bon exemple à cet égard<sup>797</sup>.

Somme toute, les coopératives d'habitation constituent une source principale de financement de l'habitation conforme à la *Shari'a* au Canada. Mais, cette base est limitée puisqu'elle s'appuie sur les contributions des membres pour financer l'achat de logements et limite le montant de financement indépendamment de l'acompte payé. Ils ne fournissent pas une solution qui s'adapte bien aux besoins de financement de la communauté. De même, elles ne pourraient ne pas être en mesure de répondre à

---

<sup>794</sup> Thomas Expert Witness UM Financial, aux pp 7-8 en ligne :

<<https://umgroup.ca/wp-content/uploads/2019/06/Thomas-Expert-Witness-UM-Financial-090618-1-1-1.pdf>>.

<sup>795</sup> *Ibid* aux pp 8-10.

<sup>796</sup> En ligne : <<https://www.acu.ca/en/personal/mortgages/specialty-mortgages>>.

<sup>797</sup> En ligne : <<https://ijaracdc.com/>>. Il faut toutefois noter qu'en 2010, une étude a été effectuée par la Société canadienne d'hypothèques et de logement (SCHL) sur ce type de financement et un dossier a été déposé auprès du ministère des Finances à Ottawa par le groupe saoudien A1Bassam : Canada, SHCL, Report to Canada mortgage 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](http://canadagazette.gc.ca/rp-pr/p1/2010/2010-09-04/html/misc-divers-fra.html)>.

l'ensemble de la demande d'une communauté en progression<sup>798</sup>. Les institutions financières non bancaires proposant des prêts hypothécaires islamiques sont confrontées aux mêmes problèmes que les coopératives, soit l'accès au financement<sup>799</sup>.

#### 3.1.1.2.2 Absence d'encadrement juridique

Malgré l'existence des institutions qui offrent des produits de la FI, il n'existe aucune législation étatique spécifique, à l'heure actuelle, liée à leur mise en œuvre. En conséquence, l'absence de disposition législative spécifique porte le risque d'impacter la sécurité juridique et judiciaire de l'activité économique de la FI et d'exposer ces utilisateurs à des abus. À cet égard, l'encadrement serait un moyen de protection pour les acheteurs et toutes les parties prenantes dans l'opération. Et par défaut, le contournement de cette éventualité, renvoie vers la législation canadienne fédérale et provinciale. Toutefois, on s'interroge si le droit canadien contemporain et en vigueur dispose-t-il de la capacité de régir les opérations de la FI sans l'intervention de l'autorité législative ?

Les fondements de la FI ne sont pas étrangers aux exigences applicables dans le système financier canadien. Certes, les IFI fonctionnent de manière différente de celles des IFC mais les principes fondamentaux peuvent être similaires. La littérature résume ces fondements en des prescriptions et des interdits. Au niveau des prescriptions, elles se manifestent dans le principe du partage des pertes et profits et l'adossement de toute transaction sur des actifs tangibles et identifiables. *A contrario*, elle ne peut pas s'appuyer sur d'autres produits financiers. En parallèle, les interdictions consistent en des interdits portant sur la nature de l'activité (jeux de hasard, armement, etc) et des gains (intérêt, usure, les gains fondés sur l'exploitation de l'incertitude, sur la spéculation (*mayser*) ou le hasard (*gharar*)<sup>800</sup>.

Au niveau des prescriptions, le principe du partage des profit et des pertes (3P) en FI entraîne un partage contractuel entre le prêteur et l'emprunteur des pertes et profits

---

<sup>798</sup> Sawwaf Mohamed, «Canada: The next untapped market that must adopt Islamic Finance» (2021) Manzil, en ligne: <<https://manzil.ca/canada-the-next-untapped-market-that-mustadopt-islamic-finance>>.

<sup>799</sup> *Ibid.*

<sup>800</sup> Allard, Benchabane, *supra* note 9 aux pp 19-20.

escomptés d'une opération de financement. Il trouve une correspondance en société en commandite (2236-2249 C.c.Q). On peut également voir au Québec que l'article 2186 du Code civil 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. La disposition légale 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<sup>801</sup>. Sous l'angle de l'identification des principes communs en droit islamique et en droit canadien, il est possible d'envisager une place à la FI dans le dispositif légal local et de concevoir une intégration normative.

Quant aux interdits, on peut évoquer la prohibition du *Riba* en islam. Cette notion couvre aussi bien l'usure que les intérêts payés sur les prêts de toutes sortes. Par analogie, un volet de *Riba* (l'usure) trouve un équivalent en droit canadien. Le *Code criminel*<sup>802</sup>, dans le principe de son article 347, détermine le « taux criminel ». Selon cette disposition, ce principe englobe tout taux d'intérêt annuel effectif, appliqué au capital prêté et calculé conformément aux 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.

Un autre exemple d'interdits est puisé dans l'interdiction de la spéculation. Une similitude ressort avec le droit canadien dans le domaine des contrats de jeu et de pari. Ainsi, au Québec, 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 lorsque le jeu et le pari ne sont pas expressément autorisés, le gagnant ne peut exiger le paiement de la dette et le perdant ne peut rembourser la somme payée. Cette disposition se comprend à la lumière du concept d'incertitude en matière contractuelle et à travers deux notions fondamentales: l'objet et la

---

<sup>801</sup> Art. 2186 du C.c.Q.

<sup>802</sup> *Code criminel* (L.R.C. (1985), ch. C-46); L'Heureux Nicole, Fortin Édith et Lacoursière Marc, *Droit bancaire*, 4<sup>e</sup> éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc, 2004 à la p 218.

cause. L'une, soit l'objet, il doit être possible et déterminé ou déterminable. Si cet objet porte sur un bien à venir, ce dernier doit être déterminé quant à son espèce et déterminable quant à sa quantité<sup>803</sup>. Quant à l'autre notion, soit la cause, l'article 1371 du C.c.Q l'exige comme élément essentiel qui détermine l'existence de l'obligation<sup>804</sup>.

Dans les deux cas, il ne doit être ni prohibé par la loi ni contraire à l'ordre public<sup>805</sup>. Sur ce point relatif à l'ordre public, on peut relever la dissemblance avec le droit islamique qui précise une liste exhaustive des activités illicites. Or, en droit canadien, aucune référence semblable n'existe. Quoique, la jurisprudence continue d'apporter des précisions sur des choses qui peuvent être interdites sous prétexte de la protection de l'ordre public<sup>806</sup> ou parce qu'elle, font partie des prérogatives de la puissance publique (ex. l'armement).

Là également, au niveau des interdictions, l'identification des repères de convergence évalue l'éventualité d'une intégration normative des IFI. Son éclairage contribuera à la réflexion sur la mise en place des modalités de réalisation. Le prochain point apportera plus de détails mais seulement dans le cas de la faillite des IFI.

### **3.1.2 Liquidation et restructuration des IFI : de la théorie à la pratique**

Dans la littérature sur la crise financière de 2008, Dridi et Hasan ont mis l'accent sur la résilience de la FI au cours de cette crise en se basant sur des données bancaires des années 2007/2010 provenant de 120 institutions financières islamiques et conventionnelles (IFC) dans 8 pays<sup>807</sup>. L'étude a démontré que les IFI, en général, ont

---

<sup>803</sup> Art.1374 du C.c.Q.

<sup>804</sup> Art.1371 du C.c.Q "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 ". Voir : Vincent, vol 1 *supra* note 460 aux pp 7-8. L'auteur explique la distinction entre la cause de l'obligation et la cause du contrat dans la page 8.

<sup>805</sup> Art.1373 du C.c.Q; *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54 (CanLII) ; *Pairie c. Poirier (Succession de)*, 2008 QCCS 1908 (CanLII).

<sup>806</sup> Voir notamment, Karim, Vincent, « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation. » (1999) *Les Cahiers de droit* 40(2) 403-435.

<sup>807</sup> Hasan & Dridi, *supra* note 14.

montré une plus grande résilience<sup>808</sup>. Dans un contexte spécifique, celui du Pakistan, une autre étude a montré que les succursales de banques islamiques sont moins sujettes à des retraits de dépôt pendant la période de crise et qu'ils accordent plus de prêts et que leurs décisions de prêts sont peu sensibles aux changements dans les dépôts<sup>809</sup>. Dans le même ordre d'idées, Thorsten Beck et d'autres ont constaté que les IFI ayant des ratios d'intermédiation plus élevés ont une meilleure qualité d'actifs et sont mieux capitalisés que les IFC. Celles-ci ont aidé les IFI à surperformer les IFC au cours de la crise financière<sup>810</sup>.

Cependant, malgré cette résilience, la littérature rapporte aussi que les IFI ont éprouvé des difficultés financières avant et après la crise financière de 2008. La Kuwait Finance House, à titre d'exemple, qui a été la première banque islamique établie au Koweït, a subi des lourdes pertes en 1984<sup>811</sup>. La banque internationale du Danemark a perdu plus de 30% de ses capitaux propres entre 1985 et 1986<sup>812</sup>. La première banque islamique en Malaisie (Bank Islam Malaysia Berhad (BIMB)) a subi des pertes de 457 millions de ringgit malaisien en 2005, principalement en raison d'une provision de 774 millions de ringgit malaisien contre des mauvais prêts et des mauvais investissements<sup>813</sup>.

D'autres auteurs ont levé le voile sur la faillite de certaines entités comme Ihlas Finance House (IFH) en Turquie en 2001<sup>814</sup>, le Patni Cooperative Credit Society of Surat en Inde en 2003<sup>815</sup> et l'Um Financial inc à Toronto au Canada<sup>816</sup>.

D'autres ont mis l'accent sur la lutte de certains IFI dans les pays du Golfe pour refinancer leurs dettes à la suite de la crise économique mondiale. À titre d'exemple, l'Investissement Dar a été l'une des premières à se réorganiser en vertu de la loi de stabilité financière de Koweït introduite en 2009. La compagnie n'a pas réussi son plan de réorganisation dans un cadre judiciaire, elle a cherché à mettre en place un plan de

---

<sup>808</sup> Nienhaus, « Islamic Finance Ethics and Shari'ah Law... », *supra* note 14 à la p 594.

<sup>809</sup> Farooq & Zaheer, *supra* note 14.

<sup>810</sup> Beck, Demirgüç-Kunt & Merrouche, *supra* note 14.

<sup>811</sup> Ur Rahman & Zada, *supra* note 16 à la p 42.

<sup>812</sup> *Ibid* à la p 42.

<sup>813</sup> Zulkifli, *supra* note 16 à la p 27.

<sup>814</sup> Grais and Pellegrini, *supra* note 17 aux pp 8-9.

<sup>815</sup> *Ibid* aux pp 9-10.

<sup>816</sup> Salim Farrar, Ghena Krayem, *Accommodating Muslims Under Common Law: A Comparative Analysis*, New York, Routledge, 2016 aux pp 153-156.

restructuration de la dette de 813 millions de dinars (2,69 milliards de dollars US) avec les investisseurs dans un cadre extra-judiciaire<sup>817</sup>. Sur ce point, McCarthy et Khan précisent que la plupart des cas d'insolvabilité dans les pays du Golfe sont décidés par des négociations extra-judiciaires car la restructuration judiciaire reste à la fois coûteuse et imprévisible<sup>818</sup>. C'est pour cette raison que la banque Arcapita, banque d'investissement islamique établie à Bahreïn et ayant des filiales à l'étranger, a déposé une demande de protection au titre du chapitre 11 devant la Cour des faillites des États-Unis<sup>819</sup>. En effet, il existe jusqu'à date deux cas de restructuration selon les dispositions de chapitre 11 US impliquant aussi la doctrine islamique, à savoir Cameron Sukuk<sup>820</sup> et Arcapita<sup>821</sup>.

### 3.1.2.1 UM financial : cas du Canada

UM Financial Inc. et UM Capital Inc (conjointement UM) est une institution financière cherchant à présenter des produits conformes à l'éthique islamique. Après avoir réussi à atteindre son objectif à travers une collaboration avec une institution financière, cette dernière a pris une décision unilatérale qui peut être considérée, selon les circonstances, l'origine de la difficulté financière de UM. Un litige est survenu et une question sur la législation appliquée a été posée<sup>822</sup>.

Ainsi, nous allons voir, dans un premier temps, les faits de cette affaire. Un deuxième point sera consacré à l'analyse de la question en cause. Dernièrement, nous allons décortiquer la réponse de la Cour à cet égard.

---

<sup>817</sup> McCarthy & Kahn, *supra* note 53.

<sup>818</sup> *Ibid* à la p 11.

<sup>819</sup> Salzberg, « Arcapita Bank: The Bankruptcy Court Closes an Escape Valve for Foreign Defendants » *supra* note 53.

<sup>820</sup> Zada, Lahsasna & Saleem, « On sukuk insolvencies: a case study of East Cameron partner », *supra* note 53 à la p 14.

<sup>821</sup> Michael J. T. McMillen, « The Arcapita », *supra* note 49.

<sup>822</sup> *R. v. Kalair and Panchbhaya*, 2019 ONSC 3471 (CanLII) [Kalair and Panchbhaya].

### 3.1.2.1.1 UM Financial : *problèmes* résultant d'une difficulté financière

UM est une association de bienfaisance qui avait le souhait de fournir un financement résidentiel conforme à la *Shari'a*. À cet effet, UM a conclu une entente avec Central 1, anciennement Credit Union Central of Ontario « ci-après CUCO / Central 1 », pour agir à titre de bailleur de fonds et d'institution de prêt. UM a également travaillé avec un comité d'éthique de la *Shari'a* sous le nom de Multicultural Consultancy Canada Inc. «SEB / MCC», pour superviser les aspects religieux du financement. UM a exploité son entreprise de financement du logement conforme à la *Shari'a* de 2004 à 2011, date à laquelle elle a été mise sous séquestre par le tribunal après une demande déposée par CUCO / Central 1<sup>823</sup>.

Pendant que la procédure de mise sous séquestre était en cours, Monsieur Kalair, directeur de UM financial, a utilisé des fonds du compte bancaire d'UM pour acheter des métaux précieux d'une valeur de plus de 2 millions de dollars. La Couronne soutient que ces fonds auraient dû être remis à CUCO / Central 1 et que Monsieur Kalair et Monsieur Panchbhaya, membre de comité de *Shari'a*, ont frauduleusement converti les fonds en métaux précieux. En revanche, Kalair soutient que cet achat a été effectué pour payer la dette due par UM au SEB / MCC pour les services de la *Shari'a* qu'elle a fournis et que le paiement a été effectué conformément aux accords conclus avec la SEB / MCC et la CUCO / Central 1. Une partie de l'argent a finalement été remise à CUCO / Central 1 par Panchbhaya, mais une autre partie ne l'a pas été. En conséquence, Kalair et Panchbhaya sont accusés pour plusieurs chefs d'accusation en vertu de Code criminel et de la LFI<sup>824</sup>.

### 3.1.2.1.2 La liberté contractuelle : notion permettant l'application de la FI

La question centrale de cet arrêt consiste à déterminer si les actes de Monsieur Kalair constituent une fraude en vertu du Code criminel (CC)<sup>825</sup> et de la LFI. Pour échapper à

---

<sup>823</sup> *Ibid* para 1.

<sup>824</sup> *Ibid* paras 2 et 3.

<sup>825</sup> *Code criminel* (L.R.C. (1985), ch. C-46).

ces accusations, la partie demanderesse invoque l'utilisation de l'argent en conformité avec les dispositions de la FI<sup>826</sup>.

Avant de procéder à la réponse à cette question, le juge avait cherché la nature de la relation contractuelle entre UM financier et Central 1. Il a été constaté que les contrats ont été rédigés, édités et finalisés avec une intention claire de respecter et d'incorporer le cadre de la FI nécessaire pour satisfaire la clientèle<sup>827</sup>. Ceci a été motivé par deux raisons : La première se manifeste dans le travail qui a été effectué par Monsieur Lohmueller au nom de CUCO / Central 1, avec UM pour une durée de deux années, pour formuler des contrats conformes au droit islamique, en changeant la terminologie traditionnelle, en renonçant aux processus traditionnels et en prenant d'autres mesures qui auraient été considérées nécessaires pour un modèle conforme à la *Shari'a*. Selon le tribunal, les premiers documents de CUCO / Central 1 pendant la phase de développement et de lancement du produit ne laissent aucun doute sur le fait que les concepts fondamentaux de sa relation avec l'UM étaient enracinés dans le droit islamique et le respect de la *Shari'a*. On peut donc relever que les deux parties avaient l'intention d'entrer dans une relation de *Moudaraba* régie par les principes de la FI sous l'égide du droit des sociétés de l'Ontario. De ce fait, on constate que la relation entre CUCO / Central 1 et UM n'est pas une relation traditionnelle entre un débiteur et un créancier mais plutôt une forme de coentreprise ou de société en commandite. En vertu de cette structure, CUCO / Central 1 accepte le risque de perte et reconnaît simultanément qu'il y aurait des dépenses supportées par UM pour assurer le respect de la *Shari'a*, y compris les frais de SEB / MCC<sup>828</sup>.

La deuxième raison se présente dans l'embauche par UM d'un comité de *Shari'a*. En effet, pendant la négociation entre CUCO / Central 1 et UM sur les conditions de leur produit, UM a embauché un comité de *Shari'a* qui a émis des *fatwas*. Le travail du comité a été diffusé à la communauté musulmane et a signalé la légitimité et la conformité du produit à la *Shari'a*<sup>829</sup>.

---

<sup>826</sup> *Kalair and Panchbhaya, supra* note 822 paras 58-59 et paras 61-63.

<sup>827</sup> *Ibid* para 328.

<sup>828</sup> *Ibid* para 328.

<sup>829</sup> *Ibid* para 329.

Après avoir nié que la relation entre les deux parties est une relation financière entre la banque et son partenaire, basée sur l'intérêt<sup>830</sup>, le juge a conclu que la relation contractuelle est soumise aux dispositions de la FI. Selon ses dires:

Contracts were drafted, edited, and finalized with a clear intention to respect and incorporate the Islamic finance framework necessary to satisfy the unique clientele seeking out the CUCO/Central 1 and UM product<sup>831</sup>.

### 3.1.2.1.3 *Colour of the right* : l'application simultanée du droit canadien

Après avoir été convaincue que les contrats ont été rédigés dans l'intention de respecter les dispositions de la FI, la Cour s'est basée sur les faits commis par Central 1 et par Kalair et les conséquences subies par celui-ci pour rendre sa décision dans cette affaire.

Il a été démontré que, suite à la crise financière de 2008, la CUCO / Central 1 a pris la décision unilatérale de ne pas financer de nouvelles hypothèques, renonçant ainsi à sa lettre d'engagement de 49 millions de dollars. De plus, CUCO / Central 1 a également récupéré la marge bénéficiaire qu'UM avait gagnée sur les prêts hypothécaires existants. Puis, en novembre 2010, CUCO / Central 1 a mis fin à sa relation avec UM.

En conséquence, UM s'est retrouvée obligée de gérer de nombreux prêts hypothécaires gratuitement. De même, UM a fait des efforts pour transférer le portefeuille de prêts hypothécaires à des prêteurs financiers alternatifs, mais cela a été sans succès<sup>832</sup>. À ce stade, Kalair a été confronté à des demandes de paiement non pas seulement de la part de SEB / MCC, mais aussi de CUCO / Central 1 et des propriétaires souhaitant que le produit financier qu'ils avaient acheté reste à tout moment conforme à la *Shari'a*.

Face à cette situation préoccupante et étant persuadé que la *Moudaraba* lui autorisé à utiliser les fonds du compte UM pour couvrir ces dépenses<sup>833</sup>, monsieur Kalair a utilisé des fonds pour couvrir les coûts associés à la fermeture de l'entreprise *Moudaraba*,

---

<sup>830</sup> *Ibid* para 327: « I agree with counsel for Kalair that in order to convict Kalair of the CC offences and the BIA charge of fraudulent disposal, I must be satisfied beyond a reasonable doubt that the relationship between CUCO/Central 1 and UM was predicated on a traditional debtor/creditor understanding. **I am not so satisfied** ».

<sup>831</sup> *Kalair and Panchbhaya*, supra note 822 para 328.

<sup>832</sup> *Ibid* para 331.

<sup>833</sup> *Ibid* para 333.

notamment les frais de SEB / MCC. Il a été convaincu aussi que si cela générerait un déficit, ce dernier serait supporté par le CUCO / Central 1 conformément aux règles de *Moudaraba*.

En se basant sur l'affaire *R. v. Potts*<sup>834</sup> dans laquelle Monsieur Potts (the indigenous chief) a été acquitté de méfait parce qu'il a agi sur ses croyances, fondées sur sa connaissance de son ascendance, de sa parenté et de ses traditions autochtones, le tribunal a mis l'accent sur un concept juridique très important : celui de *Colour of right*<sup>835</sup>. Ce dernier signifie que la conviction sincère d'un acte est justifiable. L'utilisation de ce moyen de défense ne garantit pas *ipso facto* l'acquittement de la personne en cause, mais il diminue l'élément de *mens rea* nécessaire pour la déclaration de culpabilité.

En misant, en pratique, ce concept dans cette affaire, le tribunal convient que même si Kalair s'est trompé dans son interprétation ou son application de la *Shari'a*, il croyait sincèrement mais à tort qu'il agissait de façon appropriée dans les circonstances<sup>836</sup>. En outre, le tribunal reconnaît que la compréhension de Kalair de l'application de la *Shari'a* était erronée en droit. Cependant, il estime que Kalair croyait sincèrement à tout moment, et avait des motifs raisonnables de croire, qu'il agissait de manière appropriée dans les circonstances. En traitant les fonds prétendument détournés, Kalair a agi avec apparence de droit et il a traité lesdits fonds d'une manière qui était légalement conforme à cette apparence de droit.

---

<sup>834</sup> *R. v. Potts*, [1990] O.J. No. 2567 (Ont. C.J. – Prov. Div.), cited at par 68 of these reasons.

<sup>835</sup> Pour plus de détails, voir *Kalair and Panchbhaya*, *supra* note 822 para 25 ; *R. v. DeMarco* (1973), 1973 CanLII 1542 (ON CA), 13 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.), at p. 372.

Le tribunal a révélé une affaire de 1963 de la Cour d'appel de l'Ontario. *R. v. Laroche* (1963), 1963 CanLII 725 (ON CA), 3 C.C.C. 5, 40 C.R. 144 (Ont. C.A.), at pp. 9-10. L'accusé était un trésorier municipal et percepteur d'impôts. Il a été accusé d'avoir converti illégalement à son propre usage 10 000 \$, qui appartenaient à la municipalité. L'accusé a admis avoir pris l'argent, détruit intentionnellement les registres de la transaction et remis l'argent au maire conformément à ses ordres. Elle a témoigné qu'elle se sentait justifiée de suivre les ordres du maire. Le tribunal a déclaré ce qui suit:

“In discussing fraudulent intent the learned trial judge told the jury that if the "accused honestly thought she was obliged to take this money" as ordered by the mayor upon the authorization of the municipal council, they ought to acquit. In effect this instruction is to acquit only if the jury found that the appellant believed that she was under a legal compulsion to obey the mayor's orders. I think it sufficient if she honestly believed that she was justified in following the mayor's orders even though not bound to do so and even if that belief was without foundation”.

<sup>836</sup> *Kalair and Panchbhaya*, *supra* note 822 au para 334.

Pour ces motifs, le tribunal convient donc que le ministère public a failli à son fardeau de prouver la *mens rea* des infractions du Code criminel hors de tout doute raisonnable. Et de ce fait, le tribunal a conclu que Kalair doit être déclaré non coupable des six chefs d'accusations<sup>837</sup>.

Somme toute, le point important dans cette affaire est que le tribunal a pris en considération le droit islamique, contrairement à l'encontre de l'arrêt *Shamil Bank v Beximco* ([2004] 4 All ER 1072)<sup>838</sup> qui a refusé son application sous prétexte que ce n'est pas un droit étatique. Cela dit, cette affaire s'inscrit dans le cadre du volet de la liquidation. Nous allons voir un autre exemple.

### **3.1.2.2 East Cameron Partners Inc (ECP) : peut-on considérer sukuk comme une obligation financière ?**

Le secteur des *şukuks* est une composante de la FI qui a commencé de zéro pour atteindre un encours total de 543,4 milliards USD en 2019, enregistrant ainsi une croissance annuelle de 22,2% par rapport à l'année 2018 qui a enregistré 444,8 milliards USD. Il représente 22,3% de la valeur de la FI mondiale et a enregistré une expansion significative en 2019<sup>839</sup>. Entre autres, deux facteurs principaux ont contribué à l'expansion enregistrée en 2019 : la forte émission souveraine et multilatérale sur les principaux marchés financiers islamiques visant à soutenir les dépenses publiques et les initiatives de préservation de l'environnement<sup>840</sup>.

Après avoir été approuvé en 1988 par l'Organisation de la Conférence Islamique<sup>841</sup>, Shell a été la première entreprise conventionnelle à mettre des *Sukuks* équivalents à 30 millions USD<sup>842</sup>. La Saxe-Anhalt allemande a été le premier État non musulman à exploiter ce

---

<sup>837</sup> *Ibid* para 343.

<sup>838</sup> *Shamil Bank of Bahrain v Beximco Pharmaceuticals Ltd* [2004] 1 Lloyd's Rep 1 28.

<sup>839</sup> IFSB, *supra* note 2 à la p 12.

<sup>840</sup> *Ibid*.

<sup>841</sup> Sweder van Wijnbergen & Sajjad Zaheer, « Sukuk defaults: On distress resolution in Islamic finance » (2013) University of Amsterdam and Tinbergen Institute à la p 5 [Van Wijnbergen & Zaheer].

<sup>842</sup> *Ibid*.

marché en mettant des *Sukuks* pour lever 100 millions d'euros en 2004<sup>843</sup>. De même, la Banque mondiale a émis son premier sukuk en 2005 pour lever 760 millions de ringgit malais (RM)<sup>844</sup>. Par la suite, plusieurs entreprises ont embarqué dans ce secteur dont L'East Cameron Partners (ECP).

Ainsi, dans un premier point, nous allons voir les faits de l'affaire East Cameron Partners (ECP). Le deuxième point sera consacré à la problématique posée, soit la signification de *Sukuk* et sa distinction de l'obligation conventionnelle ainsi que la réponse de la Cour qui en résulte. Un troisième point sera consacré à l'analyse de *Sukuks* comme point de croisement entre les intentions divergentes.

### **3.1.2.2.1 ECP : cas concret de redressement des Sukuks**

L'East Cameron Partners (ECP) est une société d'exploration pétrolière et gazière indépendante dont le siège social est à Houston, au Texas aux Etats-Unis. Son actif principal est constitué des droits sur les propriétés gazières situées dans le golfe du Mexique. Ayant acheté des beaux fédéraux pour deux propriétés gazières sous-jacentes, ECP a obtenu un financement de la part de la Macquarie Bank pour son exploitation. Ce dernier a été jugé trop cher. Dans l'objectif de reprendre le contrôle de son activité, ECP a remboursé Macquarie Bank et a montré son intérêt de lever des fonds supplémentaires pour ses exploitations et ses opérations. Étant donné que les conditions des fonds offerts par les banques conventionnelles et les hedge funds n'étaient pas attractives, ECP a décidé d'utiliser un instrument *Sukuk* conforme à la *Shari'a* pour lever ces fonds<sup>845</sup>. Pour avoir levé 165,67 millions de dollars, l'ECP a émis des *Sukuks* en juillet 2006 d'une durée de 13 ans. Il s'agit des premiers *Sukuks* d'entreprise émis aux États-Unis et a été noté par Standard and Poor's (avec la note CCC +). Le contrat sous-jacent de la *Shari'a* pour les

---

<sup>843</sup> *Ibid.*

<sup>844</sup> *Ibid.*

<sup>845</sup> Hawkamah, « Policy Brief on Corporate Governance for Islamic Banks and Financial Institutions in the Middle East and North Africa Region » (2011) aux pp 31-32 [Hawkamah]. en ligne: <https://www.lw.com/thoughtLeadership/corporate-governance-for-islamic-banks-in-mena>.

*Sukuks* était *Moucharaka* et les actifs étaient détenus en copropriété par les détenteurs de *Sukuks* et le créateur, ECP, car ce dernier avait également contribué au fonds *Moucharaka*<sup>846</sup>. Ainsi, « l'objectif de l'initiateur n'était pas un financement conforme à la *Shari'a* en soi », mais plutôt une « opportunité de financement abordable et flexible grâce à laquelle il pourrait lever les fonds nécessaires... »<sup>847</sup>.

Les différentes étapes de l'émission des *Sukuks* sont présentées ci-dessous :

1. L'émetteur SPV, l'entreprise East Cameron Gas Company (ECGP), fondée aux îles Caïmans, a émis 165,7 millions de dollars américains de *Sukuks* dont la recette serait utilisée pour acheter des redevances dérogatoires. Soit l'actif sous-jacent des *Sukuks*, acheté à l'acquéreur SPV suite à une entente de financement de 113,8 millions de dollars américains. Le solde a été affecté au plan de développement, à un compte de réserve et à l'achat d'options de vente pour le gaz naturel afin de se prémunir contre le risque d'une baisse des prix du gaz.
2. Le donneur d'ordre a apporté sa part du capital sous forme d'un transfert de redevances dérogatoires à l'acheteur SPV.
3. Ensuite, l'acheteur SPV, détenant des redevances dérogatoires dans les propriétés, aura le droit à environ 90% des revenus nets d'ECP générés par la production du gaz.
4. La production serait vendue à deux acheteurs dont Merrill Lynch, en tant qu'acheteur remplaçant.
5. Les bénéfices générés par la vente de pétrole et de gaz seraient transférés sur un compte de répartition. Après avoir payé environ 20% au gouvernement et aux redevances dérogatoires privées, le montant restant serait transféré à l'acheteur SPV. Ensuite, l'acheteur SPV allouerait 10% au donneur d'ordre et le reste pour le paiement des dépenses, des retours périodiques des *Sukuks* et le montant du rachat. Tout montant excédentaire irait, de manière égale, au donneur d'ordre et au remboursement anticipé des *Sukuks*.
6. À l'échéance (du remboursement) des *Sukuks*, l'émetteur SPV rachèterait tous les *Sukuks* moyennant le montant restant à transférer aux détenteurs des *Sukuks*.<sup>848</sup>

---

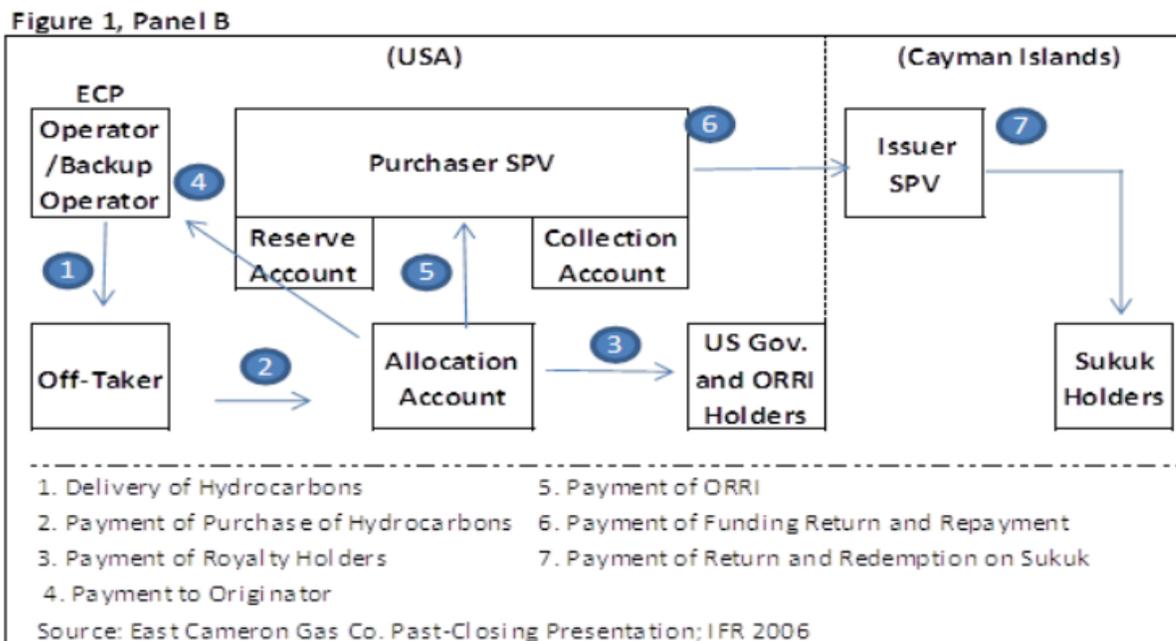
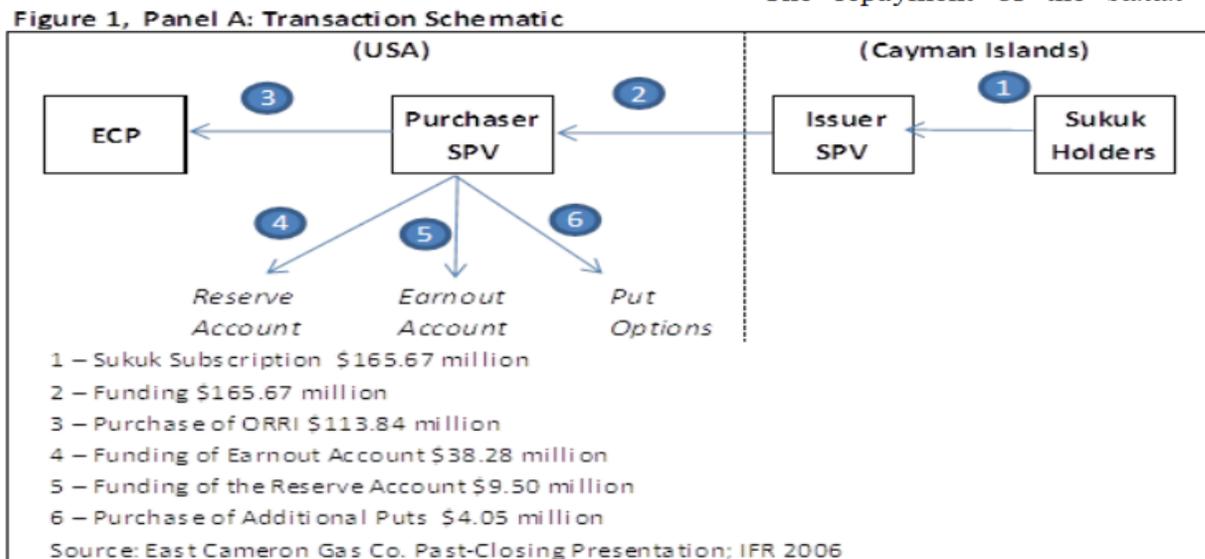
<sup>846</sup> *Ibid* à la p 31; McMillen, « An Introduction » *supra* note 29 à la p 12; Van Wijnbergen & Zaheer, *supra* note 841 à la p 13; Zada, Lahsasna & Saleem, « On sukuk insolvencies: a case study of East Cameron partner » *supra* note 53 à la p 35.

<sup>847</sup> Van Wijnbergen & Zaheer, *supra* note 841 à la p 14.

<sup>848</sup> Van Wijnberger et Zaheer, *supra* note 841 aux pp. 14-15; McMillen, « An Introduction » *supra* note 32.

Figure 11 : Schéma sur les étapes de l'émission des Sukuks

The repayment of the *sukuk* was



Source: Van Wijnberger et Zaheer<sup>849</sup>

Malheureusement, juste après l'émission de *Sukuks*, une diminution continue de la production du champ gazier a induit au défaut l'ECP sur ses paiements périodiques<sup>850</sup>. La

<sup>849</sup> Van Wijnberger et Zaheer, *supra* note 841 à la p 16.

principale raison de ce défaut était les problèmes financiers qu'ECP a subis par cette baisse de la production de pétrole et de gaz qui a été déclenchée par un ouragan dans cette région en septembre 2008. Par conséquent, l'initiateur, ECP, a déposé une procédure sous le régime du chapitre 11 du Code de la faillite des États-Unis à la Cour des faillites en Louisiane<sup>851</sup>.

Par son recours au chapitre 11 de code de la faillite des Etats-Unis, ECP a réussi à dissiper les doutes sur le comment traiter avec les détenteurs des *Sukuks*<sup>852</sup>.

### **3.1.2.2 Problématique sur un point de divergence entre les Sukuks et les obligations**

Au cours de la procédure, une question importante à laquelle le tribunal devait répondre : celle de savoir s'il s'agissait d'une « vraie vente » en vertu de laquelle l'actif ORRI sous-jacent a été transféré aux détenteurs de *Sukuks* ou non. En outre, ECP a engagé une « procédure contradictoire » et a demandé au tribunal de considérer la transaction de *Sukuks* primaires avec l'acheteur SPV comme des « prêts garantis » et non comme une « vente réelle » d'actifs<sup>853</sup>. Cela impliquerait que les détenteurs de *Sukuks* devaient partager les actifs avec d'autres créanciers de l'initiateur dans le processus de restructuration.

La réponse à cette question nécessite d'explicitement la signification des *Sukuks* voire même leurs points de convergence ou de divergence avec les obligations conventionnelles.

---

<sup>850</sup> Zada, Lahasna & Saleem, « On sukuk insolvencies: a case study of East Cameron partner », *supra* note 53 à la p 37.

<sup>851</sup> Van Wijnberger et Zaheer, *supra* note 841 aux pp 17–18; Zada, Lahasna & Saleem, « On sukuk insolvencies: a case study of East Cameron partner », *supra* note 53 à la p 37.

<sup>852</sup> Par cette manœuvre, ECP « a créé une incertitude quant à la manière dont les détenteurs de sukuk seraient traités en vertu de la loi américaine sur la faillite, qui n'a pas encore été testée en utilisant ce type de structure conforme à la Shari'a » Zada, Lahasna & Saleem, « On sukuk insolvencies: a case study of East Cameron partner », *supra* note 53 à la p 37 ; Khnifer Mohammed, « Shocking : 21 defaulted sukuk cases in the last 20 months! » (2010) *Business islamica* magazine à la p 25.

<sup>853</sup> Zada, Lahasna & Saleem, « On sukuk insolvencies: a case study of East Cameron partner », *supra* note 53 à la p 37; *In re: east cameron partners, l.p.*, Chapter 11, Debtor EC Offshore, United States Bankruptcy Court, W.D. Louisiana, Sep 30, 2011.

Le mot arabe *Sukuks* est le pluriel de *Sakk* qui signifie littéralement frapper. Dans le contexte de la FI, les *Sukuks* représentent simplement des certificats d'investissement qui donnent droit à une part proportionnelle de la propriété des actifs sous-jacents des *Sukuks*. Il existe plusieurs définitions<sup>854</sup> de *Sukuks*, nous avons choisi celle de l'académie de fiqh islamique OCI.

Après avoir défini l'obligation dans le cadre de la FC, l'académie a défini les *Sukuks* comme étant l'émission de documents ou d'attestations financiers d'une valeur égale. Ceux-ci représentent des parts communes dans des propriétés préétablies (des actifs, des profits, des droits, ou une combinaison d'actifs, de profits, d'argent liquide et de dettes) ou à créer à partir des bénéfices de l'introduction en bourse. Lesdits documents et attestations sont émis selon des contrats conformes à la *Shari'a* et ses dispositions<sup>855</sup>.

Ensuite, l'Académie a précisé certaines caractéristiques de celles-ci (*Sukuks*) :

1. Le *Sakk* représente une part commune dans une propriété réelle.
2. Le *Sakk* prend la forme d'un contrat conforme à la *Shari'a*. Il s'adapte aux dispositions de celle-ci.
3. L'absence de la garantie du gérant (le spéculateur, l'agent ou l'associé).
4. Que les *Sukuks* engendrent des profits, au taux spécifié, et subissent la perte proportionnellement à la part représentée par le *Sakk*. Le porteur du *Sakk* n'est pas autorisé d'obtenir un pourcentage prédéterminé de sa valeur nominale ou une somme forfaitaire.
5. Assumer le plein risque d'investissement.
6. Assumer les charges et les conséquences découlant de la propriété des actifs correspondant au *Sakk*, que ses charges soient des dépenses d'investissement, une baisse de valeur, des coûts d'entretien ou des cotisations d'assurance<sup>856</sup>.

---

<sup>854</sup> « Des Certificats dans laquelle chaque sakk représente un droit de propriété indivis proportionnel sur des actifs tangibles, ou un pool d'actifs principalement tangibles, ou une entreprise commerciale (telle qu'une Mouḍaraba). Ces actifs peuvent se trouver dans un projet ou une activité d'investissement spécifique conformément aux règles et principes de la Shari'a ». IFSB, capital adequacy requirements for sukūk, securitisations and real estate investment, 2009, à la p 3; « Des certificats de valeur égale représentant des parts indivises de propriété d'actifs corporels, de leurs usufruits et leurs services, ou (la propriété) des actifs de projets particuliers ou d'une activité d'investissement spécifique ». AAOIFI, Standard (Shari'a) no. 17: Sukuks d'investissement.

<sup>855</sup> OCI, Décision 178 (4/19)/ AIF de l'académie du 30 Avril 2009 relative aux Sukuks [2009], en ligne : AIF <<https://www.iifa-aifi.org/fr/7035.html>>.

<sup>856</sup> OCI, Décision 30 (3/4)/ AIF de l'académie du 11 février 1988 relative aux obligations Muqarada et les obligations d'investissement [2009], en ligne : AIF <<https://www.iifa-aifi.org/en/7648.html>>.

À partir de cette définition, ou plutôt cette étude comparative, on peut constater qu'il s'agit bien de deux instruments complètement différents. L'obligation est un instrument de dette émise et donc une créance détenue par les obligataires, tandis que le *Sukk* est un titre qui donne droit à la copropriété ou à la jouissance sur des actifs tangibles ou des investissements sous-jacents. La rémunération dans l'obligation est un intérêt, par contre il s'agit d'un profit lié à la performance des actifs sous-jacents soumis à l'aléa et aux risques pour les *Sukuks*.

Les détenteurs de titres *Sukuks* sont liés aux dépenses et aux risques relatifs aux actifs sous-jacents, tandis que les détenteurs d'obligations ne sont pas concernés par les dépenses et les risques sur les actifs sous-jacents de l'émetteur. Les *Sukuks* ne fournissent aucune garantie sur le capital et le rendement, par contre dans l'emprunt obligataire le capital et le rendement sont contractuellement garantis<sup>857</sup>.

En retournant à notre point de départ, celui de la question posée, la réponse de la Cour aurait été influencée si elle prenait en considération le droit islamique comme cadre juridique qui régit le contrat de *Sukuks*. En l'occurrence, dans cette affaire le tribunal de la faillite a apparemment rejeté l'argument d'East Cameron l'invoquant de considérer la transaction de *Sukuks* primaires avec l'acheteur SPV comme des « prêts garantis ». À l'inverse, le tribunal précise à cet égard que « les détenteurs de [*Sukuks*] ont investi dans les certificats de *Sukuks* en se basant sur la qualification du transfert des droits de redevance comme une véritable vente »<sup>858</sup>. Il s'agissait d'une décision qui n'a aucun précédent en matière de protection des droits des détenteurs de *Sukuks* et aurait, par la suite, un impact sur la croissance de ceux-ci dans le futur<sup>859</sup>. Dans cette circonstance, East Cameron Partners, mécontente de la décision rendue a fait appel. Par la suite, les parties prenantes ont préféré résoudre l'affaire par des négociations<sup>860</sup>.

---

<sup>857</sup> *Ibid.* La décision a précisé les caractéristiques des *Sukuks* et des obligations conventionnelles ; voir aussi : Van Wijnberger et Zaheer, *supra* note 841 à la p 6.

<sup>858</sup> Zada, Lahasna & Saleem, « On sukuk insolvencies: a case study of East Cameron partner », *supra* note 53 à la p 38 ; Van Wijnberger et Zaheer, *supra* note 832 à la p 18.

<sup>859</sup> *Ibid* à la p 38.

<sup>860</sup> Hawkamah, *supra* note 845 à la 35.

### 3.1.2.2.3 Sukuks : recoupement des intentions divergentes

D'après les faits mentionnés plus haut, il apparaît clairement qu'on avait été en face de deux intentions différentes : l'intention de l'ECP de trouver une opportunité de financement abordable et flexible grâce à laquelle il pourrait lever les fonds nécessaires pour réaliser ses projets et l'intention des détenteurs de *Sukuks* dont l'objectif n'est pas seulement d'investir l'argent et de tirer profit mais aussi de faire un investissement en conformité à la *Shari'a*.

Un recoupement entre les deux volontés a été possible et a été réalisé à travers les *Sukuks* qui peuvent être rapprochés aux obligations conventionnelles mais qui se distinguent à ces derniers par plusieurs caractéristiques. La caractéristique la plus importante est que le *Sakk* est un titre de propriété d'un actif générateurs de flux financiers. Tandis que l'obligation est une valeur mobilière qui constitue une créance sur son émetteur, elle est donc représentative d'une dette financière<sup>861</sup>.

Suite à sa difficulté financière et son recours à la restructuration en vertu de chapitre 11, l'ECP a voulu anticiper les choses en demandant à la Cour de considérer le *Sakk* comme une obligation conventionnelle, soit un prêt garanti. Ainsi, les détenteurs de *Sukuks* en tant que créanciers se voient doublement affectés par le déclenchement de procédures de redressement selon le chapitre 11 de code de la faillite des Etats-Unis.

Cela dit, la procédure de redressement judiciaire produit plusieurs effets qui touchent les créanciers dont le gel du passif qui se traduit en particulier par l'interdiction au débiteur de récupérer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cette règle a pour objet d'éviter que le débiteur règle un créancier au détriment d'un autre. De même, tout paiement effectué en violation de cette interdiction est considéré comme nul, et le créancier bénéficiaire peut être contraint de le rembourser. La procédure interrompt aussi

---

<sup>861</sup> Muhammad Taqi Usmani, "Sukuk and their Contemporary Applications" (2008) pp 1-15; Tahmoures A. Afshar, "Compare and Contrast Sukuk (Islamic Bonds) with Conventional Bonds, Are they Compatible?" (2013) The Journal of Global Business Management vol 9 no 1 pp 44-52; AAOIFI, Standard (Shari'a) no. 17: Sukuks d'investissement ; AAOIFI, Standard (Comptabilité financière) no. 33 : investissement dans les Sukuks, actions et instruments similaires ; OCI, Décision 188 (3/20)/ AIF de l'académie du 18 septembre 2012 relative à la continuité du sujet de sukuk islamique [2012], en ligne : AIF <<https://iifa-aifi.org/ar/2348.html>>.

les poursuites déjà engagées contre le débiteur et empêche les créanciers d'en déclencher une nouvelle, qu'ils soient chirographaires ou privilégiés.

La restructuration permet à l'entreprise en difficulté de présenter une requête visant l'obtention d'un financement temporaire assorti de charges prioritaires. Autrement dit, l'ECP peut obtenir un financement qui pourra être garanti par une sûreté. Cette sûreté portera sur les biens non grevés de l'ECP soit sur les biens déjà grevés. Pour ceux-ci, la créance pourra bien avoir un rang similaire à celui des créanciers antérieurs ou alors un rang supérieur.

La Cour a été persuadée que les contrats ont été rédigés dans le respect des dispositions de la FI, raison pour laquelle elle a statué que les *Sukuks* entraînent un transfert de propriété. Cette ordonnance se concorde bien avec la définition de *Sukuks* citée dans la décision l'IFSB<sup>862</sup> et à la norme de l'AAOIFI<sup>863</sup>. De ce fait, les détenteurs des *Sukuks* sont mieux protégés que leur homologues, détenteurs des obligations conventionnelles.

Certes, cette décision est avantageuse pour les détenteurs des *Sukuks* mais, en même temps, elle déteint beaucoup d'inconvénient pour l'industrie de la FI et plus précisément les *Sukuks*. Probablement, les entreprises ayant un besoin de financement vont hésiter de faire affaire avec des titres qui entraînent un transfert de propriété.

### **3.1.2.3 Choix de redressement aux États-Unis en vertu du chapitre 11**

De nombreuses IFI, éprouvant d'énormes difficultés financières, ont eu recours au redressement judiciaire afin de leur permettre d'honorer leur engagement envers leurs débiteurs sans qu'elles ne soient obligées d'arrêter leurs activités.<sup>864</sup> Arcapita en faisait partie avec la différence de choisir le chapitre 11 aux États-Unis au détriment de la législation Bahreïnienne de la faillite.

---

<sup>862</sup> IFSB, capital adequacy requirements for sukūk, securitisations and real estate investment, 2009 à la p 3.

<sup>863</sup> AAOIFI, Standard no. 17 (2) Investment Sukuk.

<sup>864</sup> Musharakah Sukuk of Investment Dar Company (TID), Golden Belt 1(Saad) Ijarah Sukuk, The Nahkeel Sukuk dans Van Wijnbergen & Zaheer, *supra* note 841 aux pp 18-31.

Une question se pose à ce niveau : existe-t-il des différences entre les législations de différents pays qui permettent aux entreprises qui sont en cessation de paiement de combler leurs lacunes financières ?

Nous allons voir, dans un premier point, les raisons qui ont poussé Arcapita de procéder à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Le deuxième point sera consacré aux motifs du choix du chapitre 11 américain à la place de la législation bahreïnienne. Le troisième point sera, quant à lui, consacré à l'étude des défis qui peuvent être posés dans le cas de redressement d'une IFI sous l'égide du chapitre 11.

### 3.1.2.3.1 L'abolition de l'Arcapita : des difficultés financières ...

Constituée en novembre 1996 en tant que société par actions au Bahreïn et opérant sous une licence délivrée par la Banque centrale de Bahreïn, Arcapita a commencé ses opérations à Bahreïn en 1997 dans l'objectif de fournir des investissements conformes à la *Shari'a* aux investisseurs dans la région du golfe Persique et en Asie du Sud-Est<sup>865</sup>. Arcapita est considérée comme l'un des principaux gestionnaires mondiaux d'investissements alternatifs conformes à la *Shari'a* et opère en tant que banque d'investissement.

Après avoir réussi plusieurs opérations en Europe, Japon, Etats-Unis et dans d'autres pays asiatiques, Arcapita a ouvert en 1998 un bureau à Atlanta et devient la première institution à réaliser des investissements en *private equity* conformes à la *Shari'a* aux États-Unis. De même, elle a ouvert un bureau à Londres pour gérer les investissements privés et immobiliers au Royaume-Uni et en Europe continentale et un autre à Singapour<sup>866</sup>. De façon schématique<sup>867</sup> :

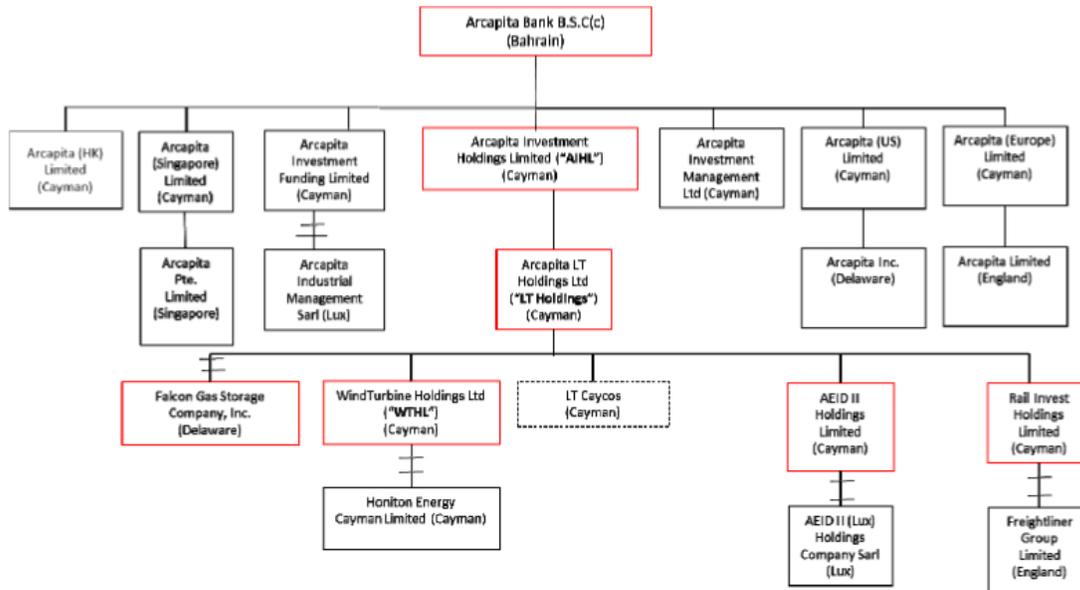
---

<sup>865</sup> Pour plus de détails, voir le site web de l'entreprise, en ligne : <<https://www.arcapita.com/>> ; James H.M. Sprayregen, P.C., Kamran S. Bajwa and Brad Weiland, « Arcapita and the Need for Mideast Restructuring Regimes » (2014) *INSOL World* à la p 18 [Sprayregen, Kamran, Bajwa & Weiland].

<sup>866</sup> *Ibid* à la p 18; Najeeb Zada, Ahcene Lahsasna, Ziyaad Mahomed, Muhammad Yusuf Saleem, « Islamic Finance Insolvencies under Secular Bankruptcy Laws: A Case Study of Arcapita Bank under US Chapter 11 » dans Nafis AlamSyed Aun R. Rizvi dir., *Islamic Banking Growth, Stability and Inclusion*, Palgrave Macmillan, Cham, 2017, 127-148 la p 129.

Figure 12 : Schéma du Groupe Arcapita

The Arcapita Group's simplified corporate structure is as follows:



Source: *In re: arcapita bank b.s.c.(c), et al., debtors. Case No. 12-11076 (SHL).*

Malheureusement, après 11 ans de croissance ininterrompue de ses bénéfices, Arcapita a enregistré une perte au cours de l'exercice 2009, les secteurs d'activité de la société ayant été touchés par le ralentissement économique mondial et les investisseurs étant prudents face aux nouveaux investissements en raison des incertitudes liées à la crise économique<sup>868</sup>.

À cet effet, Michael J. T. McMillen précise que Arcapita Bank B.S.C. (c) («Arcapita») et ses affiliés débiteurs et non débiteurs (le «Groupe») ont été incapables d'obtenir des liquidités en raison du ralentissement économique mondial de 2007 et de la crise de la dette<sup>869</sup>. Le Groupe n'a pas été en mesure de refinancer une facilité de crédit syndiquée *Mourabaha* de 1,02 milliard de dollars américains qui devait échoir le 28 mars 2012. Les

<sup>867</sup> *In re: arcapita bank b.s.c.(c), et al., debtors. Case No. 12-11076 (SHL).*

En ligne : <[http://cases.gcginc.com/arcapita/pdflib/983\\_11076.pdf](http://cases.gcginc.com/arcapita/pdflib/983_11076.pdf)>, à la p 47.

<sup>868</sup> Sprayregen, Kamran, Bajwa & Weiland, *supra* note 865 à la p 18.

<sup>869</sup> Michael J. T. McMillen, « The Arcapita », *supra* note 49.

tentatives d'organiser une restructuration extrajudiciaire ont échoué, tout comme les efforts visant à aliéner les propriétés et à réduire les coûts. Une minorité de fournisseurs d'installations syndiquées a refusé d'approuver la restructuration, a exigé des paiements au pair et menaçant d'entreprendre des actions précipitées dans diverses juridictions<sup>870</sup>.

La direction du groupe a examiné des options de réorganisation dans diverses juridictions et a déterminé qu'un dépôt de bilan volontaire en vertu du chapitre 11 du *Bankruptcy Code* des États-Unis représentait le moyen le plus approprié et le plus efficace pour une restructuration complète de tous les débiteurs<sup>871</sup>. Une procédure en vertu du chapitre 11 a été ouverte le 12 mars 2012, avec un dépôt volontaire devant le tribunal des faillites des États-Unis pour le district sud de New York<sup>872</sup>. Ce dépôt concernait six débiteurs; un septième a été ajouté à la suite d'un dépôt volontaire le 12 avril 2012<sup>873</sup>.

1. Arcapita;
2. Arcapita Investment Holdings Limited («AIHL»), qui détient (i) 100% du capital de LT Holdings, (ii) indirectement, toutes les sociétés du portefeuille du Groupe, et (iii) des véhicules ad hoc qui fournissent un financement au Sociétés du groupe;
3. Arcapita LT Holdings Limited («LT Holdings»), qui détient 100% du capital de WTHL, AED II Holdings et RailInvest;
4. WindTurbine Holdings Limited («WTHL»);
5. AEID II Holdings Limited («AEID II Holdings»);
6. RailInvest Holdings Limited («RailInvest»);
7. Falcon Gas Storage Company, Inc. («Falcon»).

### **3.1.2.3.2 Forum shopping : Chapitre 11 du code de la faillite américain Vs la loi de la réorganisation et de la faillite Bahreïniene**

La tentative d'Aracapita de procéder à une réorganisation en vertu du chapitre 11 du code de la faillite américain nous réfère à une pratique de droit international privé qui consiste à saisir la juridiction la plus susceptible de donner raison à ses propres intérêts, soit le

---

<sup>870</sup> Sprayregen, Kamran, Bajwa & Weiland, *supra* note 865 à la p 18; McMillen, « The Arcapita », *supra* note 49 à la p 1.

<sup>871</sup> McMillen, « The Arcapita », *supra* note 49 à la p 2; Brad Geer, Anne Davey, and Zachary Cohen, « The case of Arcapita and the role of U.S. courts in international restructurings » (2017) US Column et Eurofenix, à la p 38 [Geer, Davey, and Cohen].

<sup>872</sup> *Ibid.*

<sup>873</sup> *Ibid.*

*forum shopping*<sup>874</sup>. En effet, le choix de saisir, avec un dépôt volontaire, le tribunal des faillites des États-Unis pour le district sud de New York n'a pas été fait au hasard. Les dispositions de ce chapitre mettent en évidence les avantages dont peut bénéficier l'entreprise débitrice, en l'occurrence Arcapita. Lesdits avantages se manifestent dans le fait de continuer à exploiter son entreprise, avoir la permission d'emprunter de l'argent et de proposer un plan de réorganisation<sup>875</sup>.

Avant de mettre l'accent sur ces avantages, nous signalons que le tribunal de district a tout d'abord jugé que l'utilisation par les défendeurs des comptes liés à la filiale située à New York constituait une « transaction commerciale » dans cette ville, et a établi les contacts minimaux nécessaires pour faire valoir une compétence spécifique sur les défendeurs<sup>876</sup>.

Le dépôt de la demande de faillite involontaire en vertu du Chapitre 11 attribue au débiteur (Arcapita) le premier privilège, celui de devenir un « debtor-in-possession »<sup>877</sup>. Ceci accorde à Arcapita la possession et le contrôle de l'actif. Dans cette optique, les dirigeants d'Arcapita en exercice maintiennent le pouvoir de la gestion et ont l'autorité d'assurer l'activité normale de l'entreprise, bien entendu sous le contrôle de l'autorité judiciaire<sup>878</sup>. Le débiteur (Arcapita) peut donc continuer à exploiter normalement son entreprise mais avec une petite différence, celle de ne pas être autorisé à rembourser des créances contractées avant la date de la demande sans l'autorisation de l'autorité

---

<sup>874</sup> Ferrari, Franco. « Forum shopping: pour une définition ample dénuée de jugements de valeurs » (2016) *Revue critique de droit international privé* vol 1 no 1 pp 85-105; Markus Petsche, « What's Wrong with Forum Shopping? An Attempt to Identify and Assess the Real Issues of a Controversial Practice » (2011) *The International Lawyer* vol 45 n° 4 pp 1005-1028.

<sup>875</sup> Geer, Davey, and Cohen, aux pp 39-40; Michael J. T. McMillen, « The Arcapita », *supra* note 49 à la p 1; Sprayregen, Kamran, Bajwa & Weiland, *supra* note 865 aux pp 18-19.

<sup>876</sup> *In re Arcapita Bank B.S.C.(C)*, 575 B.R. 229, 245 (Bankr. S.D.N.Y. 2017); *In Re Arcapita Bank B.S.C.* Case No. 12-11076 (SHL) Jointly Administered, Adv. No. 13-01434 (SHL), 13-01435 (SHL) Bankruptcy Court, S.D. New York, February 5, 2018.

<sup>877</sup> Title 11 of the U.S. Bankruptcy Code, art. § 1101(1), 1107(a) et 1108.

<sup>878</sup> Title 11 of the U.S. Bankruptcy Code, art. §1104(a); Baxter Michael St. Patrick, « la faillite à l'américaine : une introduction au chapitre 11 du code des faillites des États-Unis » (2003) Covington & Burling, à la p 4 [Patrick Baxter] : « Dans certaines situations, par exemple en cas de fraude, de malhonnêteté, d'incompétence ou de mauvaise gestion de la part de la direction, le tribunal des faillites peut, à la demande d'un créancier ou d'une autre partie intéressée, ordonner la nomination d'un (trustee-in-bankruptcy) pour assumer le contrôle du débiteur »; Najeeb Zada, Ahcene Lahsasna, Ziyaad Mahomed, Muhammad Yusuf Saleem, « Islamic Finance Insolvencies under Secular Bankruptcy Laws: A Case Study of Arcapita Bank under US Chapter 11 » dans Nafis AlamSyed Aun R. Rizvi dir., *Islamic Banking Growth, Stability and Inclusion*, Palgrave Macmillan, Cham, 2017 127-148 aux pp 130-131.

judiciaire<sup>879</sup>. Quant aux créances conclues auparavant, le débiteur pourra les rembourser si ces créances ont été contractées au cours des activités normales de l'entreprise. Toutefois, l'approbation du tribunal doit être accordée au débiteur pour toutes les transactions qui ne font pas partie du cours normal des activités de l'entreprise<sup>880</sup>.

Le deuxième avantage pour Arcapita, après avoir déposé une demande de faillite en vertu du Chapitre 11, est la jouissance d'un sursis de plein droit qui entre immédiatement en vigueur<sup>881</sup>. Ce dernier protège Arcapita contre toutes les actions entamées à son encontre, y compris l'application des sûretés, des droits de rétention, des saisies des biens et des actions juridiques<sup>882</sup>. Qu'en-t-il de la possibilité de procurer l'argent nécessaire à la poursuite de ses activités dans le cadre d'une procédure du Chapitre 11 ?

Au cours de la restructuration en vertu du Chapitre 11, Arcapita pourra éventuellement obtenir de l'argent de la part de ses prêteurs courants ou de la part de nouveaux prêteurs. Ce financement, appelé « DIP-financing » doit, en général, être approuvé par le tribunal. Du point de vue pratique, l'éventuel prêteur d'Arcapita exigera deux choses : que son prêt soit prioritaire par rapport à toute autre dépense effectuée ultérieurement et que le tribunal lui attribue un droit de rétention sur tous les actifs acquis par Arcapita après l'ouverture de la procédure de Chapitre 11<sup>883</sup>.

L'avantage le plus précieux, c'est la confirmation du plan de réorganisation qui permet à Arcapita de sortir de la faillite<sup>884</sup>. Le plan reflète une proposition faite par l'entreprise débitrice qui vise sa réorganisation financière<sup>885</sup>. Au cours des 120 premiers jours suivant le dépôt de la demande de faillite, le débiteur jouit du droit exclusif de déposer un plan de

---

<sup>879</sup> Title 3 of the U.S. Bankruptcy Code, art. § 363(c)(1).

<sup>880</sup> *Ibid* : cet article établit une distinction importante entre les dettes qui ont été contractées avant la déposition de la demande et celles contractées après. Ces dernières ne font pas, par exemple, partie des activités normales de l'entreprise et nécessitent l'approbation du tribunal des faillites : la vente partielle ou entière de l'actif, l'obtention de crédit sur notoriété qui sort du cours des activités normales de l'entreprise, et l'obtention de crédit garanti. En ce sens : Patrick Baxter, *supra* note 878 aux pp 6-7.

<sup>881</sup> Title 3 of the U.S. Bankruptcy Code, art. § 362(a).

<sup>882</sup> Title 3 of the U.S. Bankruptcy Code, art. § 362(b)(4); Title 3 of the U.S. Bankruptcy Code, art. § 362(b)(10). En ce sens : Patrick Baxter, *supra* note 878 à la p 5.

<sup>883</sup> Patrick Baxter, *supra* note 878 à la p 13.

<sup>884</sup> *Ibid* aux 25-26.

<sup>885</sup> *Ibid*.

restructuration<sup>886</sup>. Cette période pourra faire l'objet d'une prolongation par le tribunal des faillites pour une raison déterminée<sup>887</sup>.

Le plan doit être approuvé par chaque classe des créanciers appartenant au groupe auquel le débiteur a affecté des réclamations en vue du vote sur le plan. À titre d'exemple, on peut trouver une classe des créanciers garantis, des créanciers ordinaires et des actionnaires. L'approbation de chaque classe ne nécessite pas la majorité de vote, elle exige plutôt un seuil de deux tiers de la valeur totale des réclamations autorisées dans la classe et plus de la moitié du nombre de réclamations autorisées<sup>888</sup>.

Cependant, le code de la faillite prévoit la possibilité d'approuver ce plan malgré l'opposition de certaines classes de créanciers, pourvu que celles-ci se conforment à certaines conditions. Cette procédure se nomme « cramdown », elle permet au tribunal des faillites de confirmer un plan malgré la non-approbation du plan par toutes les classes de créanciers. Le tribunal doit être convaincu de l'absence de toutes sortes de discrimination sur le plan et que ce dernier réserve un traitement juste et équitable à chaque classe de réclamations ayant voté pour le rejeter<sup>889</sup>.

Ces privilèges n'auraient pas été possibles en vertu de la loi bahreïnienne de la faillite de 1987<sup>890</sup>. Cette dernière n'offre pas à l'entreprise en difficulté la possibilité d'entreprendre une procédure de redressement judiciaire. L'adoption du plan de redressement s'effectue sur un plan extrajudiciaire et nécessite l'approbation de l'unanimité des créanciers. Le législateur n'a pas donné au juge un rôle important pour qu'il puisse imposer un plan juste et équitable en cas d'un refus abusif des créanciers. De même, il ne peut pas accorder une demande de résiliation d'un contrat qui alourdit le fardeau de l'entreprise en difficulté ou sa cession. Il n'existe pas aussi un moyen pour obtenir un financement intérimaire nécessaire pour maintenir l'activité de l'entreprise jusqu'à l'adoption du plan<sup>891</sup>.

---

<sup>886</sup> *Ibid.*

<sup>887</sup> *Ibid.*

<sup>888</sup> Patrick Baxter, *supra* note 878 aux pp 27-28.

<sup>889</sup> *Ibid* aux pp 27-28.

<sup>890</sup> Bankruptcy and Composition Law promulgated by Legislative Decree No. 11 of 1987.

<sup>891</sup> Sprayregen, Kamran, Bajwa & Weiland, *supra* note 865 aux pp 18-19; The World Bank, Doing Business 2014 Regional Profile: Middle East and North Africa (MENA) 84–90 (2013).

Il faut toutefois signaler que le Bahreïn a adopté une loi en 2018 connue sous le nom de « *loi sur la réorganisation et la faillite* »<sup>892</sup>. Cette dernière a été publiée au Journal officiel le 7 juin 2018 et est entrée en vigueur le 7 décembre 2018. Elle a abrogé et remplacé la *loi sur la faillite et le concordat* de 1987. La nouvelle loi établit des règles similaires au modèle du chapitre 11 du *Bankruptcy Code* des États-Unis en introduisant des dispositions de réorganisation favorables aux débiteurs<sup>893</sup>. La caractéristique la plus importante de la nouvelle loi est peut-être le moratoire, qui s'applique automatiquement au début d'une affaire de faillite et dure jusqu'à la fin de l'affaire<sup>894</sup>. Cela interdit même aux créanciers garantis de saisir des actifs, bloque les actions de recouvrement de créances et vise à préserver la valeur des actifs pendant que le meilleur plan de redressement pour les créanciers est élaboré, négocié et mis en œuvre. La nouvelle loi autorise également la poursuite des affaires si cela permet d'obtenir un meilleur résultat pour les créanciers et accorde aux débiteurs le droit d'obtenir des prêts ou des financements sous l'approbation du tribunal<sup>895</sup>.

### 3.1.2.3 Défis de point de vue du droit islamique

L'une des problématiques qui peut se poser dans le cas de redressement d'une IFI sous l'égide de chapitre 11 de code de la faillite des États-Unis voire même en vertu de la nouvelle loi de la faillite bahreïnienne est le recours au financement intérimaire. Certes, Arcapita n'a pas contracté un prêt avec intérêt mais elle a plutôt utilisé le produit *Mourabaha* pour financer ses opérations durant la période de la préparation du plan<sup>896</sup>. Cette dernière a été contractée au détriment du consentement des créanciers garantis et a bénéficié d'une super priorité par rapport à celles contractées avant la mise en faillite. Ce

---

<sup>892</sup> Bahrain: Legislative Decree No. 22 of 2018 Promulgating the Reorganization and Bankruptcy.

<sup>893</sup> Buthaina Amin and David Billington, « Bahrain's New Bankruptcy Law » (2019) *Emerging Markets Restructuring journal* Issue n° 9 à la p 1; Natalia Kumar, « An overview of the insolvency regime in Bahrain » (2021) en ligne : <<https://www.tamimi.com/law-update-articles/an-overview-of-the-insolvency-regime-in-bahrain/>>; Gearon, Reichert, *supra* note 498.

<sup>894</sup> *Ibid* à la p 2.

<sup>895</sup> *Ibid* à la p 4.

<sup>896</sup> McMillen, « The Arcapita », *supra* note 49 aux pp 9-10; Sprayregen, Kamran, Bajwa & Weiland, *supra* note 856 à la p 18.

type de financement suppose le versement de commissions relativement élevées et doit être remboursé en priorité dans les procédures de faillite. À cet égard, certaines questions se posent :

Est-ce que le droit islamique permet l'adoption d'un plan avec un seuil autre que celui de la majorité ? Est-ce que le droit islamique donne le droit au juge de faire approuver un plan malgré l'opposition des créanciers ? Est-ce qu'il donne l'autorisation au juge d'accorder une super priorité à un emprunt récent sur un autre contracté auparavant, même si ce dernier est grevé d'une hypothèque ou d'une garantie ?

Est-ce que la doctrine contemporaine répond à ces questions? Ce point va être traité dans notre prochain section.

### **3.2 La doctrine islamique contemporaine : nécessité de la réforme**

Sur le plan juridique, la FI est régie par la doctrine des transactions financières (*Fiqh Al Mu 'amalat Almaliya*). Ce terme est d'utilisation récente, depuis l'émergence de la FI. Il dérive de la doctrine des transactions (*Fiqh Al Mu 'amalat*) qui se différencie de la doctrine rituelle religieuse (*Fiqh Al 'Ibadat*). La doctrine des transactions financières se compose des contrats ancrés dans les recueils de Fiqh, ainsi que les avis doctrinaux des juristes sur les différents sujets, dans le cadre des quatre principales écoles juridiques (hanafite, malikite, chaféite et hanbalite)<sup>897</sup>.

Mais, comme il a été démontré plus haut, le Fiqh classique ne s'est pas prononcé sur le redressement des entreprises. De nos jours, il existe des organismes qui s'occupent de la normalisation de la FI. Dans cette perspective, certains auteurs parlent de l'émergence de droit de la FI<sup>898</sup>. Dans son article *An Overview of Islamic Finance*, Mumtaz Hussain présente les institutions et organisations internationales qui s'occupent de l'émission de standards pour l'industrie financière islamique<sup>899</sup>. Ces standards concernent plusieurs

---

<sup>897</sup> Kettell, *supra* note 122 aux pp 15-16.

<sup>898</sup> Makhlouf Amel, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique*, Paris, IRJS Éditions, 2015.

<sup>899</sup> Mumtaz Hussain, Asghar Shahmoradi & Rima Turk « *An Overview of Islamic Finance* » (2015) IMF Working Paper n° 15/120 aux pp 4-5 et 23-25, en ligne : IMF

domaines dans l'évolution des IFI dont la vie juridique de celles-ci. Dans cette optique, la question de la faillite des entreprises dans la doctrine islamique contemporaine repose essentiellement sur une décision rendue par l'Académie internationale du Fiqh islamique (attachée à l'OCI), sur une norme élaborée par l'Organisation de Comptabilité et d'Audit pour les institutions financières islamiques (AAOIFI) et sur un standard de l'Islamic Financial Services Board (IFSB)<sup>900</sup>.

Ainsi, dans un premier temps, nous traiterons trois organisations qui élaborent des normes liées à la FI. Ce choix est justifié par le fait que ces dernières sont celles qui ont adopté des décisions relatives à la faillite des IFI. Dans un deuxième temps, nous allons analyser lesdites décisions.

### **3.2.1 Normalisation de la FI : l'émergence d'un droit de la FI et l'internationalisation de celui-ci**

Le développement de la FI depuis les années 1970 a été accompagné par certaines contraintes établies par la disparité des interprétations des normes relatives au champ financier. Ceci a conduit les juristes musulmans à œuvrer en commun à la production d'un corpus normatif standardisé de fatwas et de contrats propres au champ financier islamique.

Cette idée d'institutionnaliser la fatwa (avis juridique) n'a pas vu le jour avec l'émergence de la FI. Elle remonte au début de 19<sup>ème</sup> siècle par l'initiative de plusieurs juristes tels que Saïd Nursî et Mohamed Tahar Ben Achour<sup>901</sup>. Il existe certaines

---

<https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2015/wp15120.pdf>.

<sup>900</sup> OCI, Décision 186 (1/20)/ AIF de l'académie du 18 Septembre 2012 relative à l'insolvabilité et la faillite [2012], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2343.html>>; OCI, Décision 218 (2/23)/ AIF de l'académie du 1 Novembre 2018 relative à l'insolvabilité et la faillite [2018], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2343.html>>; AAOIFI, Standard (Shari'a) no. 43 : al-Iflas (La faillite), à la p 715; IFSB, Recovery, resolution and insolvency issues for institutions offering islamic financial services, à la p 27, 2017, IFSB working paper series.

<sup>901</sup> Rashed AbdulRahmam Ahmed AlAseeri, « Les académies Fiqh et leur rôle dans la promotion des transactions financières : exemple de l'Académie Internationale Islamique du Fiqh (en arabe) » (2020) Université de Bahreïn Art 12 vol 22 Issue 2 à la p 1338.

institutions au niveau national telles que l'Académie des enquêtes islamiques liée à l'université al-Azhar en Egypte, le Conseil des Oulémas en Arabie Saoudite et d'autres organisations régionales comme le Conseil européen pour la fatwa et la recherche, l'Assemblée des juristes musulmans d'Amérique et au niveau international on retrouve l'Académie de fiqh islamique de la ligue islamique mondiale.

Ces institutions ont été nécessaires pour répondre aux questions nouvelles qui demande d'engager un effort intellectuel de plusieurs personnes issue de domaine différents qui ne rentrent pas forcément dans le domaine juridique.

Plusieurs institutions internationales ont vu le jour au fur et à mesure du développement de la FI. De ce fait, le centre de gravité de la fatwa s'est déplacé des individus tels que Sheikh Muhammed Taqi Usmani<sup>902</sup> et des institutions nationales, telles que al -Azhar aux institutions internationales. Ces dernières ont développé un corpus juridique crédible lié à la FI qui prône autorité auprès des IFI et fait écho auprès de la classe scientifique et des jurisconsultes<sup>903</sup>.

Ainsi, dans un premier point, nous allons exposer l'Académie internationale du Fiqh islamique (attachée à l'OCI) (3.2.1.1). Un deuxième point sera consacré à l'Organisation de Comptabilité et d'Audit pour les institutions financières islamiques (AAOFI) (3.2.1.2). Enfin, nous analyserons l'Islamic Financial Services Board (IFSB) (3.2.1.3).

### **3.2.1.1 L'Académie Internationale du Fiqh Islamique (AIFI)**

Basée en Arabie Saoudite, l'Académie Internationale de Fiqh Islamique est un organe subsidiaire de l'Organisation de la Coopération Islamique (OCI)<sup>904</sup>, deuxième plus

---

[https://journals.ekb.eg/article\\_101176\\_c84f2a2da2d260296aecb46d89afe952.pdf](https://journals.ekb.eg/article_101176_c84f2a2da2d260296aecb46d89afe952.pdf).

<sup>902</sup> Kettell, *supra* note 122 à la p 28.

<sup>903</sup> À titre d'exemple, le FMI a approuvé en 2018 une proposition sur l'utilisation des Principes Fondamentaux de la Régulation de la Finance Islamique (CPIFR) développées par l'IFSB : IMF, *The core principles for islamic finance regulations and assessment methodology*, IMF, 2018 à la p 4.

<sup>904</sup> OCI, en ligne : <https://www.oic-oci.org/home/?lan=fr>.

grande organisation après le Système des Nations Unies avec 57 Etats membres éparpillés dans quatre continents. Elle a été créée à la suite d'une résolution au Troisième Sommet Islamique de l'OCI en 1981.

Aspirant devenir la première référence jurisprudentielle mondiale vers laquelle se tournent les chercheurs des éclaircissements sur les questions qui les préoccupent et d'apporter des solutions appropriées aux enjeux de la vie contemporaine, elle a fixé plusieurs objectifs dont la mise en œuvre de l'intégration intellectuelle et la complémentarité scientifique entre les juristes des écoles reconnues de la jurisprudence islamique et les experts dans des divers domaines du savoir et des sciences humaines afin d'explicitier les dispositions de la *Shari'a* sur les enjeux de la vie. La promotion de l'effort intellectuel collectif (*Ijtihad Jamaae*) est le deuxième objectif de l'OCI pour le traitement des enjeux de la vie contemporaine et ses défis. L'encouragement de la coopération, le rapprochement et la complémentarité entre les érudits des différentes écoles juridiques musulmanes est un autre objectif de l'OCI. Par ailleurs, rendre des avis juridiques sur des sujets pertinents et les traduire en langues vivantes afin de faciliter l'élaboration des législations, des lois et des règlements conformes aux dispositions de la *Shari'a* est un souci de l'OCI<sup>905</sup>.

Pour atteindre ces objectifs, l'OCI a prévu plusieurs moyens. Ceux-ci s'articulent autour de l'émission des fatwas sur les problématiques générales qui interpellent les musulmans ; l'organisation des conférences internationales et de symposiums scientifiques afin de débattre certaines questions spécifiques ou des questions complexes ; l'élaboration des projets de lois types -trilingues- dans les divers domaines qui nécessitent la codification des dispositions de la *Shari'a*<sup>906</sup>.

Il est à noter que l'Académie n'est pas spécialisée en FI. En effet, il s'agit d'une organisation internationale chargée d'émettre des décisions sur les sujets qui lui sont soumis à l'occasion de chaque session.

---

<sup>905</sup> *Ibid.*

<sup>906</sup> *Ibid.*

### **3.2.1.2 L'AAOIFI (Accounting and Auditing Organization For Islamic Financial Institutions) Organisation de comptabilité et d'audit des institutions financières islamiques**

À la différence de l'académie de fiqh, l'AAOIFI est une organisation internationale à but non lucratif. Elle a été créée en 1991. Elle est basée à Bahreïn, sa principale mission consiste à harmoniser les règles juridiques et les normes en matière comptable, d'audit et de gouvernance à l'intention des différentes institutions islamiques. Parmi ses réalisations les plus remarquables est l'émission de 94 normes à ce jour, dans les domaines de la *Shari'a* (58), la comptabilité (26), l'audit (5), l'éthique (2) et la gouvernance (7)<sup>907</sup>.

Elle est soutenue par un certain nombre de membres institutionnels, y compris des banques centrales et des autorités de régulation, des institutions financières, des cabinets comptables et d'audit et des cabinets juridiques de plus de 45 pays. Ses normes sont actuellement suivies par toutes les principales IFI à travers le monde et ont introduit un degré progressif d'harmonisation des pratiques internationales de la FI<sup>908</sup>.

La valeur juridique de ces normes diffère d'un pays à un autre. Elles sont adoptées comme exigences réglementaires obligatoires dans de nombreux pays et juridictions à travers le monde tels que le Bahreïn, la Jordanie, la République kirghize, la Maurice, le Nigéria, le Qatar et le Qatar International Financial Center (QIFC), Oman, Pakistan, Soudan, Syrie, Émirats Arabes Unis et Yémen. Elles sont adoptées simplement comme des recommandations ou lignes directrices au Koweït<sup>909</sup>.

### **3.2.1.3 L'IFSB (Islamic Financial Services Board)**

Le Conseil des services financiers islamiques (IFSB), basé à Kuala Lumpur, a été officiellement inauguré le 3 novembre 2002 et a commencé ses activités le 10 mars 2003. Il sert d'organe international de normalisation des agences de régulation et de surveillance. Ceux-ci ont assuré la solidité et la stabilité du secteur des services financiers

---

<sup>907</sup> AAOIFI, en ligne : <<http://aaoifi.com/?lang=en>>.

<sup>908</sup> *Ibid.*

<sup>909</sup> *Ibid.*

islamiques<sup>910</sup>. Afin de faire progresser cette mission, l'IFSB promeut le développement d'un secteur des services financiers islamiques prudent et transparent en introduisant de nouvelles normes internationales ou en adaptant les normes internationales existantes à la *Shari'a*, et en recommandant leur adoption. À cette fin, les travaux de l'IFSB complètent ceux du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, de l'Organisation internationale des commissions de valeurs et de l'Association internationale des contrôleurs d'assurance<sup>911</sup>. En décembre 2020, les 188 membres de l'IFSB comprennent 80 autorités de régulation et de surveillance, 10 organisations intergouvernementales internationales et 98 acteurs du marché (institutions financières, cabinets professionnels, associations professionnelles et bourses) opérant dans 57 juridictions<sup>912</sup>.

La Malaisie, pays hôte de l'IFSB, a promulgué une loi connue sous le nom de loi de 2002 sur le Conseil des services financiers islamiques, qui accorde à l'IFSB les immunités et privilèges généralement accordés aux organisations internationales et aux missions diplomatiques<sup>913</sup>.

Depuis sa création, l'IFSB a publié trente-six normes, principes directeurs et notes techniques pour le secteur des services financiers islamiques.

### 3.2.2 Analyse critiques des normes contemporaines

Avant de parler de ces dispositions, il nous semble nécessaire de signaler que l'Académie internationale du Fiqh islamique (OCI) et l'AAOIFI ont auparavant adopté des décisions à un sujet connexe à la faillite, celui du retard de paiement<sup>914</sup>.

---

<sup>910</sup> IFSB, en ligne : <<https://www.ifsb.org/background.php>>.

<sup>911</sup> *Ibid* en ligne : <<https://www.ifsb.org/mission.php>>.

<sup>912</sup> *Ibid* en ligne : <<https://www.ifsb.org/membership.php>>.

<sup>913</sup> Laws of Malaysia, Act 623, Islamic financial services board Act 2002.

<sup>914</sup> OCI, Décision 133 (7/14)/ AIF de l'académie du 16 Janvier 2003 relative à la problématique liées aux retards de paiement dans les institutions financières islamiques [2003], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2131.html>>; AAOIFI, Standard no. 3, débiteur retardataire (en arabe), à la p 30, en ligne <<https://archive.org/stream/FP154098/154098#page/n29/mode/2up>>, Après avoir interdit aux débiteurs solvables de retarder le paiement, ils ont distingué le débiteur retardataire de bonne foi de celui de mauvaise foi. Au premier, celui qui est insolvable et de bonne foi, il est possible d'accorder un délai de grâce en vertu de verset coranique « *À celui qui est dans la gêne, accordez un sursis jusqu'à ce qu'il soit dans l'aisance. Mais il est mieux pour vous de faire remise de la dette par charité ! Si vous saviez !* ».

En ce qui concerne la faillite, l'Académie internationale du Fiqh islamique (OCI) dans ses décisions<sup>915</sup>, a défini la faillite (*iflas-taflis*) et la situation de difficulté (*i'sar*) et a éclairé la différence fondamentale entre les deux. Puis, elle a exposé les dispositions de la faillite qui concernent le failli (*mouflis*)<sup>916</sup>. L'académie a rapporté dans cette décision explicitement les questions liées à la faillite des IFI à une date ultérieure<sup>917</sup>.

La norme n°43 de l'AAOIFI vise à expliquer la position de la doctrine islamique concernant la faillite des personnes physiques et des personnes morales<sup>918</sup>. La norme définit les deux termes qui correspondent à la faillite (*iflas/taflis*) en droit islamique. Il présente ensuite les dispositions de la faillite et les recours engagés à l'encontre du failli en cas de défaut de paiement, de même que les conséquences de la faillite.

La norme est plus détaillée par rapport à la décision de l'OCI<sup>919</sup>. Elle précise que le créancier doit aviser le débiteur de rembourser le montant de la dette. S'il y a défaut de remboursement de la somme due à l'échéance convenue, le créancier pourra déposer une requête en faillite auprès des autorités judiciaires. La requête entrainera en cas

---

Le délai de grâce est une mesure de solidarité prévue par le verset. Elle consiste à prendre en considération la situation du débiteur en difficulté en vue de favoriser la continuité de son activité, lorsqu'il se trouve dans une telle situation. Alors que le second, le débiteur de mauvaise foi, se verra infliger une peine qui a un caractère dissuasif et punitif, et non pas compensatoire ou financier. À cet effet, ils ont prohibé toute forme de compensation financière *ex ante* comme la clause pénale ou *ex post* comme dommage-intérêts sur les contrats qui portent sur les dettes. Ils se justifient par le fait que cela ressemble au *Riba* (intérêt et usure) interdit en droit islamique. L'AAOIFI se déroge à l'OCI puisqu'il autorise au débiteur défaillant à s'engager à donner un montant spécifique comme une pénalité à donner en guise de charité. L'objectif principal est d'inciter les clients à payer à temps s'ils veulent éviter une pénalité.

<sup>915</sup> OCI, Décision 186 (1/20)/ AIF de l'académie du 18 Septembre 2012 relative à l'insolvabilité et la faillite [2012], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2343.html>> ; OCI, Décision 218 (2/23)/ AIF de l'académie du 1 Novembre 2018 relative à l'insolvabilité et la faillite [2018], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2343.html>>.

<sup>916</sup> *Ibid.* Parmi celles-ci on trouve : L'empêchement du failli de disposer de ses actifs au détriment des créanciers par toute forme de comportement nocif (par une décision d'un juge); l'empêchement du failli de voyager, si cela entraine des dommages visibles aux droits des créanciers; la chute des échéances de la dette différée de la failli; la compétence du juge de vendre les fonds en faillite et les distribuer aux créanciers; le droit de ces derniers de revenir au débiteur pour le paiement s'il a obtenu de nouveaux actifs et le droit d'un créancier de récupérer son bien, s'il a trouvé dans sa situation initiale.

<sup>917</sup> *Ibid.*

<sup>918</sup> AAOIFI, Standard (Shari'a) no. 43 : al-Iflas (La faillite), aux pp 15-26.

<sup>919</sup> *Ibid* à la p 716.

d'acceptation certaines interdictions au débiteur : la donation, le prêt d'argent, le paiement d'une dette dont l'échéance n'est pas arrivée et le voyage<sup>920</sup>.

Les trois points suivants ont été considérés par un auteur comme des points positifs de cette norme<sup>921</sup> :

- La norme considère que la déclaration de la mise en faillite peut être déposée aussi bien par les créanciers (procédure involontaire) que par le débiteur (procédure volontaire) sauf si les autorités compétentes jugent qu'elle est utilisée comme une astuce pour une autre fin. Cette norme ne converge pas avec l'avis de la quasi-totalité des juristes classiques<sup>922</sup>.
- Durant le processus, le débiteur a le droit de garder sa maison, ses vêtements ainsi que le matériel utilisé dans le cadre son métier<sup>923</sup>.
- Dans le cas où le débiteur est déclaré en faillite et son actif distribué est insuffisant pour rembourser la dette, les créanciers n'ont pas le droit de lui demander la différence entre le montant saisi et le montant dû selon une règle de droit (*qada'an*), mais ils pourraient le faire d'un point de vue moral (*diyanatan*)<sup>924</sup>.

Bien que la norme ait été considérée par Muhammad Al-Bashir comme une étape positive qui peut enrichir les discussions futures sur le sujet<sup>925</sup>, il semble que ces normes ont été prises littéralement de l'interprétation de normes relatives à la faillite des fouqahas du moyen âge qui a été basée sur leur contexte. Le contenu ne diffère pas énormément de ce qui a été relaté par un Ibn Qudama dans son ouvrage *Almoghni*<sup>926</sup>. De même, l'Académie internationale du Fiqh islamique attachée à l'OCI a repris le terme *Qadi* (le juge) déjà utilisé par les fouqahas classiques à une époque où il n'existe pas de tribunaux. L'Académie internationale du Fiqh islamique aurait mieux emprunté le terme contemporain « tribunal, Cour ou autorité judiciaire ».

---

<sup>920</sup> *Ibid* à la p 717.

<sup>921</sup> Muhammad Al-Bachir, *supra* note 52 à la p 25.

<sup>922</sup> AAOIFI, Standard (Shari'a) no. 43 : al-Iflas (La faillite), à la p 717.

<sup>923</sup> *Ibid* à la p 718.

<sup>924</sup> *Ibid*.

<sup>925</sup> Muhammad Al-Bachir, *supra* note 52 à la p 25.

<sup>926</sup> Ibn Qudama, *Almoghni*, *supra* note 153.

Nous remarquons qu'il y a un recul par rapport à ce qui a été cité par les fouqahas classiques. Dans tous les livres de fiqh, il existe un chapitre de conciliation (*solh*) où les fouqahas parlent de la médiation en cas de faillite alors que les normes ne les mentionnent pas<sup>927</sup>. Monsieur Muhammad Al-Bashir précise que la norme reste également silencieuse sur la question de débiteurs (*qharimin*), une catégorie des bénéficiaires de *zakat*<sup>928</sup>. Elle n'explique pas si elles peuvent faire partie de ceux qui devraient être soutenus pour payer leurs dettes et elle ne précise pas non plus ceux-ci peut être fait dans quelles conditions<sup>929</sup>. La norme n'a pas tenté de comparer la position de la doctrine islamique classique sur la faillite avec les dispositions juridiques modernes en vigueur et les meilleures pratiques internationales. Par ailleurs, elle a été silencieuse sur le redressement judiciaire.

En somme, les fouqahas contemporains ont reçu les mêmes critiques que leurs homologues classiques. Ils se sont limités aux questions relatives à la liquidation. La norme est préoccupée par la faillite personnelle plutôt que la faillite des entreprises, particulièrement celles confrontés à des difficultés financières.

Quant à la décision de l'IFSB, après avoir analysé les meilleures pratiques réglementaires et les exigences des organismes de normalisation mondiaux et traité concrètement un cas d'insolvabilité et de restructuration d'une IFI en Turquie, elle a mis en évidence les principaux défis qui doivent être pris en compte par les autorités de régulation et de supervision lors de l'établissement d'un cadre de redressement, de résolution et de faillite/insolvabilité pour leur IFI. La décision n'a pas proposé des solutions ou un avis doctrinal à la lumière du contexte qui l'entoure mais elle conclut à la nécessité d'harmoniser les principes de la *Shari'a* liés au redressement et la faillite avec les lois de faillite et d'insolvabilité qui sont actuellement incorporés dans les systèmes juridiques étatiques.

Afin de rendre effectif le principe de deuxième chance, il nous semble utile de préciser certaines remarques importantes : la première est que l'établissement d'une procédure de

---

<sup>927</sup> Al-Sarakhsi, *Al-Mabsut*, *supra* note 153 à la p 134-20; Ibn Qudama, *Almoghni*, *supra* note 153 à la p 3084; Ibn Hazm, *supra* note 153 à la p 464-6 (1270).

<sup>928</sup> La *zakat* est un mot arabe traduit en français par « aumône légale ».

<sup>929</sup> Muhammad Al-Bachir, *supra* note 52 à la p 25.

restructuration nécessite la permission de la faillite volontaire. En effet, une faillite involontaire survient lorsque les créanciers d'un débiteur le forcent à se déclarer en faillite. À titre d'exemple, dans le cadre de de la LFI, la faillite involontaire peut être entamée lorsqu'un ou plusieurs créanciers déposent au tribunal une requête en faillite contre un débiteur sous certaines conditions<sup>930</sup>. En revanche, la procédure de faillite volontaire débute dès que le débiteur dépose une demande de faillite. Celle-ci doit être déposée par le débiteur en toute bonne foi sans qu'il soit nécessaire qu'il soit insolvable<sup>931</sup>. Dans une analyse comparative, nous constatons que l'AAOIFI a explicité cette possibilité dans sa norme sur la faillite<sup>932</sup>. Cette dernière n'a pas apporté une nouveauté mais a tout simplement emprunté un avis existant au sein de l'école chafite<sup>933</sup>. Cet avis autorise la faillite volontaire, qui est une cession de biens en faveur du *Qadi* (juge) qui distribuera les biens aux créanciers selon leur rang.

La deuxième remarque est de revoir la notion de la difficulté (*i'sar*). À notre avis, il faut abandonner le raisonnement qui décrit la personne dans une situation de difficulté (*mo'sir*) comme celle qui est dans l'impossibilité d'honorer ses engagements et d'adopter une définition qui renvoie à une situation provisoire dans le vécu d'une personne. Cette situation fait en sorte que le débiteur n'est pas dans l'impossibilité de s'acquitter de ses dettes, mais subira des dommages importants une fois ces derniers sont honorés. La position de l'académie de fiqh dans sa décision de 2018 qui a mis l'accent sur la coutume comme un facteur de la détermination de la situation de difficulté est un bon début dans ce sens<sup>934</sup>.

La troisième remarque concerne le dépôt d'une demande de faillite. Il faut que celui-ci entraîne automatiquement le déclenchement d'un sursis de plein droit au profit de l'entreprise débitrice. Ceci ne permet pas aux créanciers d'intenter une action en justice, de continuer une action déjà entamée, d'appliquer des mesures d'exécution ou toute autre

---

<sup>930</sup> Art. 43 (1) LFI et suivants.

<sup>931</sup> Art. 49 (1) LFI cession; Art. 50 (1) LFI proposition concordataire.

<sup>932</sup> AAOIFI, Standard (Shari'a) no. 43 : al-Iflas (La faillite), à la p 18.

<sup>933</sup> Al-Ramli, *Nihayat al-muhtaj*, *supra* note 153 à la p 315-4; Al-Mardawi, *Al Insaf*, *supra* note 153 à la p 282-5.

<sup>934</sup> OCI, Décision 218 (2/23)/ AIF de l'académie du 1 Novembre 2018 relative à l'insolvabilité et la faillite [2018], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2343.html>>.

procédure pour obtenir un recouvrement de réclamations prouvables en matière de faillite<sup>935</sup>.

Cette mesure trouve des traces dans le Coran, plus précisément dans le verset suivant :

*« À celui qui est dans la gêne, accorder un sursis jusqu'à ce qu'il soit dans l'aisance. Mais il est mieux pour vous de faire remise de la dette par charité ! Si vous saviez ! »*<sup>936</sup>.

Pour adopter une lecture qui s'aligne avec la compréhension normale de ce texte et avec la tendance actuelle des législations contemporaines, il faut d'abord écarter l'interprétation du juge Chouraih qui a limité l'application de ce verset aux seules transactions usuraires<sup>937</sup>. Les juristes reconnaissent que « La considération est accordée à la généralité de la langue et non à la spécificité de la raison de la révélation ». Or, l'orientation de Chouraih risque de ne pas mettre en application plusieurs versets. À titre d'exemple, ce verset « *Ô les croyants ! Remplissez fidèlement vos engagements* »<sup>938</sup> a été appliqué dans un cas spécifique. La question qui demeure posée, dans le cadre de raisonnement du juge Chouraih, est de savoir si l'application de ce verset à d'autres cas est possible.

Ensuite, il faudrait réfuter l'interprétation qui considère le sursis comme une recommandation. L'interprétation des exégètes qui le considèrent comme une obligation (ibn kathir, ibn jarir et d'autres) sera plus efficace et cohérente avec d'autres versets qui contiennent la même formulation linguistique<sup>939</sup>. Une des interprétations des juristes classiques qui plaide la recommandation a été basée sur une définition dans un contexte où le *mo'sir* est considéré comme étant une personne qui ne possède rien et se trouve dans l'impossibilité de faire face à ses obligations. Or, la définition contemporaine de la difficulté parle de situation momentanée vécue par une personne non pas par l'impossibilité d'honorer ses dettes mais seulement par la difficulté de le faire. Ce

---

<sup>935</sup> Art. 69.3 (1) LFI.

<sup>936</sup> Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 280.

<sup>937</sup> Al-Qurtubi, *supra* note 531 à la p 3-338 ; Ibn Jarir Al-Tabary, *supra* note 521 à la p 6-29.

<sup>938</sup> Coran, sourate 5 : Al. Maidah (La Table Servie), verset 1.

<sup>939</sup> Sourate 58 verset 4. Al-Mujadalah / La discussion ; Al-Baqarah (La vache) verset 196 ; Sourate 5 du Coran Al-Maidah (La table) 89. L'avis des exégètes dans *supra* note 531.

changement de contexte, et par conséquent de la définition de la difficulté, peut favoriser la modification de cette position doctrinale<sup>940</sup>.

D'autres mesures détiennent aussi leur importance dans un contexte propice à la réorganisation des entreprises en difficulté et complètent la suspension des procédures, comme celle de la non-applicabilité du droit de reprendre les marchandises vendues, la limitation de certains droits de résiliation des contrats conclus auparavant avec le débiteur ou le refus de fournir des biens ou des services pour le motif que des sommes dues préalablement soient impayées<sup>941</sup>.

---

<sup>940</sup> L'OCI a adopté cette orientation le point 2 (2) de sa décision : OCI, Décision 186 (1/20)/ AIF de l'académie du 18 Septembre 2012 relative à l'insolvabilité et la faillite [2012], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2343.html>>.

<sup>941</sup> Ferland, *supra* note 235 à la p 18.

### CONCLUSION DU CHAPITRE 3

L'objet de ce chapitre a consisté à savoir ce que les normes encadrant la finance islamique prévoient en matière de faillite et de restructuration. Pour ce faire, nous avons développé la renaissance et l'évolution de la finance islamique et les institutions financières islamiques et nous avons analysé le cadre juridique contemporain qui encadre la FI.

Nous avons constaté que la FI est une création récente. Malgré ses racines lointaines, elle n'a commencé à être considérée que dans les années 60. Les premières expériences ont eu lieu en Égypte et en Malaisie. Son expansion débute dans les années 1970 avec la création de la banque islamique de développement, Dubai Islamic Bank et Albaraka Banking Group. Le gonflement de l'épargne des pays du Machrek (l'orient arabe) et le rapatriement de certains capitaux des investisseurs musulmans après le 11 septembre 2001<sup>942</sup> constituent deux facteurs parmi d'autres qui ont contribué au développement de la FI dans les années 2000. Ce développement s'est concrétisé par l'internationalisation de la FI en deux formes : l'ouverture des fenêtres islamiques des banques conventionnelles et la création de banques islamiques dans les pays occidentaux.

À cet égard, nous avons analysé le cas canadien. Ce dernier est marqué par une présence timide des IFI (majoritairement des coopératives d'habitation) par rapport à 2,8% de la population canadienne de confession musulmane qui devrait augmenter à environ 6,6% d'ici 2030<sup>943</sup>. Il est aussi étiqueté par une absence d'un encadrement juridique propice.

Nous avons constaté que l'évolution de la FI est accompagnée d'un nombre important de litiges et de problèmes impliquant directement le droit islamique<sup>944</sup>. Parmi les problèmes posés, aux IFI, figure leur restructuration dans le cas de leur difficulté financière.

L'analyse de la littérature a démontré que plusieurs IFI ont éprouvé des difficultés financières avant et après la crise financière de 2008 (liquidation ou restructuration).

---

<sup>942</sup> Pastré et Gecheva, « La finance islamique à la croisée des chemins », *supra* note 767 à la p 202.

<sup>943</sup> *Supra* note 777.

<sup>944</sup> Wilson, *Legal regulation and governance issues in islamic finance*, *supra* note 97 à la p 5.

Nous avons décidé de faire une étude de cas de trois affaires, une au Canada et deux aux États-Unis.

Le cas d'Um Financial, même s'il s'agit d'une procédure de liquidation, nous apprend que le tribunal a pris en compte le droit islamique dans son analyse en parallèle avec le droit canadien. Le cas ECP a consacré la différence entre le sukuk qui est un titre donnant droit à la copropriété ou à la jouissance sur des actifs tangibles ou des investissements sous-jacents et l'obligation qui est un instrument de dette émise et donc une créance détenue par les obligataires. Le troisième cas révèle des problématiques quant aux recours des IFI à la restructuration : le droit d'imposer un plan, le financement, la résiliation des contrats...

Nous avons démontré qu'il existe des organes chargés de la normalisation de la FI. Ces derniers ont délaissé le sujet de la restructuration pour une date ultérieure (OCI) et se sont contentées de répéter ce qui a été dit dans la doctrine classique (AAOIFI). D'autres ont incité à adopter une norme dans ce cadre (IFSB).

**CHAPITRE 4**  
**LES CONCEPTS DE REDRESSEMENT : CROISSEMENT DE LA DOCTRINE**  
**JURIDIQUE ISLAMIQUE ET AVEC LE DROIT ÉTATIQUE (CANADIEN)**

## INTRODUCTION DU CHAPITRE 4

L'application des concepts de la réorganisation impose aux IFI des contraintes importantes. En effet, en plus des dispositions des lois étatiques de la faillite s'appliquant à toute entreprise conventionnelle, les IFI sont soumises à une deuxième normativité, celle du droit islamique et aussi aux comités qui en surveillent la bonne application<sup>945</sup>. On est alors en droit de se demander comment les IFI vont réussir leur restructuration dans le respect effectif de la législation étatique et de la norme religieuse.

Comme nous l'avons vu dans les chapitres précédents, les concepts de la réorganisation ont été initiés dans un contexte évolutionniste des législations nationales afin de donner une deuxième chance à une entreprise malchanceuse subissant des difficultés financières tout en agissant de façon honnête<sup>946</sup>. En plus d'attribuer un droit de sursis qui interdit presque toutes les actions juridiques entamées à l'encontre du débiteur, les législations étatiques contemporaines donnent aussi le droit à l'entreprise en difficulté de se financer, de résilier des contrats qui alourdissent le fardeau de l'entreprise et d'en céder d'autres pour le même motif. Tout ceci est dans le but d'élaborer un plan qui n'exige pas forcément le consentement de l'unanimité des créanciers<sup>947</sup>.

En revanche, la doctrine islamique dispose d'une recommandation claire et nette de donner une chance à l'entreprise en difficulté financière. Cette même doctrine dispose de certains concepts qui peuvent être utiles pour réussir sa réorganisation. Cependant, elle n'a pas développé des dispositions dans ce sens et s'est contentée d'un redressement extra-judiciaire qui nécessite l'approbation de l'unanimité des créanciers.

---

<sup>945</sup> Wilson, *Legal regulation and governance issues in islamic finance*, supra note 97 à la p 18.

<sup>946</sup> *Supra* note 35.

<sup>947</sup> France, Sénat, service des études juridiques, *La sauvegarde des entreprises en difficulté*, Étude de législation comparée n° 135, juin 2004, <<https://www.senat.fr/lc/lc135/lc135.pdf>>; le rapport a traité cinq pays anglo-saxons (les États-Unis, l'Australie, le Canada, la Grande-Bretagne et la Nouvelle-Zélande) et trois pays d'Europe continentale (l'Allemagne, l'Espagne et les Pays-Bas). Il a conclu que les pays étudiés ont réformé leurs procédures collectives au cours des dernières années ou s'appêtent à le faire et que toutes les réformes visent à intégrer des éléments caractéristiques du chapitre 11 américain dans les différentes législations nationales. Le rapport a abordé dans ses pages 11 et 12 l'homologation forcée du plan de redressement.

Le recours de certaines IFI au redressement judiciaire peut poser certains problèmes. Ceci a donné lieu à notre quatrième question de recherche qui est une question composée : Dans quelle mesure les concepts de restructuration en droit canadien convergent avec leurs équivalents en droit islamique? Dans la négative, quelles propositions pouvons-nous faire?

Pour répondre à cette interrogation, il nous faudra analyser les concepts de la restructuration en droit canadien à la lumière de la doctrine islamique. Cet exercice nous permettra de savoir s'il y a des points de convergence ou des points de divergence entre les deux (4.1). Par la suite, nous allons traiter les modes possibles d'intégration de ces concepts dans l'ordre juridique islamique (4.2). Au bout de notre analyse, une réponse à notre principale question de recherche sera apportée.

#### **4.1 Les concepts de la restructuration judiciaire : discussion sur le pouvoir du juge**

Afficher un objectif qui vise à favoriser la réorganisation des entreprises débitrices/insolvables<sup>948</sup> sans l'établissement de certains outils ne permet pas de parvenir à le réaliser. Ces outils impliquent d'autres parties prenantes comme les créanciers, les contractants de l'entreprise débitrice, .... Ils permettent, entre autres, le financement temporaire, le droit de résilier des contrats conclus par la personne insolvable ainsi que la capacité de conclure des ventes hors cours normal des affaires.

Cette section se propose d'analyser trois outils utilisés lors de la restructuration des IFI en droit canadien à la lumière de la doctrine islamique. La particularité de cette section se manifeste dans l'analyse en parallèle des solutions proposées par le guide législatif de la CNUDCI à cet effet.

Ainsi, la notion de financement intérimaire (4.1.1) et la possibilité de résilier un contrat seront, dans le cadre d'une approche comparative, développées (4.1.2) à côté du concept de la cession de contrat dans les paragraphes qui suivent (4.1.3).

---

<sup>948</sup> Ferland, *supra* note 235 aux pp 5-6.

#### 4.1.1 Le Financement intérimaire

Conscients des difficultés auxquelles font face les entreprises débitrices dans la période de l'élaboration du plan, les législateurs ont pensé aux méthodes incitant à l'obtention des ressources financières nécessaires au bon déroulement de la restructuration et à l'augmentation des chances de réussite de celle-ci. Certes, certaines entreprises en difficulté cherchent d'autres alternatives à l'emprunt<sup>949</sup>. Elles peuvent avoir recours à l'affacturage, à la cession du contrat et à la résiliation du celui-ci. D'autres entreprises préfèrent la voie du partenariat avec d'autres entreprises, l'émission d'actions ou l'émission d'obligations<sup>950</sup>.

Généralement, les entreprises ont l'obligation de trouver une source de financement lorsqu'elles sont en difficulté. Cette tâche n'est pas facile parce que les banques, prêteurs habituels, ne sont pas trop enclines à prêter de l'argent pour une compagnie en difficulté. L'octroi du financement intérimaire de la part d'un nouveau prêteur est accordé, majoritairement, sous la condition de donner les actifs de l'entreprise débitrice en garantie<sup>951</sup>.

Puisqu'on parle d'une entreprise sous contrôle judiciaire (à travers le syndic dans le cadre de la LFI ou le contrôleur dans le cadre de la LAAC), une telle opération nécessite l'approbation de l'autorité judiciaire. À cet effet, Geoffrey Morawetz souligne qu'il existe essentiellement trois types de frais de financement intérimaire : premièrement, c'est un cas rare, le tribunal accorde des moyens financiers sans que les intérêts des créanciers garantis soient compromis. Deuxièmement, lorsque la valeur des actifs du débiteur excède la responsabilité garantie, dans ce cas, l'octroi d'un financement DIP ne porte pas préjudice aux créanciers garantis. La troisième situation est la plus courante, celle où la valeur des actifs est inférieure au montant du crédit garanti préexistant et donc,

---

<sup>949</sup> Banque de développement du Canada, « Comment refinancer une entreprise en difficulté », [Banque de développement du Canada] en ligne :

<<https://www.bdc.ca/fr/articles-outils/argent-finance/obtenir-financement/refinancer-atteindre-objectifs>>

<sup>950</sup> *Ibid.*

<sup>951</sup> Duchesne Marc, Isabelle Desharnais, « Étude comparative des amendements à la LACC et la LFI : Les outils de réorganisation » dans Insight Information, *Insolvabilité et restructuration commerciale : réforme en profondeur de la LFI et la LACC*, Toronto, Insight Information, 2006 à la p 6 (150) ; Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec supra* note 189 à la p 227.

les créanciers antérieurs seront compromis lorsque l'ordonnance du tribunal sanctionne le financement DIP prioritaire<sup>952</sup>.

Le guide législatif de la CNUDCI a analysé les remèdes existants dans plusieurs juridictions liés à ces trois types de frais de financement. Dans ce qui suit, nous retracerons d'abord les solutions proposées par le guide législatif de la CNUDCI sur le fonctionnement du financement intérimaire (analyse à la lumière du droit canadien de la faillite) (4.1.1.1) pour ensuite rappeler comment cela s'articule en droit islamique (4.1.1.2).

#### **4.1.1.1 Le financement intérimaire à la lumière du guide législatif de la CNUDCI**

Le guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, de sa part, a relevé la rareté des sources de financement postérieur à l'ouverture de la procédure. À cet égard, il précise que les entreprises débitrices se trouvent devant deux sortes de prêteurs. D'un côté, ceux ayant une relation continue avec l'entreprise débitrice avant sa difficulté financière et qui peuvent accorder un financement supplémentaire afin d'augmenter les chances de se faire rembourser sur les anciennes créances et de bénéficier de taux élevé sur le nouveau crédit. D'un autre côté, des prêteurs qui n'ont aucune relation avec l'entreprise antérieurement à sa difficulté financière et dont le seul objectif est l'obtention d'un taux de rendement le plus élevé possible<sup>953</sup>.

Le point commun entre les deux catégories de prêteurs est la certitude qu'un taux préférentiel sera attribué à leur financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Toutefois, les prêteurs ayant une relation antérieure avec l'entreprise en difficulté financière, peuvent en plus, être encouragés par le maintien de la relation commerciale, la conservation des conditions des prêts consentis avant l'ouverture de la procédure et la minimalisation du risque d'être primé par un prêteur ayant fourni un financement postérieur à l'ouverture<sup>954</sup>.

---

<sup>952</sup> Janis Sarra, « Debtor in Possession Financing », *supra* note 301 aux pp 344-345.

<sup>953</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p 127 para 99.

<sup>954</sup> *Ibid.*

Après avoir abordé la difficulté de financement des entreprises en difficultés après l'ouverture de la procédure collective, le guide a passé en revue les solutions existantes dans plusieurs juridictions (4.1.1.1.1). Enfin, il a proposé des recommandations à cet égard (4.1.1.1.2).

#### **4.1.1.1.1 L'analyse du guide de la CNUDCI sur les solutions existantes dans différentes juridictions**

Plusieurs stratégies peuvent être utilisées afin d'attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure collective. Ces solutions diffèrent en fonction de l'inscription du financement dans le cours normal des affaires ou en dehors de celui-ci. Le financement intérimaire peut être traité comme une dépense d'administration, peut bénéficier d'une super-priorité primant d'autres dépenses afférentes à l'administration ou il sera garanti par une sûreté réelle constituée sur des actifs non grevés ou déjà grevés<sup>955</sup>.

##### **❖ L'octroi d'une priorité : moyen pour attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure**

Le fonctionnement des entreprises débitrices postérieurement à la proposition d'un plan de restructuration, dans un objectif de redressement ou pour préserver leurs valeurs dans la finalité d'une cession visant la continuité des activités, engage des dépenses importantes liées au paiement de certains biens et services, tels que les dépenses et honoraires du syndic et des experts (frais des professionnels), les salaires, les assurances, le loyer etc.

Il est utile de savoir que ses prêts ne peuvent être accordés que si une clause de remboursement avant les créanciers chirographaires est instaurée. Afin de rassurer les fournisseurs que les services ou les biens fournis vont être payés, le guide passe en revue des solutions adoptées par différentes juridictions :

---

<sup>955</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p 127 para 110

Dans la première catégorie, certaines lois traitent de la même façon les dépenses sur les biens et services et celles afférentes à l'administration de la procédure. Par conséquent, les créanciers à cet égard bénéficieront d'une priorité d'administration<sup>956</sup>. Certains justifiaient cette priorité par le fait que le financement est accordé au représentant de l'insolvabilité (contrôleur ou syndic), et non au débiteur. Par conséquent, ce financement devient une dépense de la masse de l'insolvabilité<sup>957</sup>. Dans une deuxième catégorie, l'approbation du financement par le tribunal ou les créanciers est exigée par certaines lois sur l'insolvabilité. Toutefois, cette approbation n'est pas nécessaire selon d'autres sauf que la responsabilité personnelle du représentant de l'insolvabilité peut être engagée dans une certaine mesure<sup>958</sup>. Une troisième catégorie propose l'accord d'une "super-priorité" d'administration dans le cas où le traitement sur un pied d'égalité avec les autres créances administratives n'a pas convaincu les bailleurs de fond<sup>959</sup>.

Le point commun entre toutes ces législations est qu'elles proposent l'octroi d'une sûreté sous forme de "priorité" afin d'attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure. La priorité est le droit que la loi accorde à un créancier, en rapport avec certains biens et en raison de la nature de sa créance, d'être payé par préférence aux autres créanciers<sup>960</sup>. La priorité dispose de quatre caractéristiques : légales, accessoires, indivisibles et occultes.

Le caractère légal se manifeste dans le fait que la priorité résulte de la loi et qu'elle ne pourra naître que si toutes les conditions d'existence prévus par la loi concernant les créanciers, la créance et les biens affectés par la priorité sont rencontrées<sup>961</sup>. Par conséquent, ni le consentement du créancier et du débiteur « contrat » ne peut créer une priorité. De même, le consentement des créanciers ne peut non plus modifier le rang attribué à une priorité. Le caractère accessoire est prévu à l'article 2659 du C.c.Q : « La priorité accordée par la loi à certaines créances cesse de plein droit lorsque l'obligation qui en est la cause s'éteint. » : c'est-à-dire que la priorité ne peut exister qu'en rapport

---

<sup>956</sup> CNUDCI, *supra* note 23 aux pp 127-128 para 101.

<sup>957</sup> *Ibid.*

<sup>958</sup> *Ibid.*

<sup>959</sup> *Ibid* para 102.

<sup>960</sup> Art. 2650 C.c.Q; Art. 766 C.p.c.

<sup>961</sup> Art. 2650 C.c.Q.

avec une obligation principale dont elle garantit l'exécution. La priorité a aussi un caractère indivisible, cela signifie que chaque partie du bien qui est grevé de la priorité va garantir la totalité de la créance et inversement (chaque partie de la créance va être garantie par la totalité du bien grevé de la priorité)<sup>962</sup>. Enfin, la priorité est occulte dans la mesure où les créances prioritaires sont opposables aux autres créanciers mais ne sont pas opposables aux tiers en général. Ceci est le fait parce qu'elles ne sont pas soumises à la formalité de la publicité et parce qu'elles ne sont pas constitutives d'un droit réel. Toutefois, une exception est attribuée aux taxes foncières en faveur des municipalités et des commissions scolaires. Ces dernières ont une priorité opposable aux autres créanciers et à tous les tiers sans qu'il soit nécessaire de les publier parce qu'elles sont constitutives d'un droit réel<sup>963</sup>.

Cela étant dit, nous remarquons que la première catégorie attribuée aux fournisseurs de crédit un privilège de prendre un rang avancé à celui des créanciers chirographaires et avancé aussi à celui des créanciers qui bénéficient d'une priorité légale, comme celle prévue dans l'article 2657 du C.c.Q (exceptions des taxes foncières). En revanche, il ne devance pas les créanciers garantis<sup>964</sup> comme les hypothèques conventionnelles et les priorités constitutives d'un droit réel.

En ce qui concerne la deuxième catégorie, on adhère à l'opinion qui suggère l'approbation de prêt par l'autorité judiciaire et nous refusons celui qui se contente à la discrétion du représentant de l'insolvabilité (syndic). Nous refusons aussi l'engagement la responsabilité du syndic puisque, dans cette optique, il sera très réticent et préférera ne pas prendre le risque quant à la recherche de financements. Certes, le contrôleur, en vertu de la LACC, et le syndic, en vertu de la LFI, sont des officiers de justice. Ils surveillent le déroulement de l'entreprise pour s'assurer que cette dernière respecte la loi, les ordonnances du tribunal et les modalités du plan. De même, ils aident l'entreprise à préparer le plan de transaction ou d'arrangement, établissent les rapports à l'intention du tribunal, fournissent de l'information aux créanciers relativement à la procédure de réclamation et aux assemblées des créanciers, etc. Cependant, ils n'appartiennent pas au

---

<sup>962</sup> Art. 2650, al. 2 C.c.Q: « La priorité est indivisible ».

<sup>963</sup> Art. 2655 C.c.Q.

<sup>964</sup> Art. 52 LFI.

corps judiciaire. Donc, ils ne peuvent pas détenir le même degré de confiance que les parties prenantes faut à l'autorité judiciaire. À notre opinion, ils peuvent faire des suggestions que le tribunal peut prendre en compte.

Enfin, en ce qui a trait à la super-priorité accordée aux fournisseurs des biens et des services tels que les avocats et les comptables sur les créances de même type, elle pourrait être accordée exceptionnellement puisqu'elle n'affecte pas les créanciers garantis et elle ne produit d'effet qu'à l'égard des créanciers de même type (détenant la même sûreté). Elle peut être efficace si on procède à la balance entre les bienfaits de l'accorder et les coûts de ne pas le faire. Cet exercice demande une étude de cas en prenant en compte les circonstances de l'affaire.

#### ❖ **L'octroi d'une hypothèque : moyen pour attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure**

Certaines juridictions proposent une hypothèque sur les actifs non grevés ou déjà grevés. Dans ce dernier cas, la valeur des actifs dépasse le montant de l'obligation garantie préexistante. Dans tous les cas, la sûreté sera de rang inférieur et les créanciers garantis antérieurement n'auront besoin d'aucune protection particulière, du fait que leurs droits ne seront pas lésés, sauf si les circonstances changent par la suite<sup>965</sup>.

D'autres juridictions accordent aux nouveaux prêteurs une priorité sur les créanciers garantis antérieurement. Les tribunaux ne l'autorisent que de façon exceptionnelle et dans le respect de certaines conditions :

- La notification des créanciers garantis concernés et l'accord du droit d'être entendu par le tribunal;
- La preuve que la priorité nécessaire pour l'obtention du financement;
- La protection contre toute diminution de la valeur économique des actifs grevés<sup>966</sup>.

Certains systèmes juridiques prévoient toutes ces options (priorité, super-priorité, sûreté réelle et privilège) pour inciter les bailleurs du fond à accorder un nouveau financement

---

<sup>965</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p 128 para 103.

<sup>966</sup> *Ibid* à la p 129 para 104.

postérieur à l'ouverture de la procédure. Le guide suggère qu'en principe la valeur économique des droits des créanciers garantis antérieurs devrait être protégée<sup>967</sup>.

#### 4.1.1.1.2 Suggestions de la CNUDCI

La CNUDCI, dans son rôle d'orientation, a fait des suggestions qui tournent autour de cinq points. Le premier est lié à l'objet des dispositions législatives. Cet objectif doit toucher trois éléments :

- La facilitation de l'obtention d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou pour préserver la valeur des actifs entrant dans la masse;
- L'assurance d'une protection aux fournisseurs du financement postérieurement à l'ouverture de la procédure; et
- L'assurance d'une protection aux profits des créanciers garantis antérieurement à l'ouverture de la procédure<sup>968</sup>.

Donc, on peut déduire que le guide recommande de prévoir des moyens facilitant l'obtention du financement intérimaire. Toutefois, ces moyens doivent balancer entre la protection des nouveaux fournisseurs de fonds et des créanciers antérieurs à la procédure collective.

Dans un deuxième point, le guide explicite les dispositions législatives permettant la réalisation de ces objectifs. Le premier dispositif est la priorité. Cette dernière permet au fournisseur de ce financement d'être remboursée avant les créanciers ordinaires et ceux détenant une créance prioritaire afférente à l'administration de la procédure. Les dispositions législatives devraient aussi permettre l'autorisation d'une hypothèque comme forme d'assurance pour le créancier postérieur à l'ouverture de la procédure collective. Cette hypothèque peut porter sur des actifs non grevés ou sur des actifs grevés. Dans ce dernier cas, elles doivent être de rang inférieur sur les hypothèques antérieures<sup>969</sup>.

Dans un troisième point, une autre disposition s'impose dans le cas de refus du créancier garanti antérieur. Elle doit prévoir le pouvoir du tribunal dans ces circonstances

---

<sup>967</sup> *Ibid.*

<sup>968</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p 130.

<sup>969</sup> *Ibid* à la p 131.

d'autoriser une hypothèque prioritaire sur les hypothèques antérieures. Cette autorisation doit respecter certaines conditions, notamment :

- Le droit du créancier garanti antérieur d'être entendu par le tribunal,
- La preuve du débiteur déterminant l'impossibilité d'obtenir le financement par aucun autre moyen,
- La protection des droits du créancier garanti antérieurement du financement intérimaire<sup>970</sup>.

Finalement, le guide fait référence aux effets de la conversion dans la mesure où certaines lois sur l'insolvabilité stipulent que toute sûreté « priorité ou hypothèque » attribuée pour garantir l'exécution d'un financement postérieur à la procédure peut être annulée dans une liquidation subséquente et entraîner une responsabilité pour retard de l'ouverture de cette procédure et pour préjudice potentiel aux créanciers.

Cette orientation aura des effets négatifs sur l'octroi du financement et n'encourage pas les bailleurs de fond de se relancer dans une telle aventure. Le guide suggère la conservation de la priorité en cas de liquidation et, le cas échéant, de lui attribuer un rang inférieur<sup>971</sup>.

Après avoir traité l'analyse du guide législatif de la CNUDCI sur les remèdes existants dans plusieurs juridictions liés aux trois types de frais de financement et les solutions proposées (analyse à la lumière du droit canadien de la faillite), nous aborderons, dans le prochain point, comment cela s'articule en droit islamique (4.1.1.2). Notre analyse se limite aux deux types de financement intérimaire du droit canadien, celui octroyé sous condition d'accorder avec une sûreté prioritaire en faveur du nouveau créancier (4.1.1.2.1) et l'autre sans sûreté prioritaire (4.1.1.2.2).

---

<sup>970</sup> *Ibid* à la p 131.

<sup>971</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p 130 para 107.

#### 4.1.1.2 De l'articulation de la notion du financement intérimaire en droit musulman

Les sources primaires ont relevé au moins deux passages à cet égard :

Le premier passage concerne le verset suivant :

« *Les Sadaqâts ne sont destinés que pour les pauvres, les indigents, ceux qui y travaillent, ceux dont les cœurs sont à gagner (à l'Islam), l'affranchissement des jongs, **ceux qui sont lourdement endettés**, dans le sentier d'Allah, et pour le voyageur (en détresse). C'est un décret d'Allah ! Et Allah est Omniscient et Sage* »<sup>972</sup>.

Ce verset concerne la *zakat*, aumône obligatoire qui représente essentiellement 2,5% de la richesse d'un musulman possédant le montant minimum de richesse (*nissab*) sur une année entière<sup>973</sup>. Les attributaires de cette *zakat* sont au nombre de huit, parmi eux figurent les endettés (*al gharimin*). Ce terme signifie le débiteur incapable d'honorer ses engagements<sup>974</sup>. Le deuxième passage se trouve dans la Sunna, plus précisément dans ce *hadith* :

« 18. (1556) Abu Sa'id al-khudri rapporte : Un homme subit, du temps du Messenger de Dieu (s), une perte ayant frappé la récolte qu'il avait acheté sur pied et ses dettes augmentèrent par conséquent. Le Messenger de Dieu (s) dit alors : « **Faites-lui aumône** » Les gens lui donnèrent l'aumône, mais le montant ainsi collecté ne parvenait pas à éteindre ses dettes. Sur ce, le Messenger de Dieu (s) dit aux créanciers de cet homme : « **Prenez ce qui est disponible et vous n'avez droit à rien d'autre en dehors de cela.** »<sup>975</sup>.

Laissant de côté l'ambiguïté de ces deux textes qui a été expliquée dans le deuxième chapitre (celle de savoir si l'entreprise en difficulté fait partie des attributaires de la *zakat* dans le premier texte et celle de savoir s'elle peut bénéficier de l'aumône dans le deuxième de ces notions ou non)<sup>976</sup>, les deux textes mettent l'accent sur le financement d'une personne en difficulté financière ou en faillite afin de l'aider à payer ses dettes. Les

---

<sup>972</sup> Coran, sourate 9: At. Tawbah (Le repentir), verset (60).

<sup>973</sup> Layachi Feddad « fiqh zakat : les biens zakataires » *supra* note 656 aux pp 16-17.

<sup>974</sup> Pour plus de détails sur les bénéficiaires de la *zakat*, voir notamment : *Ibid* aux pp 45-58.

<sup>975</sup> Muslim, *Le sahih de muslim*, *supra* note 561 à la p 334.

<sup>976</sup> Voir : pp 148-153.

deux passages montrent que la *zakat* ne donne pas naissance à un prêt. Le montant donné n'aura plus à être remboursé. En revanche, le financement intérimaire est un prêt qui peut être octroyé sous condition (4.1.1.2.1) ou non d'accorder une sûreté prioritaire en faveur du nouveau créancier (4.1.1.2.2).

#### **4.1.1.2.1 L'articulation du financement intérimaire sans garantie en droit musulman**

La doctrine islamique n'a pas traité ce genre de financement de façon précise dans ses recueils pour une simple raison : Elle n'a pas trop avancé dans le traitement du volet de redressement. Il nous semble que la doctrine contemporaine, dans son élaboration d'une norme liée au redressement des entreprises peut se baser, dans une première approche, sur ce verset :

*« À celui qui est dans la gêne, accorder un sursis jusqu'à ce qu'il soit dans l'aisance. Mais il est mieux pour vous de faire remise de la dette par charité ! Si vous saviez ! »<sup>977</sup>.*

Ce verset permet de légiférer à propos du financement intérimaire qui ne nécessite pas que les actifs de l'entreprise en difficulté soient offerts en garantie. Cela dit, le sursis ne se résume pas à faire surseoir les recours contre l'entreprise débitrice mais il vise à donner une possibilité à cette dernière de gérer ses affaires de façon habituelle, y compris le droit de se financer sous condition d'être approuvé par un tribunal pour payer des frais nécessaires pour sortir de la difficulté. Il peut s'agir des frais des avocats, des frais comptables, des frais des évaluateurs et d'autres frais dans le but d'assister le débiteur dans son dossier de redressement.

Cette position peut être appuyée par l'avis de la doctrine classique sur le sursis.

*« Lorsque la situation de difficulté d'honorer ses engagements est constatée, al hakim précise que personne n'a ni le droit de réclamation ni le droit de suite. En revanche, al Chafii et Abou hanifa stipulent que*

---

<sup>977</sup> Coran, sourate 2 : Al. Baqarah (La Vache), verset 280.

les débiteurs ont le droit de suite sans qu'ils puissent l'interdire de faire le commerce (*kasb*) »<sup>978</sup>.

Nous constatons que des juristes classiques divergent sur le droit de suite, mais ils sont d'accord sur le droit de la personne en difficulté de continuer ses affaires.

Certes, les juristes classiques n'ont pas détaillé de façon précise « faire le commerce (*kasb*) ». À nos yeux, la quête d'un financement est une opération qui fait partie de la gestion des affaires surtout quand la personne concernée est en difficulté.

On ne parle pas de grands financements parce que même les prêteurs se montrent trop hésitants à accorder un prêt pour une entreprise en difficulté et exigent souvent une sûreté à cet égard. On parle plutôt d'un financement pour payer des professionnels etc.

Qu'en est-il du financement qui exige une sûreté prioritaire par rapport aux créanciers garantis ?

#### **4.1.1.2.2 Concept de financement intérimaire avec garantie en droit musulman**

Les textes prévus dans ce champ d'étude ne sont pas nombreux et ne sont pas précis et tranchants. Ainsi, ils ouvrent la porte à plusieurs interprétations. La possibilité la plus pratique est de s'appuyer sur l'objectif ultime mentionné dans le verset du « *nadiratan - sursis* »<sup>979</sup>, celui de la situation de « l'aisance » et de la condition qui y met fin. Cette situation « l'aisance » ne peut être atteinte que par des efforts de la part de l'entreprise débitrice et des moyens (prévus par la législation) qui seront mis à la disposition de celle-ci. Une question se pose à cet égard : comment peut-on atteindre l'aisance si on accorde seulement un sursis à l'entreprise en difficulté? Aux juristes occidentaux, on a posé une question similaire : est-ce que la suspension des procédures contre l'entreprise débitrice est suffisante pour permettre à celle-ci de dépasser ses difficultés ? Les juges ont répondu par la négative. Malgré l'absence de mécanismes dans la loi permettant l'accord d'un financement nécessaire pour élaborer un plan fiable de restructuration, les juges se sont

---

<sup>978</sup> Ibn Qudama, *Almoghni*, *supra* note 153 à la p 291-4 (3463).

<sup>979</sup> Coran, sourate 2 : Al. Baqarah (La Vache), verset 280.

basées sur leur juridiction inhérente et sur l'objectif de la loi de faillite (donner une deuxième chance) pour accorder ce financement<sup>980</sup>.

Les juristes musulmans peuvent aussi se fonder sur la notion de la nécessité (*darura*) ou le besoin (*al hajah*) et sur la finalité envisagée (*Maqasid Ash Shari'a*).

Premièrement, (*Maqasid Ash Shari'a*) sont les fins poursuivies par la religion<sup>981</sup>. Celles-ci trouvent ses origines dans les injonctions textuelles du Coran et de la Sunna et reflètent les finalités et les objectifs de ces injonctions. Dans ce cadre, on se soucie beaucoup plus des buts recommandés que des termes et sentences du texte<sup>982</sup>.

Al-Ghazali et Al-Chatibi<sup>983</sup> ont déterminé cinq finalités à préserver, à savoir : la préservation de la religion (*al-din*), de la vie (*al-nafs*), de la raison (*al-'aql*), des biens matériels (*al-mal*) et de la descendance (*al-nasl*). D'autres juristes ont rajouté d'autres finalités comme la préservation de la dignité (*al-'ird*) et la préservation de la liberté<sup>984</sup>. Les juristes doivent prendre en compte ces finalités et les moyens utiles pour les atteindre. Ceci explique le motif pour lequel le concept de la finalité est utilisé conjointement avec celui de l'utilité « *al maslaha* ».

À partir du Coran, les finalités dans le cadre de la faillite tournent autour de deux conceptions : l'accomplissement des engagements<sup>985</sup> et le concept de sursis<sup>986</sup>. La finalité la plus claire dans le domaine de la faillite est celle de la deuxième chance<sup>987</sup>. Les deux

---

<sup>980</sup> *Dylex Ltd.*, Re, 1995 CanLII 7370 (ON SC) para 8.

<sup>981</sup> Kamali, Mohammad Hashim, « Actualization (Taf'il) of the Higher Purposes (Maqasid) of Shariah » (2020) International Institute of Islamic Thought aux pp 5-6. L'auteur présente des définitions de plusieurs juristes.

<sup>982</sup> Kamali, Mohammad Hashim, « Maqāṣid al-sharī'ah': the objectives of islamic law » (1999) Islamic Studies vol 38 n° 2 Islamic Research Institute, International Islamic University, Islamabad pp 193–208, aux pp 193-194; Al-Risuni, Ahmad, *Nazariat, al-Maqa asid 'inda al-Imam al-Shatibi*, Dar Al Alamia Lil Kitab, Casablanca, 1995 aux pp 5-7.

<sup>983</sup> Ash Shatibi Abu Is-haq Ibrahim Ibn Musa ibn Muhammad Al Andalusi, *Al Muwafaqat*, le Caire, Dar Ibn 'Affan, 2003.

<sup>984</sup> Kamali, «Maqāṣid al-sharī'ah': the objectives of islamic law», *supra* note 982 à la p 199. Maqasid al-sharī'ah ne sont pas mentionnés dans les sources principales. Ils ont été développés au fur et à mesure par les juristes. À cet égard, l'auteur précise que Al Juwayni (d. 1085CE), a probablement été le premier qui a classifié les finalités de la Shari'ah dans trois catégories : les nécessités (*daruriyyat*), les complémentaires (*hajiyat*) et les embellissements (*tahsiniyyat*). Par la suite, Al-Ghazali et Al-Chatibi ont pris la relève de développement de ce concept.

<sup>985</sup> Coran, sourate 5: Al. Maidah (La Table Servie), verset 1.

<sup>986</sup> Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 280.

<sup>987</sup> La clarté ou la spécificité se manifeste dans le fait que le principe de l'accomplissement des engagements est un principe général qui s'applique dans tous les domaines de la doctrine islamique,

objectifs ne sont pas contradictoires. D'un côté, on peut obliger une entreprise en difficulté d'honorer ses engagements en liquidant ses actifs. Cette opération peut avoir des impacts sur les salariés, les associés et les créanciers. Ces derniers ne peuvent pas toujours récupérer la totalité de leurs créances. D'un autre côté, on peut contraindre l'entreprise en difficulté à acquitter ses dettes tout en lui accordant une chance de se restructurer. Dans cette optique, en plus d'avoir la possibilité de récupérer la totalité des créances, les créanciers ne perdent pas leurs clients et évitent le licenciement des salariés etc.

Plusieurs textes appuient cet objectif à travers des outils qui ont été cités de façon non exhaustive. Les outils les plus clairs dans le Coran sont le sursis (*nadiratan*) et la remise de dette ainsi que la libération<sup>988</sup>. La Sunna, de sa part, a mis l'accent sur la cession de la dette (*hawala*) et la *zakat* comme moyen de financement des personnes insolvable<sup>989</sup>.

Là, nous répétons la même question : Peut-on accorder une deuxième chance à une entreprise en difficulté par le simple moyen de sursis et la suspension de tous les recours à son encontre? La réponse à cette question nécessite la compréhension de la philosophie de la deuxième chance. Celle d'apporter de l'aide à une entreprise lorsque cette dernière confronte des ennuis endogènes et exogènes qui causent sa difficulté. Des outils viennent au service de cet objectif et ne se limitent pas au sursis. Ils nécessitent dans certains cas un financement pour que l'entreprise puisse continuer ses activités.

Le deuxième moyen pour faire approuver un financement intérimaire est la notion de la nécessité « *darora* »<sup>990</sup>. Ce concept trouve son origine dans le Coran dans plusieurs versets dont :

---

tandis que le principe de la deuxième chance est un principe spécial s'appliquant dans un cas précis au sein du droit de la faillite (celui de la situation de difficulté financière).

<sup>988</sup> Coran, sourate 2 : Al. Baqarah (La Vache), verset 280.

<sup>989</sup> Voir pp 142-143.

<sup>990</sup> Yasmin Hanani Mohd Safian, *Necessity (Darura) in Islamic Law: A study with special reference to the Harm Reduction Programme in Malaysia*, doctoral thesis in philosophy (Arab and Islamic Studies), University of Exeter, 2010, [non publiée], aux pp32-34, l'auteur précise qu'il existe six versets coraniques qui traitent directement le cas de *darora*; Al-Mutairi Mansour Z, *Necessity in Islamic law*, doctoral thesis in philosophy, University of Edinburgh, 1997 aux pp8-9 [non publiée] [Al-Mutairi],

« ..... Il n'y a pas de péché sur celui qui est contraint sans toutefois abuser ni transgresser, car Allah est Pardonneur et Miséricordieux »<sup>991</sup>.

Le principe de nécessité a été critiqué par Schacht. Ce dernier le trouve comme un moyen qui a été créé pour appliquer des dispositions qui ne sont pas conformes à la théorie religieuse idéale<sup>992</sup>. De son côté, Bernard Lewis a précisé que « la nécessité est un principe souvent invoqué par les juristes musulmans pour justifier l'acceptation de situations qui sont en elles-mêmes inacceptables »<sup>993</sup>.

Ce principe a été défini par Ali Hayder comme étant : *une situation où l'on pourrait commettre un acte illégal*<sup>994</sup>. Pour Al-Zarqa, la nécessité est définie comme étant : *un état qui, s'il n'est pas satisfait, entraînerait un danger réel, tel qu'une contrainte totale ou la peur de la mort en cas de famine*<sup>995</sup>. Pour Al Zuhayli, *la nécessité est un nouvel état de danger et de privation sévère auquel une personne est confrontée et par conséquent elle craint une atteinte à sa vie, à ses organes, à sa progéniture, à sa raison ou à ses biens. Dans une telle situation, commettre un acte illégal ou négliger ou retarder une obligation devient obligatoire ou admissible pour repousser tout tort sur la base d'une forte probabilité dans les limites de la Shari'a*<sup>996</sup>.

À partir de ces définitions, nous pouvons déterminer les caractéristiques qui marquent la notion de *darura* :

- Il devrait y avoir une nécessité impérieuse.
- Il doit y avoir une véritable peur de la mort ou de blessures graves.
- Une telle blessure doit être dirigée vers l'un des cinq principes fondamentaux (*al-daruriyat al-khams*).

---

l'auteur présente la définition de *darura* de la doctrine classique et fait une critique de cette dernière aux pp 10-13.

<sup>991</sup> Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 173.

<sup>992</sup> Joseph Schacht, *An introduction to islamic law*, UK, Oxford, 1964 à la p 84.

<sup>993</sup> Lewis Bernard, *The political language of islam*, Chicago, University of Chicago Press, 1988 à la p 106.

<sup>994</sup> Ali Hayder, *Durar al-Ḥikām Sharḥ Majallah al-Aḥkām. Translated by al-Hussaini F*, 1er éd, Bayreuth, Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah, 1991 à la p 38.

<sup>995</sup> Al-Zarqa Mustafa Ahmad, *al-Madkhal al-fiqh al-'am*, Bayreuth, Dar al-Fikr, 1967 à la p 997.

<sup>996</sup> Al-Zuhayli Wahbah, *Nazariyyat al-Darurah al-shar'iyah Muqaranatan ma'a al-Qanun al-Wad'I*, Bayreuth, mo-Asasat al rissala, 1985 aux pp 67-68.

- Commettre un acte illégal est la seule issue à une telle situation<sup>997</sup>.

Certains termes relatifs à la nécessité sont couramment utilisés de façon interchangeable par les juristes, comme celui de besoin (*al hajah*). Cette dernière signifie *tout ce qui est nécessaire pour atténuer et supprimer une difficulté existante*<sup>998</sup>. Toutefois, les deux termes ne sont pas équivalents dans les effets juridiques même s'ils sont souvent utilisés de manière interchangeable<sup>999</sup>.

À titre d'exemple, la situation de besoin se manifeste dans le fait que quelqu'un crève de faim mais ne craint pas de se blesser ou de mourir. En revanche, la nécessité se révèle clairement dans une situation où cette même personne a peur de perdre sa vie ou d'être blessée. Dans le premier cas (besoin), il ne serait pas autorisé à prendre des choses interdites tandis que dans le deuxième (nécessité) il serait légalement autorisé<sup>1000</sup>. Mais si l'état de besoin persiste, il conduira à un état de nécessité. Pour cela, une règle fiqhique stipule : « le besoin peut être considéré comme la nécessité »<sup>1001</sup>. Toutefois, mettre au même niveau le besoin (général ou spécial) et la nécessité exige le respect de certaines conditions :

- Ce besoin doit être caractérisé par une difficulté supplémentaire et une gêne apparente.
- Il doit être provisoire et pas permanent.

La légalité du contrat de location (*ijara*), du contrat *ja'ala*<sup>1002</sup> au bien du contrat de cession de dette (*hawala*) sont de bons exemples de l'utilisation de la notion de besoin. Lesdits contrats ont été rendus légaux à la contradiction de l'analogie<sup>1003</sup>.

<sup>997</sup> Pour plus de détails sur les caractéristiques de *darora* voir : *Ibid* aux pp 68-72.

<sup>998</sup> Al-Mutairi, *supra* note 990 à la 16.

<sup>999</sup> *Ibid* à la p 17.

<sup>1000</sup> Al-Sabki, *Al-Ashbah wal Nadha'ir*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiyah, 1991 à la p 1-45; Al-Suyuti, *Al-Ashbah wal Nadha'ir*, *supra* note 154 à la p 84; Ibn Nujaym, *Al-Ashbah wal Nadha'ir*, 1er éd, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiyah, 1999 à la p 73.

<sup>1001</sup> Al-Zuhayli Wahbah, *Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah wa Tatbiqatuha fi al-Mazahib al-Arba'ah*, Beyrouth, Dar al-Fikr, 2006 à la p 288-1; Al-Suyuti, *Al-Ashbah wal Nadha'ir*, *supra* note 153 à la p 88.

<sup>1002</sup> Le *Ja'ala* est un contrat composé de trois éléments : le *Ja'eel* (principal), le *Maj'uul* (agent) et le *Ju'ul* (rémunération ou compensation) dans lequel un *Ja'eel* (mandant) engage un *Maj'uul* (agent) pour effectuer une tâche donnée pour un *Ju'ul* donné (une compensation en argent conditions ou autrement tel qu'il est spécifié dans le contrat) en vertu des conditions : 1. Si le *Maj'uul* accomplit avec succès la tâche convenue, le *Ja'eel* lui verse le *Ju'ul* convenu (compensation ou rémunération). 2. Sinon, le *Maj'uul* n'obtient rien.

Accorder une priorité pour un financement DIP sur les autres créances est un principe qui peut relever du besoin (*al hajah*) et non de la nécessité (*darora*). Cette dernière peut être utile dans le cas de recours à un financement avec intérêts dans le cas de ruine totale. Là, on est dans le cas de besoin (*al hajah*) puisque l'entreprise est en difficulté et n'est pas encore arrivée au bout du tunnel de la faillite. Dans le cadre de la faillite, nous faisons illustration à un tunnel dont le début est la difficulté à honorer ses engagements et dont la fin est la faillite dans son sens de la liquidation.

Ce besoin est équivalent à la nécessité pour deux raisons : la première est que ce besoin est temporaire et n'est pas fréquent dans la vie de l'entreprise. La deuxième est que ce besoin a atteint un degré de détresse excessive du fait que l'entreprise n'arrive pas à trouver un financement pour continuer ses activités et se restructurer sans l'attribution d'une super priorité au profit des nouveaux créanciers. Donc, le besoin temporaire et non répétitif qui représente une difficulté excessive pour l'entreprise débitrice devient l'équivalent du concept de la nécessité.

Nous suggérons que la mesure de degré de la nécessité ne doit pas être laissée à la guise de l'entreprise débitrice, qui peut en abuser. Il sera préférable de le soumettre au pouvoir dictionnaire de l'autorité judiciaire qui doit mesurer le préjudice causé aux créanciers par rapport aux conséquences du refus du financement et aux avantages de son autorisation. De même, le tribunal doit prendre en considération plusieurs facteurs pour protéger les intérêts des créanciers garantis afin d'accorder l'autorisation du financement.

---

<sup>1003</sup> Parce que le contrat de location fait l'objet des bienfaits inexistants. De même, le *ja'ala* fait l'objet des bienfaits non déterminés et la cession de la dette est marquée par vente de la dette par la dette; Al Mardawi, *Al Insaf*, *supra* note 153 à la p 6-3; Ministère des Awqaf et des affaires islamiques au Koweït, *al-Mawsoo'ah al-Fiqhiyyah*, 2<sup>e</sup> éd, Koweït, le ministère des Awqaf et des affaires islamiques au Koweït, 1989, à la p 256.

#### **4.1.2 La résiliation du contrat : étude comparative**

La résiliation du contrat, dans le cadre du redressement des entreprises, est une épée à double tranchant au profit de l'entreprise en difficulté. D'une part, le redressement la protège contre toute résiliation, même des contrats en cours. Autrement dit, le fournisseur doit maintenir la fourniture du service à l'entreprise débitrice malgré l'ouverture d'une procédure collective et les défauts de paiement de celle-ci. De même, il rejette toute clause contractuelle prévoyant la résiliation d'un contrat du seul fait de dépôt d'une demande de restructuration. D'autre part, pour les contrats qui sont devenus désavantageux à cause de problèmes financiers ou bien des contrats résultant de négociations défavorables, le redressement accorde aux entreprises débitrices le droit de renoncer à ces contrats<sup>1004</sup>.

En droit islamique, le *faskh* est l'équivalent de la résiliation du contrat en droit canadien. Il s'est développé dans le cadre du droit des obligations. Plusieurs questions peuvent se poser sur la résiliation du contrat lié à une entreprise en difficulté, à savoir : la capacité du tribunal de permettre à une entreprise de résilier un contrat ou l'en empêcher et aussi de savoir s'il peut réviser la décision qui a permis à l'entreprise débitrice de résilier ses contrats.

Dans ce qui suit, nous allons analyser, dans un premier point, les solutions proposées par le guide législatif de la CNUDCI sur le fonctionnement de la résiliation du contrat dans le cadre de l'insolvabilité (analyse à la lumière du droit canadien de la faillite), et, dans un deuxième point, l'articulation en droit islamique.

##### **4.1.2.1 La résiliation du contrat à la lumière du guide législatif de la CNUDCI.**

Dans son analyse du contrat dans le domaine de l'insolvabilité, le guide donne une importance non seulement au respect du droit général des contrats dans la procédure,

---

<sup>1004</sup> *PCI Chemicals Canada Inc. (Re)*, 2002 CanLII 53210 (QC CS).

mais aussi aux facteurs qui justifient une dérogation à ce droit<sup>1005</sup>. À cet effet, il recommande de prendre en considération certains aspects comme l'importance relative du redressement, la participation des créanciers garantis à la procédure, les préoccupations sociales particulières liées à certains types de contrats comme les contrats de travail etc<sup>1006</sup>.

Le but est que les dispositions, permettant l'intervention dans l'exécution des contrats en violation des principes contractuels généraux, réalisent un équilibre approprié entre les objectifs généraux d'ordre public, les objectifs de la procédure d'insolvabilité et la prévisibilité dans les relations commerciales. Ceci peut être concrétisé par la détermination de l'étendue d'un tel pouvoir et les types de contrats concernés<sup>1007</sup>.

Après avoir abordé les clauses de résiliation automatique (4.1.2.1.1), le guide a passé en revue les solutions existantes dans plusieurs juridictions sur les modalités de continuation ou de rejet des contrats (4.1.2.1.2).

#### **4.1.2.1.1 Clauses de résiliation automatique adressées à l'entreprise en difficulté financière.**

Plusieurs juridictions disposent de clauses, dites '*ipso facto*', déterminant les situations de défaut d'exécution qui accordent au contractant le droit inconditionnel de résilier le contrat ou d'imposer l'exécution anticipée de celui-ci<sup>1008</sup>.

Les situations déclenchant ce droit tournent, principalement, autour de la difficulté financière de l'entreprise en cause. Ces situations peuvent concerner le dépôt d'une demande d'ouverture, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou la satisfaction aux critères de la procédure collective<sup>1009</sup>.

---

<sup>1005</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p 133 para 110.

<sup>1006</sup> *Ibid.*

<sup>1007</sup> *Ibid* paras 110-111.

<sup>1008</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p 134 para 114: Adrienne Ho, « The Treatment of Ipso Facto Clauses in Canada », (2015) 61-1 R.D. McGill 139.

<sup>1009</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p 134 para 114.

Au Québec, dans le droit commun, ce mécanisme peut s'exercer dans un cadre extrajudiciaire<sup>1010</sup>. Ceci veut dire que le contractant a la possibilité de le mettre en œuvre, de plein droit, en cas de défaut du cocontractant sans recourir aux tribunaux. Le législateur a, également, imposé la voie judiciaire à la résiliation. Le cadre du louage est un bon exemple à cet égard<sup>1011</sup>. Dans certaines circonstances, le législateur a imposé, en plus, la stipulation de la clause résolutoire dans le contrat et l'exercice de ce droit dans le délai imparti comme dans le cas de la résolution d'une vente immobilière<sup>1012</sup>.

Certaines juridictions reconnaissent la validité de ce type de clauses dans le domaine de l'insolvabilité<sup>1013</sup>. Cette orientation qui veille sur le respect de ce type de clauses avance plusieurs arguments :

- L'accomplissement des engagements commerciaux est une finalité recommandable.
- Le débiteur ne peut pas se contenter de réaliser les contrats rentables et de rejeter les autres.
- La compensation globale des contrats financiers risque de subir un impact de la non-application d'une clause de résiliation automatique.
- Le retardement de règlement des créances des entreprises débitrices fait en sorte que l'encours de leur dette augmente.
- Les créateurs de propriété intellectuelle sont obligés de contrôler son utilisation<sup>1014</sup>.

Dans cette perspective, la préservation d'un contrat après l'ouverture d'une procédure collective ne peut être effectuée que dans deux situations : la volonté du cocontractant de ne pas exercer son droit résolutoire ou lorsque la loi sur l'insolvabilité utilise un attrait financier pour amener un acteur à agir dans le sens souhaité. La priorité de paiement du service fourni après l'ouverture de la procédure peut constituer un exemple de cet attrait

---

<sup>1010</sup> Art. 1605 C.c.Q

<sup>1011</sup> Art. 1863 et art. 1883 C.c.Q.

<sup>1012</sup> Art. 1742 et art. 1743 C.c.Q; Lamontagne Denys-Claude, *Droit de la vente*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n° 327 et 332, p. 117 et 182.

<sup>1013</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p 134 para 114.

<sup>1014</sup> *Ibid* à la p 135 para 115.

financier. Une autre voie possible est celle qui assimile les frais occasionnés après l'ouverture de la procédure à une créance de premier rang<sup>1015</sup>.

La reconnaissance de la validité de clauses '*ipso facto*' peut être justifiée dans le cadre du droit de contrats qui veille sur la stabilité commerciale et sur l'accomplissement des engagements. En revanche, dans le cadre de l'insolvabilité, cette posture est critiquable. La validité de la clause résolutoire dans les circonstances d'insolvabilité met l'essor de l'entreprise débitrice entre les mains de son fournisseur créancier. On peut se demander l'utilité de la suspension des procédures si cette dernière ne permet pas d'instaurer une séparation entre deux périodes de la vie de l'entreprise débitrice (avant et après l'ouverture de la procédure collective). Après l'ouverture de la procédure, l'entreprise débitrice mérite un traitement sur un pied d'égalité avec les autres entreprises de sorte qu'elle bénéficiera des services de la part de ses fournisseurs tout en préservant leurs droits d'être payés pour les services fournis après la procédure. En ce qui a trait aux dettes avant l'ouverture de la procédure, les fournisseurs vont bénéficier d'un traitement égal au traitement réservé autres créanciers : se faire rembourser dans le cas de succès du redressement ou bénéficier d'un traitement égal en participant à la distribution des biens de l'entreprise débitrice en proportion de leurs créances, sauf s'ils détiennent des causes légitimes de préférence<sup>1016</sup>, en cas d'échec de la restructuration.

L'affaire *Montréal (Ville) c. Restructuration Deloitte Inc*<sup>1017</sup> illustre bien cette séparation entre la période avant et après le dépôt de la demande d'arrangement. En l'occurrence, le Groupe SM, une firme de génie-conseil, a bénéficié d'une ordonnance initiale suspendant, notamment, les droits et recours des créanciers. Par la suite, le Groupe SM continue à effectuer des travaux dont bénéficie la Ville de Montréal.

Toutefois, cette dernière refuse de payer ces travaux et invoque son droit d'opérer compensation entre ce qu'elle doit à Groupe SM et deux créances qu'elle a envers ce groupe, nées avant l'ordonnance initiale. La juge surveillante et la Cour d'appel ont conclu que la compensation invoquée par la Ville ne constitue pas une exception à la

---

<sup>1015</sup> *Ibid* à la p 135 para 114.

<sup>1016</sup> Art. 2646, al 2 C.c.Q.

<sup>1017</sup> *Montréal (Ville) c. Restructuration Deloitte Inc.*, 2021 CSC 53.

règle<sup>1018</sup> interdisant la compensation entre des dettes nées avant et après l'émission d'une ordonnance initiale (compensation pré-post)<sup>1019</sup>. La Cour suprême a rejeté un pourvoi à cet égard<sup>1020</sup>. Dans la même veine, la Cour supérieure du Québec a précisé, dans l'affaire *Arrangement relatif à Bloom Lake*<sup>1021</sup> relative à une question des remboursements de la taxe sur les produits et services (la « TPS ») fédérale et de la taxe de vente du Québec (la « TVQ ») réclamés par un débiteur en vertu de la LACC au titre de paiements effectués à certains fournisseurs à l'égard de leurs réclamations pour dommages découlant de la résiliation de leurs contrats, que la compensation pré-post ne devrait pas être permise en vertu de la LACC, car cela contreviendrait au principe de *pari passu* applicable aux créanciers garantis (principe d'égalité des créanciers)<sup>1022</sup>.

Dans la même optique, la cour suprême, dans l'affaire *Chandos Construction Ltd*<sup>1023</sup>, a confirmé les conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta et a rejeté un pourvoi rendant nulle toute stipulation d'un contrat qui prévoit qu'en cas d'insolvabilité (ou de faillite), la valeur des actifs à laquelle les créanciers de la personne insolvable auraient autrement accès est réduite. La cour place la valeur de ces actifs entre les mains d'autres personnes<sup>1024</sup>.

Enfin, le fait que la loi présente des avantages afin que le cocontractant n'utilise pas son droit de résolution n'est pas suffisant parce que les fournisseurs ont la possibilité de refuser ces avantages et de ne plus fournir leurs services à l'entreprise débitrice. La situation sera grave sur l'entreprise débitrice dans le cas où le fournisseur cocontractant qui bénéficie de la clause résolutoire est un fournisseur ayant le monopole des services fournis comme c'est le cas d'hydro Québec dans la province du Québec.

D'autres juridictions adoptent une autre approche qui réfute ces clauses dans le cadre de l'insolvabilité. Bien qu'une clause dans un contrat prévoie son anéantissement à cause de

---

<sup>1018</sup> Cette règle a été énoncée dans l'arrêt *Métaux Kitco inc. c. Agence du revenu du Québec*, 2017 QCCQ 15754 (CanLII).

<sup>1019</sup> *Montréal (Ville) c. Restructuration Deloitte Inc.*, 2021 CSC 53 paras 14-16.

<sup>1020</sup> *Ibid* para 5.

<sup>1021</sup> *Arrangement relatif à Bloom Lake*, 2021 QCCS 4642 (CanLII).

<sup>1022</sup> *Ibid* para 152.

<sup>1023</sup> *Chandos Construction Ltd. c. Restructuration Deloitte Inc.*, 2020 CSC 25 (CanLII).

<sup>1024</sup> *Ibid* para 2.

l'inexécution par une des parties de ces engagements, le contrat, dans cette catégorie de juridictions, continue *de jure* malgré l'objection du cocontractant<sup>1025</sup>. À titre d'exemple, au Canada, la LFI interdit la résiliation des ententes contractuelles avec une entreprise débitrice au motif de l'existence d'un dépôt d'avis d'intention, proposition concordataire ou non-paiement d'arrérages<sup>1026</sup>. Dans cette optique, l'interdiction est primordiale pour la réussite du redressement même si, dans plusieurs cas, elle peut être comme une atteinte aux principes généraux du droit des contrats. On peut relever que les bienfaits de la continuation d'un contrat sont nombreux pour l'entreprise débitrice : augmenter le pouvoir de négociation de l'entreprise vis-à-vis de ses fournisseurs essentiels, augmenter le potentiel de gains de l'entreprise, profiter de la valeur des contrats du débiteur et impliquer les créanciers dans la procédure<sup>1027</sup>.

Le guide conclut que l'annulation de clauses *ipso facto* dans le cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'est pas une approche universelle puisque certaines juridictions n'autorisent pas cette pratique. Ceci est le résultat d'un désaccord entre une vision qui tend à favoriser la survie de l'entreprise débitrice et une autre qui vise la préservation du contrat, la limitation des exceptions aux règles générales des contrats et la restriction de l'incertitude et les frais supplémentaires dans les opérations commerciales<sup>1028</sup>. Dans une ligne médiane, le guide balance entre les deux postures. D'une part, il recommande l'autorisation de l'annulation de telles clauses. D'autre part, il conseille de prévoir un dédommagement des créanciers démontrant l'existence d'un préjudice dans le cas où ils subissent les effets de ce dernier ou une perte du fait de la continuation du contrat après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Par ailleurs, le guide recommande l'inclusion des exceptions à une annulation générale de ces clauses, spécifiquement, pour certains types de contrats (les contrats financiers). Enfin, le guide avance un outil de prévention contre l'annulation des clauses de résolution pour un autre motif avant que soit demandée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Cet outil

---

<sup>1025</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p 135 para 116.

<sup>1026</sup> Art. 65.1 (3) LFI.

<sup>1027</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p 135 para 116.

<sup>1028</sup> *Ibid* aux pp 135-136 para 118.

habilite le représentant de l'insolvabilité à rétablir ses contrats lorsque les obligations antérieures et postérieures à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sont remplies<sup>1029</sup>.

#### **4.1.2.1.2 Continuation ou rejet des contrats**

Le guide a analysé les modalités de la continuation ou du rejet des contrats et les exceptions à ceux-ci.

##### **❖ Modalités de continuation ou du rejet des contrats**

Plusieurs visions sont adoptées quant aux remèdes liés à la continuation ou au rejet des contrats. La première vision dispose que la résiliation du contrat n'est pas une voie possible<sup>1030</sup>. Les parties sont toujours liées par les obligations stipulées dans les contrats sauf si ces derniers contiennent des clauses permettant la résiliation automatique ou le rejet du contrat. La deuxième vision associe la continuation et le rejet dans une procédure commune<sup>1031</sup>. Le cocontractant doit être avisé de la continuation ou du rejet du contrat par le représentant de l'insolvabilité. Cette information doit être faite de façon explicite. Dans le cadre de cette vision, le représentant de l'insolvabilité peut bénéficier d'un temps aux fins d'examen des mesures qui peuvent être prises à l'égard du contrat. Ce temps est disponible grâce à l'arrêt des poursuites qui s'appliqueraient au droit de résiliation du cocontractant<sup>1032</sup>. Certains exigent une décision expresse du représentant de l'insolvabilité pour tous les contrats en lui imposant soit :

- Un délai pour ce faire (avec une possibilité de prorogation dans certaines circonstances);
- Un délai fixé par le tribunal;

---

<sup>1029</sup> *Ibid* à la p 136 para 118.

<sup>1030</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p 136 para 120.

<sup>1031</sup> *Ibid* aux pp 136-137 para 120.

<sup>1032</sup> *Ibid* aux pp 137-138.

- Le rejet du contrat ou sa non-exécution en cas d'absence de décision du représentant de l'insolvabilité dans un délai déterminé<sup>1033</sup>.

Au Canada, l'approche retenue est celle qui associe la continuation et le rejet. En revanche, le représentant de l'insolvabilité n'est pas tenu de rendre une décision expresse sur tous les contrats.

Le droit de la faillite canadien, en l'occurrence l'article 65.11 de la LFI et l'article 32 (1) de la LACC, accorde à une personne insolvable déposant un avis d'intention ou une proposition concordataire ainsi qu'une compagnie obtenant une ordonnance initiale le droit de résilier des contrats sans recourir à l'autorité judiciaire<sup>1034</sup>. Autrement dit, dans une sphère extra-judiciaire, une entreprise en difficulté peut résilier les contrats à exécution successive et ceux qui n'ont d'effets que pour l'avenir. Toutefois, l'entreprise débitrice doit donner un préavis aux autres parties du contrat et au syndic. Elle doit aussi obtenir l'acquiescement du syndic relativement au projet de résiliation.

L'entreprise débitrice peut se trouver dans l'obligation d'exposer par écrit les motifs de son projet de résiliation durant les cinq jours de la demande si la partie contractante a manifesté sa volonté d'en prendre connaissance. La résiliation devient effective après certaines échéances déterminées par le législateur<sup>1035</sup>.

Dans un objectif de s'opposer à toutes sortes d'abus, le législateur canadien a prévu une phase judiciaire dont l'autorité sera impliquée dans deux situations : quand il s'agit d'une contestation du projet de résiliation de la part des parties et lorsque la résiliation n'obtient pas l'approbation du syndic<sup>1036</sup>.

La contestation doit être faite par la partie contractante quinze jours après la réception de la notification de la résiliation. Dans l'autre cas, la résiliation devient effective. Si la partie contractante manifeste son désaccord, le tribunal doit statuer sur l'utilité de la résiliation pour la réalisation d'un plan d'arrangement. L'objectif ultime de la Cour se limite à démontrer que la résiliation est avantageuse à l'élaboration d'un plan et n'est pas

---

<sup>1033</sup> CNUDCI, *supra* note 23 à la p 138 para 125.

<sup>1034</sup> La LFI permet aussi à une personne physique exploitant une entreprise de résilier les contrats relatifs à cette entreprise.

<sup>1035</sup> Art. 65.11 (6) LFI.

<sup>1036</sup> Art. 65 (11) 3 et 4 LFI.

essentielle à la restructuration de l'entreprise débitrice<sup>1037</sup>. Dans ce cadre, la codification de 2009 a fait cesser la divergence jurisprudentielle qui a porté sur la nature de la justification de la résiliation.

Dans ce qui suit, nous allons développer un exemple<sup>1038</sup> qui va bien élucider cette disposition. S'étant placée sous la protection de la LACC en 2021 auprès de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, l'Université Laurentienne a demandé au tribunal de résilier les ententes conclues avec les universités fédérées, engendrant une perte de revenus pour des cours que la Laurentienne était en mesure d'offrir elle-même à ses étudiants. Huntington a accepté la résiliation de l'entente conclue avec la Laurentienne, mais Thornloe et l'UdeS ont toutes les deux déposé une requête contestant cette résiliation. Le tribunal a rejeté cette requête. Après avoir pris en compte les facteurs non exhaustifs du paragraphe 32(4) de la LACC, le tribunal a argumenté sa décision non seulement par le fait que la résiliation tend à mettre fin à un modèle financier non viable et que le rejet de cette résiliation compromettrait le financement du débiteur-exploitant<sup>1039</sup>, mais aussi parce que les projections financières montraient clairement que le gain de revenus réalisées en résiliant ces ententes était essentiel à la survie de la Laurentienne<sup>1040</sup>. Toutefois, il faut noter que le droit de résiliation n'est pas sans limites, il ne s'applique pas à certains contrats<sup>1041</sup>. Le guide de la CNUDCI s'accorde bien avec le droit canadien à cet égard. Nous allons voir, dans le point suivant, certaines exceptions prévues par le guide.

#### ❖ Exceptions générales au pouvoir de continuer ou de rejeter des contrats.

On distingue généralement deux catégories d'exceptions aux pouvoirs du représentant de l'insolvabilité concernant le traitement des contrats.

La première a trait à des types particuliers de contrats et la seconde concerne les contrats inexécutables. Le guide suggère la prise en compte de la spécificité de certains contrats

---

<sup>1037</sup> *Ibid.*

<sup>1038</sup> *Université Laurentienne c. Université de Sudbury*, 2021 ONSC 3392 (CanLII).

<sup>1039</sup> *Ibid* para 44.

<sup>1040</sup> *Ibid* para 45.

<sup>1041</sup> Art. 65.11 (10) LFI.

surtout dans le cas où les lois sur l'insolvabilité stipulent l'annulation automatique des clauses de résiliation. Concrètement, le guide propose une exception spécifique pour certains types de contrat, notamment les contrats financiers à court terme.

Au Canada, ce motif de contrat financier a poussé la Cour d'appel de l'Ontario, dans le cadre des procédures entamées en vertu de la LACC, de refuser une demande d'autorisation d'interjeter appel<sup>1042</sup>. En l'espèce, l'appelant (Bellatrix) cherchait à faire résilier le contrat et à faire cesser la livraison de gaz naturel au BP Canada Energy Group ULC (l'intimé). La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (CBRA) a statué que le contrat était un contrat financier admissible « CFA » en vertu de la LACC. Il est donc à l'abri d'une résiliation en vertu du paragraphe 32(9) de la LACC<sup>1043</sup>.

Le guide de la CNUDCI propose aussi une exception pour les contrats d'assurance et les contrats de prêt. Cette exception se trouve aussi dans le droit canadien qui interdit la résiliation des accords de financement au titre desquels le débiteur est l'emprunteur<sup>1044</sup>. Au niveau jurisprudentiel, un tribunal a confirmé l'autonomie des lettres de crédit dans le cadre d'une résiliation du bail par le syndic. Dans l'affaire 7636156 Canada Inc<sup>1045</sup>, l'intimé (le locataire : 7636156 Canada Inc) a loué un immeuble du l'appelant (locateur : OMERS Realty Corporation) en lui accordant une lettre de crédit de 2,5 millions de dollars garantie par la Banque de Nouvelle-Écosse. Cette dernière s'engage de servir cette garantie si le locataire faisait faillite<sup>1046</sup>. Deux questions ont été posées à la Cour d'appel de l'Ontario, celle qui nous intéresse porte sur le droit de prélèvement sur la lettre de crédit des montants excédant la réclamation privilégiée de l'appelant en vertu de l'art. 136 (1) f) de la LFI lors d'une résiliation du bail par le syndic.

La Cour d'appel de l'Ontario a reconnu la spécificité du contrat financier (lettre de crédit) en statuant que les obligations qui pèsent sur des tiers ne sont pas concernés par la résiliation d'un bail par un syndic de faillite. Elles sont indépendantes des effets de cette résiliation<sup>1047</sup>. Concernant l'application d'une lettre de crédit, la réclamation d'un

---

<sup>1042</sup> *Bellatrix Exploration Ltd v BP Canada Energy Group ULC*, 2021 ABCA 148 (CanLII) para 2.

<sup>1043</sup> *Ibid* para 6.

<sup>1044</sup> Art. 32 (9)c) LACC; Art. 65 (10) d) LFI.

<sup>1045</sup> *7636156 Canada Inc. (Re)*, 2020 ONCA 681 (CanLII).

<sup>1046</sup> *Ibid* paras 2-3.

<sup>1047</sup> *Ibid* para 6.

locateur lié au préjudice pour la période restant à courir d'un bail est sans limite contrairement à la règle générale<sup>1048</sup>.

Le guide recommande aussi la prise en compte de la spécificité des contrats de travail. Dans cette optique, nous signalons que le législateur canadien via l'article 32 (9) b) de la LACC et l'article 65.11 (10) c) de la LFI protège les conventions collectives. La jurisprudence prend en compte aussi la particularité du contrat de travail. Ainsi, dans *Hart Stores Inc*<sup>1049</sup> la question qui a été posée est celle de savoir si le mécanisme de l'article 32, permettant à la débitrice la résiliation des ententes contractuelles, s'applique à la terminaison d'un contrat d'emploi à durée indéterminée.

Le tribunal a répondu par la négative en concluant que l'article 32 de la LACC s'applique uniquement dans le cas de l'absence d'autres moyens de résiliation. L'article 32 ne sera pas indispensable dans le cas où le contrat d'emploi à durée indéterminée peut être résilié en tout temps par l'employeur<sup>1050</sup>.

Le guide incite de prévoir des exceptions au pouvoir de rejeter des contrats dans le cas des accords dans lesquels le débiteur est bailleur ou franchiseur ou bénéficiaire d'une licence de propriété intellectuelle et dont la résiliation :

- Nuirait gravement aux activités du cocontractant.
- Si les avantages en découlant pour le débiteur sont relativement minimes.
- Quand il s'agit des contrats avec l'État, tels que les accords de licence et les marchés publics.

Le guide analyse les contrats qui n'ont pas été pleinement exécutés. À cet effet, il recommande d'accorder un traitement spécifique aux contrats dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant ne se sont encore entièrement acquittés de leurs obligations respectives.

Après avoir présenté l'analyse du guide législatif de la CNUDCI sur les solutions existantes dans plusieurs juridictions sur les modalités de continuation ou de rejet des

---

<sup>1048</sup> *Ibid.*

<sup>1049</sup> *Hart Stores Inc./Magasins Hart inc. (Arrangement relatif à)*, 2012 QCCS 1094 (CanLII).

<sup>1050</sup> *Ibid* paras 17-18.

contrats et les clauses de résiliation automatique, nous analyserons, dans ce qui suit, l'articulation de deux points en droit islamique : les dispositions qui encadrent les actions des fournisseurs de la personne en difficulté et le droit de l'entreprise débitrice de résilier les contrats.

#### 4.1.2.2 La résiliation du contrat dans la doctrine islamique

Le principe dans les contrats dans la doctrine islamique est que ceux-ci doivent obligatoirement être exécutés<sup>1051</sup>. Par ailleurs, ils peuvent faire l'objet de résiliation, cette dernière peut être consensuelle ou judiciaire<sup>1052</sup>. Certains auteurs parlent d'une autre catégorie (résiliation légale) justifiée par un manquement relatif à des conditions légales (religieuses) du contrat<sup>1053</sup>. À notre avis, cette dernière s'inscrit dans le cadre de la résiliation judiciaire.

La résiliation par consentement correspond soit à une entente entre les parties de mettre un terme au contrat, soit un acte unilatéral dans le cas de la présence d'une clause *ex ante* lui permettant de le faire (la présence d'une option d'annulation permettant de le faire)<sup>1054</sup>. La résiliation judiciaire est prévue pour la préservation des droits légaux d'un contractant ou de lui rendre justice<sup>1055</sup>.

Dans ce paragraphe, nous nous attarderons sur la deuxième catégorie (résiliation judiciaire), la résiliation dans le cas de la faillite ou de l'insolvabilité ou du retard de l'un des contractants au détriment de l'annulation du contrat par l'autorité judiciaire en cas d'irrégularité(s) comme celles liées aux vices relatifs à la contrainte, l'incertitude, la non-détermination, les dommages dus à la livraison, la condition vicieuse et l'usure.

---

<sup>1051</sup> Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, *supra* note 572 à la p 201-4 ; Ibn Qudama, *Almoghni*, *supra* note 153 à la p 24-6 ; Malik Ibn Anas, *Al-Mudawanah*, Beyrouth, Dar al Kotob al Ilmiyah 1995 à la p 526-3.

<sup>1052</sup> Al-Zuhayli, *supra* note 703 à la p 4-3166.

<sup>1053</sup> *Ibid.*

<sup>1054</sup> *Ibid.*, aux pp 4-3167-3168.

<sup>1055</sup> *Ibid.*, aux pp 4-3168-3169.

Ainsi, dans un premier point, nous analyserons les dispositions qui encadrent les actions des fournisseurs de la personne en difficulté. Un deuxième point sera consacré au droit de l'entreprise débitrice de résilier les contrats.

#### **4.1.2.2.1 Les dispositions encadrent les actions des fournisseurs de la personne en difficulté**

Les malikites, les chafiites et les hanafites s'accordent sur le fait que si le débiteur est en difficulté, on devrait lui accorder un sursis conformément au Coran<sup>1056</sup>. En revanche, le failli ne bénéficie pas du même traitement. Dans cette optique, les hanbalites sont d'accord avec les trois écoles en stipulant que si l'acheteur est failli, le vendeur a le choix entre la rupture du contrat ou le remboursement de son capital. Le vendeur n'est pas tenu de lui accorder un délai<sup>1057</sup>, et ce conformément au *hadith* suivant :

« Quiconque retrouve son bien propre chez un homme (ou un individu) qui a fait faillite, a le droit de le reprendre en priorité sur autrui »<sup>1058</sup>.

Par contre, les hanafites prétendent que le vendeur n'a pas le droit de résilier le contrat dans le cas de la faillite de l'acheteur. Ils spécifient que le débiteur n'a pas le droit de récupérer son capital, mais plutôt, il va être traité sur un pied d'égalité lors de la cession des biens avec les autres débiteurs<sup>1059</sup>. Les chafiites donnent plutôt le choix au débiteur entre le partage des biens avec les débiteurs ou la résiliation du contrat et la récupération du capital<sup>1060</sup>.

Les hanbalites se distinguent par l'application de la même règle au débiteur en difficulté, quoique le défaut ne concerne qu'une partie de la dette<sup>1061</sup>. Toutefois, ils présument que la résiliation n'est pas admise si le prix dû n'est pas disponible lors de la conclusion du contrat et se trouve dans un lieu moins qu'une distance déterminée. Le juge saisit la marchandise et le restant de son capital jusqu'à l'acquittement du prix total. Les

---

<sup>1056</sup> Al-Zuhayli, *Fiqh al-Islami*, supra note 703 aux pp 3176-3177-4.

<sup>1057</sup> *Ibid* à la p 3177-4.

<sup>1058</sup> Muslim, *Le sahih de muslim*, supra note 561 à la p 338.

<sup>1059</sup> Al-Zuhayli, *Fiqh al-Islami*, supra note 703 à la p 3178-4.

<sup>1060</sup> *Ibid* à la p 3178-4.

<sup>1061</sup> *Ibid* à la p 3177-4.

hanbalites accordent au vendeur la possibilité de résilier le contrat si la totalité ou une partie du prix dû n'est pas disponible lors de la conclusion du contrat et se trouve dans un lieu plus qu'une distance déterminée.

Il faut toutefois noter que la résiliation n'est pas une option indissociable du contrat de vente chez la majorité des juristes. Elle l'est également dans tous les contrats synallagmatiques tels que celui de la location et du prêt<sup>1062</sup>. Ainsi, le locateur peut annuler un contrat de location si le locataire est insolvable. De même, le prêteur peut annuler un contrat le liant à un emprunteur insolvable.

Après ce qui a été présenté, nous constatons que la personne physique a été au cœur de l'intérêt de la doctrine classique en ce qui trait au droit des vendeurs en cas de la faillite ou de l'insolvabilité de l'acheteur ou du bénéficiaire du service. L'entreprise est totalement absente de ces discussions doctrinales. Il a aussi été démontré que la doctrine islamique classique s'aligne avec le droit canadien, en l'occurrence le paragraphe 81.1 de la LFI<sup>1063</sup> dans le fait d'attribuer aux créanciers impayés le droit de reprendre possession des marchandises qui ont été livrées à un débiteur qui est failli. Cette convergence s'arrête ici puisque le droit canadien prévoit un traitement diamétralement opposé quand il s'agit d'une entreprise en difficulté. Il s'agit d'une interdiction de résilier les contrats conclus auparavant avec l'entreprise en difficulté ou de refuser de fournir des biens ou des services pour le motif que des sommes dues préalablement soient impayées ou qu'il y a insolvabilité<sup>1064</sup>. En revanche, les juristes classiques permettent au créancier de résilier le contrat dans le cas de la faillite de l'acheteur ou de son insolvabilité.

La lecture des normes islamiques démontre l'existence de deux textes en la matière. La première demande d'accorder un sursis pour la personne faisant face à une situation de difficulté financière<sup>1065</sup>. La deuxième norme représente le droit du créancier de reprendre possession de ses biens après que son client ait déposé une cession de faillite<sup>1066</sup>. Nous

---

<sup>1062</sup> *Ibid* à la p 3178-4.

<sup>1063</sup> Art. 81 (1) LFI.

<sup>1064</sup> Art. 65.1 LFI.

<sup>1065</sup> Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 280.

<sup>1066</sup> Al-Boukhari, n°2272, à la p. 846-2; Muslim, n° 1559 à la p 1193-3; Abou Dawoud, n° 3519 à la p 341-9 : « Quiconque retrouve son bien propre chez un homme (ou un individu) qui a fait faillite, a le droit de le reprendre en priorité sur autrui ».

remarquons que le premier texte se situe dans un contexte de donner une chance de rétablissement tandis que le deuxième est rattaché à une action permise dans un contexte de liquidation.

Nous suggérons une interprétation basée sur la conciliation des deux textes qui prennent en compte à la fois le contexte actuel marqué par la présence de la personne morale et le contexte de discours de chaque texte (le verset est lié à un contexte de difficulté financière tandis que *hadith* est relatif au processus de liquidation). On devrait dissocier entre trois mesures qui correspondent à deux phases de la situation financière de l'entreprise. La première mesure consiste en un sursis pour la somme due à la date de dépôt de la demande de redressement jusqu'à ce que le tribunal tranche soit par la possibilité de la restructuration ou soit par la liquidation. La deuxième mesure, quant à elle, consiste en une obligation de continuer de fournir les services dès le dépôt de la demande de redressement jusqu'à la date de la décision du tribunal. La troisième mesure donne la possibilité aux créanciers impayés de reprendre possession des marchandises qui ont été livrées à un débiteur qui a été déclaré failli.

C'est la meilleure façon, selon nous, de mettre en œuvre les deux textes. Ces derniers peuvent s'appliquer simultanément dans la situation d'une entreprise qui se situe dans une phase hybride (préparation du plan de redressement). Le premier texte<sup>1067</sup> permet à l'autorité judiciaire d'accorder un sursis qui interrompt les recours jusqu'à ce qu'elle statue sur l'essor des sommes dues non payées. De même, il permet au tribunal d'imposer aux fournisseurs de continuer à fournir l'entreprise en difficulté pendant cette période hybride. Le deuxième texte<sup>1068</sup> donne le droit de reprendre le bien dans le cas où le tribunal a statué par la liquidation de l'entreprise débitrice. Il donne aussi le droit à un paiement différé accompagné ou non d'une remise de dette dans le cas où il statue en faveur de plan de redressement déposé.

---

<sup>1067</sup> Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 280 : « À celui qui est dans la gêne, accorder un sursis jusqu'à ce qu'il soit dans l'aisance. Mais il est mieux pour vous de faire remise de la dette par charité ! Si vous saviez ! ».

<sup>1068</sup> Al-Boukhari, n°2272, à la p. 846-2; Muslim, n° 1559 à la p 1193-3 : « Quiconque retrouve son bien propre chez un homme (ou un individu) qui a fait faillite, a le droit de le reprendre en priorité sur autrui ».

Dans ce premier point, on a parlé de la possibilité de résilier un contrat à l'encontre de l'entreprise débitrice. Dans le deuxième point, on va parler de la capacité de celle-ci à interrompre le contrat.

#### **4.1.2.2 La rupture ou l'allègement des conditions dans un contrat de location suite à une excuse imprévisible : outil important pour l'intégration de la résiliation de contrat dans la doctrine islamique**

Dans la doctrine classique islamique, l'accomplissement du contrat est obligatoire sauf dans des cas très rares relatifs à un vice dans l'objet de la location. Les fouqahas s'accordent sur la rupture justifiée par la présence d'un vice car il porte sur l'essence de l'objet loué, et donc sur sa jouissance. Ainsi, l'objectif principal de la conclusion du contrat n'est pas atteint<sup>1069</sup>.

De même, la majorité des juristes prennent en considération le principe de l'événement imprévisible dans les contrats de location quoi qu'avec plus de restrictions par rapport aux hanafites pris exclusivement<sup>1070</sup>. Pour les premiers, l'événement imprévisible entraîne une privation de la jouissance de l'objet loué, ce qui représente un vice motivant, unanimement, la rupture du contrat<sup>1071</sup>.

D'après ce qui a été dit, nous constatons que la résiliation du contrat par le seul motif de la difficulté de l'entreprise n'est pas envisageable pour la majorité des écoles juridiques islamiques. Qu'en est-il de la position hanafite à cet égard ?

La littérature démontre que les hanafites ont développé une théorie de l'excuse imprévisible. Cette dernière contrarie les positions des autres écoles juridiques. Les hanafites définissent l'événement imprévisible comme étant *l'incapacité à continuer à honorer les engagements du contrat sans avoir à subir un tort supplémentaire non-stipulé*

---

<sup>1069</sup> Shaltouni Anwar Mohammad, « Approche de la charia sur les effets de la pandémie de Corona sur les contrats de location "Étude pratique doctrinale" » (2020) Journal des sciences de la charia et des études islamiques n° 83 aux pp 1305-1306 [Shaltouni].

<sup>1070</sup> *Ibid* à la p 1306 ; Al-Zuhayli, *supra* note 703 à la p 3171-1373-4.

<sup>1071</sup> Shaltouni, *supra* note 1069 à la p 1306.

*dedans*<sup>1072</sup>. C'est comme procéder à l'extraction d'une dent qui ne fait plus mal. Dans le cas où le contrat est maintenu, il va falloir procéder à l'extraction d'une dent saine<sup>1073</sup>.

Al Sarkhassi invoque l'importance de comparer l'excuse imprévisible causant le préjudice avec le vice affectant l'objet de la location avant sa livraison chez les autres écoles juridiques. Il ajoute que l'annulation doit être justifiée par l'anomalie visant à éviter des dommages, et non par le défaut lui-même. Ainsi, l'annulation est légitime si le fait d'honorer un contrat peut engendrer un préjudice, et ce même si l'objet du contrat ne comporte pas d'anomalies<sup>1074</sup>.

Les arguments qui appuient la position des hanafites sont en nombre de trois<sup>1075</sup>. Il s'agit de :

- Considérer que la location ne trouve sa raison d'être que dans l'accomplissement des besoins communs, et par conséquent, si elle risque de générer des préjudices, elle reprend sa forme légale initiale et devient nulle.
- Se baser sur un principe fondamental dans la doctrine islamique, que le dommage doit être repoussé<sup>1076</sup>, pour légitimer la résiliation de contrat de location en cas d'excuse imprévisible.
- Se baser aussi sur l'analogie entre le vice dans l'objet de la location et la survenance d'une excuse imprévisible. Ils considèrent cette analogie comme étant une preuve ferme attestant leur théorie qui proclame la considération de l'excuse imprévisible.

Sur ce point, nous signalons que les juriconsultes sont unanimes pour annuler un contrat de location présentant une anomalie pouvant causer un préjudice. Cependant, ils divergent avec les hanafites sur le fait que l'anomalie, justifiant l'annulation d'un contrat, est celle relative à l'objet loué avant sa livraison, empêchant donc la jouissance totale ou

---

<sup>1072</sup> Ibn Nujaym, *Al Bahr Ar Raiq*, *supra* note 153 à la p 42-8.

<sup>1073</sup> *Ibid* à la p 42-8 ; Al-Sarakhsi, *Al-Mabsut*, *supra* note 153 à la p 16-2 ; Shaltouni, *supra* note 1069 aux pp 1306-1307. Il ajoute d'autres exemples.

<sup>1074</sup> Al-Sarakhsi, *Al-Mabsut*, *supra* note 153 à la p 16-2.

<sup>1075</sup> Shaltouni, *supra* note 1069 aux pp 1306-1310.

<sup>1075</sup> Al-Sarakhsi, *Al-Mabsut*, *supra* note 153 à la p 16-2.

<sup>1076</sup> En se basant sur ce verset « *mais ne les retenez pas pour leur faire du tort* » Coran, sourate 2: Al-Baqarah (La Vache), verset 231 et sur ce hadith « Ni tort, ni riposte disproportionnée au tort », Ibn Majah, n°: 2340 à la p 2-784.

partielle dudit objet. Les hanafites considèrent que la notion de l'excuse s'étend pour couvrir les différentes parties dans un contrat de location : le locataire, le locateur et l'objet loué. Ceci rend l'application de l'analogie inacceptable pour la vaste majorité des jurisconsultes.

Les hanafites citent des exemples sur les excuses liées aux différentes parties dans un contrat de location<sup>1077</sup> :

- Excuse émanant du locataire : ce dernier peut résilier le contrat dans le cas de sa faillite ou son changement d'emploi puisque la personne insolvable ou celle qui vient de changer d'emploi ne peut jouir du contrat sans préjudice. Il peut agir de même lors de son voyage à l'étranger.
- Excuse émanant du locateur: dans le cas de son insolvabilité ou du recours à la vente de l'objet loué pour payer son dû, le locateur peut résilier le contrat de location. La condition étant de démontrer, preuves à l'appui, que le contrat de la dette a précédé celui de la location.
- Excuse relative à l'objet de la location : le contrat peut être résilier dans le cas de la location, pour une période donnée, d'un bain turc (*Hammam*), dans un village déserté par ses habitants. Dans une telle situation, le locataire n'est pas contraint de payer le loyer au locateur.

Les hanafites n'ont pas pu s'accorder sur le sort d'un contrat de location dont l'un des contractants a eu une excuse motivant son annulation. Certains jurisconsultes présument son auto-annulation, alors que la majorité d'entre eux croit que ledit contrat ne doit pas être annulé automatiquement. Pour ce faire, les contractants ont besoin d'arriver à un consensus ou de recourir à la justice<sup>1078</sup>. D'autres jurisconsultes pensent que si l'excuse est apparente, les contractants n'auront pas besoin de recourir à la justice alors que, s'il s'agit d'une excuse implicite telle que la dette, le recours à la justice est incontestable<sup>1079</sup>. Ceci aiderait à dévoiler l'excuse et à éliminer tout amalgame.

---

<sup>1077</sup> Al-Zuhayli, *Fiqh al-Islami*, *supra* note 703 à la p 4-3172.

<sup>1078</sup> Shaltouni, *supra* note 1069 à la p 1319.

<sup>1079</sup> *Ibid* à la p 1320.

À notre avis, les hanafites ont eu raison d'énumérer plusieurs excuses qui peuvent motiver l'annulation du contrat. Cependant, on peut leur reprocher de laisser une grande marge susceptible de servir un prétexte d'abus pour certains contractants.

Cette école a débattu sur des éléments qui ont fait couler de l'encre à la jurisprudence canadienne : la phase extrajudiciaire et la phase judiciaire dans le processus de résiliation du contrat et le droit de la personne en difficulté de procéder à cette résiliation. Toute discussion pour intégrer la résiliation du contrat au sein de la doctrine islamique doit initialement porter sur les facteurs qui peuvent l'encadrer.

#### **4.1.3 La cession de contrat : étude comparative**

La cession du contrat, dans les documents internationaux, n'a pas suscité beaucoup d'écritures. Le guide législatif de la CNUDCI a traité brièvement la cession du contrat. Les points importants révélés précisent qu'il existe deux postures : une qui rend les clauses d'incessibilité lors de l'ouverture d'une procédure collective inapplicables et une autre qui applique les dispositions du droit commun des contrats. Dans cette deuxième posture, il existe certaines juridictions qui attribuent au tribunal la possibilité d'approuver la cession malgré le refus du contractant « lorsqu'il peut être démontré que le cocontractant refuse de donner son consentement sans raison valable ; qu'il ne sera pas fortement désavantagé par la cession ; ou lorsque le représentant de l'insolvabilité peut démontrer au cocontractant que le cessionnaire peut exécuter le contrat de façon satisfaisante ». Le Canada fait partie de cette dernière.

La notion de cession de contrat est un concept important en matière de la restructuration des entreprises en difficulté. Au Canada, la LFI et la LACC permettent, dans certaines circonstances et sous certaines conditions, à un contractant (le cédant) de céder sa qualité de partie au contrat à un tiers (le cessionnaire) sans l'accord de son cocontractant (le cédé)<sup>1080</sup>. Cet outil donne deux possibilités à l'entreprise débitrice : apporté de la liquidité

---

<sup>1080</sup> Art. 11.3 LACC; Art. 84.1 LFI.

ou bien se débarrasser des contrats qui constituent un fardeau, l'objectif étant de minimiser les risques de l'entreprise<sup>1081</sup>.

Le dispositif de cession est un moyen de financement qui non seulement donne la possibilité à l'entreprise de transférer certains actifs de son patrimoine mais il permet aussi à l'entreprise en difficulté de se réorganiser en collaboration avec ses filiales en leur transmettant par exemple une partie de son effectif<sup>1082</sup>.

Le droit islamique, conscient de l'importance de l'acquittement des dettes et volant donner une chance à la personne en difficulté de se rétablir, a instauré la cession de dette. Ce moyen apparaît dans un *hadith* prophétique qui déconseille l'atermoiement de la dette d'un côté et balance cette recommandation par une directive au créancier d'accepter la cession de la dette si le cessionnaire est solvable<sup>1083</sup>.

La cession de la dette aussi bien comme la cession de contrat met en relation trois personnes : le débiteur primitif qui est le cédant, le nouveau débiteur ou cessionnaire et le créancier cédé qui reste le même. Il recevra sa dette de la part du cessionnaire et non plus de la part du débiteur original, cette transaction s'appelle transfert d'obligation.

À cet égard, vu l'absence des analyses internationales sur la cession du contrat, nous focalisons le traitement de ce paragraphe aux discussions similaires qui ont eu lieu dans la tradition juridique islamique et la tradition juridique canadienne. Ils ont porté sur le consentement de cédé et sur les effets de la cession. Dans le cadre de cette convergence, l'analogie semble être le moyen pertinent pour faire adopter la session de contrat en droit islamique.

---

<sup>1081</sup> Deslauriers, *supra* note 189 à la p 249; Pour plus de détails sur sa particularité avec d'autres contrats, voir : Vincent, *supra* note 431 à la p 1166 « il importe ici de distinguer la cession de créance de la cession de contrat. Dans ce dernier cas, le cessionnaire acquiert en même temps les droits de créance et assure les obligations prévues dans le contrat »; Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 431 à la p 1272.

<sup>1082</sup> *Ibid* aux pp 249-250; Vincent, *supra* note 429 à la p 1066. L'auteur précise l'utilité et objectifs d'un contrat connexe (la cession de créance); Benjamin Balensi, Guillaume Leclerc, « La cession de contrat : un outil particulièrement utile pour les entreprises » (2020) Deloitte Taj, en ligne : <<https://taj-strategie.fr/tour-monde-modalites-de-cession-de-contrat/>>

<sup>1083</sup> Al-Bukhari, n° 2166 à la p 799-2; Muslim, n° 1564 à la p 1197-3, Ibn Majah, n°: 2404 à la p 803-2; Al-Nasa'i, n° 4691 à la p 317-7; Abou Dawoud, n° 3345 à la 247-3.

Ainsi dans un premier point, nous allons exposer la convergence dans les discussions doctrinales. Deuxièmement, il s'agira de présenter les moyens utiles pour faire intégrer la cession de contrat en droit islamique.

#### 4.1.3.1 Convergence dans les discussions doctrinales

L'analyse qu'on a effectuée, à la fois, sur la cession de contrat en droit canadien et la cession de dette en droit musulman a démontré qu'il existe une similarité sur les débats qui ont été menés par rapport au consentement du cédé et aux effets de la cession.

##### 4.1.3.1.1 Consentement du cédé

L'origine de la cession de contrat dans le cadre de la restructuration au Canada est de nature jurisprudentielle. Il n'existe pas de dispositions dans la LFI ni dans la LACC auparavant relatives à la cession de contrat<sup>1084</sup>. De même, le Code civil du Québec ne dispose pas d'articles à cet égard<sup>1085</sup>. Le Code civil traite la cession de contrat de bail mais ces articles (art. 1870 à 1876) ne traitent que du rôle du locataire et n'évoquent pas la cession du contrat de bail par le locateur, en l'occurrence, l'entreprise débitrice<sup>1086</sup>.

Dans ce sens, l'affaire *In Re : Playdium entertainment Corp.* (2001) 31 C.B.R. 4th 302<sup>1087</sup> et l'affaire intitulée *Royal Bank v. Body Blue Inc*<sup>1088</sup> ont porté sur la compétence du tribunal d'approuver la cession du contrat. La dernière a fait l'objet plus précisément

---

<sup>1084</sup> Belanger, *supra* note 417 à la p 17.

<sup>1085</sup> Lluelles, Moore, *supra* note 433 à la p 2083 : « Aucun régime général n'organise la cession de contrat au sein du code civil » ; *N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, 1999 CanLII 13538 (QC CA) : « le Code civil réglemente (art. 1637-1650 C.c.Q.) la cession de créance, il ne connaît pas un régime d'ensemble touchant la cession de contrat. Certes, le Code civil y fait référence de façon sporadique, par exemple, à propos de la cession de bail (art. 1870-1876 C.c.Q.) ou de la cession d'assurance (art. 2461, 2462, 2475, 2476 C.c.Q.) ».

<sup>1086</sup> Vincent, *supra* note 431 aux pp 1167-1168 (l'auteur traite la distinction entre la cession d'un contrat et la cession de bail 1871 C.c.Q.).

<sup>1087</sup> *Playdium Entertainment Corp.*, Re, 2001 CanLII 28281 (ON SC).

<sup>1088</sup> *Royal Bank of Canada v. Body Blue Inc.*, 2008 CanLII 19227 (ON SC).

de la cession de certains titres de propriété intellectuelle à une autre entreprise libre et exempte de toute réclamation de la part de l'entreprise bénéficiaire de l'exclusivité.

Le tribunal s'est basé sur l'objectif de la LACC (celui de permettre la continuation des entreprises) et sur le paragraphe 11 lié aux pouvoirs inhérents pour approuver la cession desdits contrats. Les deux affaires démontrent qu'il n'est pas nécessaire d'acquiescer le consentement du contractant pour obtenir l'autorisation de cession d'un contrat dans le cadre d'une restructuration.

À l'encontre du droit commun des obligations qui exige le consentement du cédé, ce consentement du contractant n'est pas nécessaire pour la cession du contrat dans le cadre de la restructuration d'une entreprise si l'autorité judiciaire est d'avis que cette opération est importante pour la continuité de l'activité de l'entreprise débitrice et que l'entreprise cessionnaire est capable d'assurer le fonctionnement dudit contrat. Par conséquent, cette autorisation de la cession de contrat par le tribunal dans le cadre du droit de faillite apparaît comme une aberration par rapport au droit commun des obligations qui nécessite le consentement du cédé.

Dans le droit islamique, le cédé (*al mohal*) fait aussi l'objet d'une divergence doctrinale. Nous avons également deux avis :

Un avis exige le consentement du cédé. Selon cet avis, si le transfert d'objets nécessite le consentement du contractant, il serait plus cohérent d'exiger ce consentement dans le cadre d'un transfert de responsabilité. De même, le fait qu'il existe certains cessionnaires qui pratiquent l'attribution et d'autres qui ne remboursent pas la totalité de la somme donne le droit au cessionnaire d'accepter ou de refuser cette opération<sup>1089</sup>.

Un autre avis n'exige pas le consentement du cédé. Cet avis se base sur l'interprétation du *hadith* qui opte pour le caractère obligatoire d'accepter la cession en cas d'initiative du cédant. Ceci prouve que le consentement du cédé n'est pas nécessaire<sup>1090</sup>.

---

<sup>1089</sup> Al Mawsili al Hanafi, *Al Ikhtiyar Li Ta'lil Al Mukhtar*, *supra* note 694 à la p 5-3; Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, *supra* note 572 16-3; Al-Mawwaq al-Maliki, *supra* note 650 à la p 21-7; Al Mawardi, *Hawi al-Kabir*, *supra* note 586 à la p 418-6; Sheta, *supra* note 691 à la p 861.

<sup>1090</sup> Al-Mardawi, *Al Insaf*, *supra* note 153 à la p 228-5; Ibn Muflih al-Maqdissi, *supra* note 582 à la p 272-4; Ibn Hazm, *supra* note 153 aux pp 392-393-6; Sheta, *supra* note 691 à la p 862.

Cet avis a été critiqué par ses opposants qui trouvent que la formule de la phrase dans le *hadith* indique la licéité de céder une dette sans contenir un caractère obligatoire de l'accepter. Cela dit, la pratique démontre que parmi les cessionnaires, il existe des gens solvables qui ne veulent pas régler leurs dettes et aiment les querelles. Il y a donc des motifs raisonnables de croire que le *hadith* n'ordonne pas de faire suite à cette catégorie de cession contrairement à une autre cession où le cessionnaire est une personne solvable qui s'acquitte de ses engagements afin d'alléger ses dettes<sup>1091</sup>.

Il faut toutefois signaler qu'il existe une cohérence entre les deux avis et leur point de départ. Les premiers ont considéré la *hawala* comme un contrat de vente, raison pour laquelle ils ont exigé le consentement du cédé. Les deuxièmes l'ont pris pour un contrat d'indulgence et, par conséquent, ils n'ont pas imposé le consentement du cédé. Cependant, l'opinion de l'école hanbalite apparaît plus homogène avec l'objectif ultime de la cession de la dette. En considérant la *hawala* comme un contrat distinct des autres, établi afin de faciliter la tâche au débiteur (cédant) en difficulté, les hanbalites ont adopté une position pertinente : celle de ne pas imposer le consentement du créancier. Cela dit, ce dernier peut refuser et, dans ce cas, on ne peut pas atteindre l'objectif pour lequel ce contrat a été légiféré.

#### **4.1.3.1.2 Les effets de la cession**

Les effets de la cession de contrat en droit canadien et la cession de la dette en droit islamique ont fait couler beaucoup d'encre<sup>1092</sup>. La problématique partagée qui a été posée est de savoir si le cédant se trouve entièrement libéré ou sous réserve d'un recours si le cessionnaire ne s'exécutait pas correctement ou plutôt conserve le cessionnaire et le cédant comme débiteurs solidaires<sup>1093</sup>.

Il existe une divergence doctrinale entre les avis qui traitent les effets de la cession. Certains auteurs plaident pour un effet translatif complet qui autorise le cessionnaire à

---

<sup>1091</sup> Al-Khateeb A-Sherbini, *supra* note 675 à la p 190-3.

<sup>1092</sup> Voir : *N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, 1999 CanLII 13538 (QC CA); Al-Zuhayli, *Fiqh al-Islami*, *supra* note 703 à la p 6-4199-4201.

<sup>1093</sup> *Ibid.*

prendre la place du cédant. Ce dernier se trouve *ipso facto* libéré<sup>1094</sup>. D'autres juristes défendent l'idée que la cession crée un nouveau contrat identique au premier sans faire disparaître les obligations assumées par le cédant dans le premier contrat<sup>1095</sup>.

Les dispositions législatives au Canada n'apportent pas de réponse dans ce sens. En revanche, l'étude comparative nous démontre que le Code civil français, à partir de 2016<sup>1096</sup>, établit une distinction entre le cédant libéré et le non libéré dans une relation dialectique avec le consentement express du cédé. Ainsi, le cédant se trouve libéré pour l'avenir uniquement si le cédé exprime clairement son consentement<sup>1097</sup>. *A contrario*, le cédant doit exécuter le contrat tout en restant tenu solidairement avec le cessionnaire<sup>1098</sup>.

La jurisprudence au Canada opte pour la deuxième solution et l'affaire *Steamatic Canada inc. c. Gestion A.D.C.R. inc.*<sup>1099</sup> confirme cette orientation.

Le consentement à la cession d'un contrat n'est pas précisé par rapport à sa façon, par le C.c.Q. Dans cette optique, la Cour s'est inspirée par analogie de l'article 1641 du C.c.Q. lié à la cession de créance. Cet article stipule que la cession est opposable au débiteur et aux tiers dès que le débiteur ait y a acquiescé ou qu'il ait reçu une copie ou un extrait pertinent de l'acte de cession, ou qu'il ait reçu une autre preuve de la cession qui soit opposable au cédant. Dans un raisonnement par analogie, le tribunal déclare *que dans le cas où la cession d'un contrat n'est pas communiquée d'une façon très formelle au cédé et que le consentement n'est pas non plus obtenu d'une façon formelle, par exemple par écrit, on devrait accepter, surtout en matière commerciale comme ici, qu'il puisse y avoir acquiescement du cédé pour tenir lieu d'une acceptation valide ou du consentement à la cession*<sup>1100</sup>.

---

<sup>1094</sup> *N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd* « Pour certains auteurs (L. Aynès, Cession de contrat: nouvelles précisions sur le rôle du cédé, D. 1998, ch. 226), la cession a un effet translatif complet, le cessionnaire remplace le cédant qui est alors automatiquement libéré) ».

<sup>1095</sup> *Ibid* « Dans (C. Jamin, Cession de contrat et consentement du cédé, D. 1995, ch. 131; J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, Traité de droit civil: les effets du contrat, 2e éd., Paris, L.G.D.J. 1994, no 670 et s., p. 732 et s.; D. Mazeaud, note sous C.A. Paris, 3 nov. 1994, D-96-J. 115), la cession crée un nouveau contrat, identique au premier, mais qui ne fait pas pour autant disparaître les obligations assumées par le cédant dans le premier) ».

<sup>1096</sup> Portant sur la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, et figure aux articles 1216 et suivants du code civil

<sup>1097</sup> Article 1216-1 alinéa 1 du Code civil français.

<sup>1098</sup> Article 1216-1 alinéa 2 du Code civil français.

<sup>1099</sup> *Steamatic Canada inc. c. Gestion A.D.C.R. inc.*, 2000 CanLII 18570 (QC CS).

<sup>1100</sup> *Ibid* au para 9.

Dans le domaine de la restructuration des entreprises, une décision diamétralement opposée a été prononcée le 10 décembre 2018<sup>1101</sup>. La Cour supérieure du Québec a rendu un jugement important en matière de cession de contrats en vertu de la LACC. Ce dernier permet au cessionnaire de se faire transférer sans avoir à assumer de pénalité monétaire découlant des contrats assumés pour des défauts du cédant préalable à la cession.

Dans le droit islamique, la plupart des juristes ont convenu que si la cession est effectuée dans le respect des conditions qu'ils ont mentionnées, le cédant est libéré de la dette du cessionnaire et le cessionnaire est libéré de la dette du cédant<sup>1102</sup>. Cela dit, la *hawala* transmet le droit de la cession du cédant à la responsabilité du cessionnaire. Le cessionnaire n'a en aucun cas le droit de recourir au cédant si la cession est valide.

Ils se sont basés sur le fait que les décisions juridiques sont prouvées selon les significations linguistiques. Étymologiquement, le terme « *hawala* » signifie transfert ou changement et cela ne se fait que par la libération de la responsabilité du cédant (personne initiale). Ceux-ci s'expliquent par le fait que lorsque la dette est transférée d'un passif à un autre, elle n'y reste pas contrairement à la caution qui renvoie à la consolidation.<sup>1103</sup>

Cependant, Al-Hassan, Zafar et ceux qui étaient d'accord avec eux, avaient une autre opinion. Al-Hasan ne voit pas la *hawala* comme une libération de la dette du cédant à moins que le cessionnaire ne le décharge, il n'avance pas d'arguments à cet égard<sup>1104</sup>. Quant à Zafar, il ne considère pas la cession comme une libération de la dette du cédant à l'égard du cessionnaire mais elle a plutôt combiné deux responsabilités : celle du cessionnaire et celle du cédant par analogie avec la garantie qui est un autre type de sûreté<sup>1105</sup>.

---

<sup>1101</sup> *Arrangement relatif à Groupe SMI inc.*, 2018 QCCS 5319 (CanLII).

<sup>1102</sup> Sheta, *supra* note 691 à la p 897.

<sup>1103</sup> Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, *supra* note 572 à la p 18-6.

<sup>1104</sup> Al-Zuhayli, *Fiqh al-Islami*, *supra* note 703 à la p 6-4200.

<sup>1105</sup> Al Kassani, *Bada'i Al-Sana'i*, *supra* note 572 à la p 18-6; Ibn al-Humam, *Sharh fath al-qadir*, *supra* note 702 à la p 7-242 ; Ibn Qudama, *Almoghni*, *supra* note 153 à la p 4-337 (3558).

#### 4.1.3.2 L'analogie : outil important pour l'intégration de la cession de contrat dans la doctrine islamique

Avant de procéder à la présentation de l'application de l'analogie pour l'intégration de la cession de contrat dans la doctrine islamique, nous avons jugé utile de donner d'abord un aperçu sur cet outil et son application dans la doctrine classique.

##### 4.1.3.2.1 L'analogie : définition et position doctrinale

L'analogie fait partie des méthodologies qui permettent d'établir des dispositions de la *Shari'a*. Elle est considérée comme source de droit d'après les juristes musulmans. C'est une méthode que les juristes utilisent pour rendre une décision sur des nouvelles situations qui ne sont pas abordées par le Coran et la Sunna. Autrement dit, les questions qui surgissent dans la société peuvent être rapprochées à celles qui sont explicitement traitées dans les sources primaires. Il suffit de connaître la raison pour laquelle on a attribué un jugement à une action primaire et de savoir si l'action secondaire partage la même raison pour lui attribuer le même jugement.

L'analogie (*Qiyas*) a été vivement contestée par l'école littéraliste zahirite, plus spécifiquement Ibn Hazm<sup>1106</sup>. Toutefois, elle est utilisée par les quatre écoles juridiques<sup>1107</sup>. L'analogie a été définie par Ibn Qudama en ces termes : « Assimiler un cas secondaire à un cas principal dans un statut qui les englobe »<sup>1108</sup>. L'assimilation d'un cas secondaire à un cas principal signifie joindre et rendre deux choses égales quant à leur statut.

---

<sup>1106</sup> Ibn hazm, *Al-Ihkam fi Usul al-Ahkam*, Beyrouth, Dar al-Afaq al-Yadida, 1985 aux pp (7-53)-(8-75); El-Tobgui, Carl Sharif, *The epistemology of Qiyas and Talil between the Mutazilite Abu l-Husayn al-Basri and Ibn Hazm al-Zahiri*, thesis of Master of Arts, MacGill University, 2000 [non publiée] aux pp 58-76.

Le qiyâs est utilisé - plus ou moins fréquemment - par les quatre écoles juridiques du sunnisme. Les hanafites sont ceux qui l'utilisent le plus, et les hanbalites sont ceux qui l'utilisent le moins.

<sup>1107</sup> Al-Amidi ibn Mohamed, *Al-Ihkam fi Usul al-Ahkam*, Beyrouth, Al-Maktab al-Islami, 1981 à la p 4-67.

<sup>1108</sup> Ibn Qudama al-Maqdisi, *Rawdat al-nāzir wa-jannat al-manāzir*, 2<sup>e</sup> éd., Beyrouth, Muasasat Al-Rayan, 2002 à la p 2-141; D'autres définitions dans Ali-Amidi, *supra* note 1107 aux pp 3-183-190.

Le raisonnement par analogie repose sur quatre piliers : un statut d'origine, un cas secondaire, un jugement et une cause commune<sup>1109</sup>. L'exemple le plus couramment utilisé est celui du vin et le jus de raisin fermenté. Nous avons trouvé un autre exemple dans la doctrine classique, il s'agit de vol des vêtements suspendus dans la rue sans surveillance<sup>1110</sup>. En effet, Imam malik a été questionné sur quelqu'un qui lave les vêtements des clients et les fait sécher sans surveillance dans une ligne à l'extérieur de son magasin puis se fait voler<sup>1111</sup>. Il a dit que le voleur doit payer le double de la somme équivalente à la chose volée et doit être puni. Imam malik s'est référé à une affaire où le prophète a fait la distinction entre le vol du bétail dans la nature et son vol dans l'enclos et entre le vol des fruits sur l'arbre et ceux qui ont été correctement conservés ou stockés dans un endroit<sup>1112</sup>. Dans les premiers cas, le prophète a précisé que voleur doit payer le double et être puni<sup>1113</sup>.

Dans cette affaire, le statut original de référence ici est le vol du bétail dans la nature et le vol des fruits sur l'arbre. C'est un événement traité par la Sunna qui a infligé une sanction à cet égard. Le cas secondaire ici est le vol des vêtements suspendus dans la rue. C'est un acte qui ne fait l'objet d'aucun texte ou consensus et dont on veut trouver la solution. Le jugement est le paiement double et la punition. Ceci signifie que le statut original de référence reposant sur un texte du Sunna et exprimant une sanction peut être étendu au cas secondaire qu'aucun argument ne permet de juger.

La cause commune réside dans l'existence des biens placés dans un endroit (*ghayr milk*) sans surveillance. Cette cause est définie comme étant la qualité apparente et détectable sur laquelle Imam Malik a fondé le statut original de référence.

---

<sup>1109</sup> *Ibid* à la p 191.

<sup>1110</sup> Ibn Ruchd Abu Al-Walid, *Al-Bayan wa-al-Tahsil wa-al-Tawjih wa-al-Ta'lif fi Masa'il al- Mustakhrajah*, 2<sup>e</sup> éd., Beyrouth, Dar al-Gharb al-Islami, 1988 aux pp 16-(208-210).

<sup>1111</sup> *Ibid.*

<sup>1112</sup> *Ibid.*

<sup>1113</sup> *Ibid.*

#### 4.1.3.2.2 L'analogie : application contemporaine

Un exemple contemporain de l'utilisation de l'analogie réside dans l'établissement de la filiation en comparant les résultats de l'ADN aux conclusions des anciens experts en généalogie. En effet, l'organisation islamique des sciences médicales a soutenu en 1998 que l'ADN constitue, du point de vue scientifique, un moyen quasiment infaillible de vérifier la filiation biologique et l'identité personnelle, au même degré que les preuves irréfutables reconnues valables par la majorité des jurisconsultes<sup>1114</sup>. Cet avis a été consolidé en 2001 par une décision de l'Académie islamique de jurisprudence de la ligue islamique mondiale sous réserve de conformité à certaines conditions<sup>1115</sup>.

Quant à notre cas d'étude, le statut original de référence sera la cession de la dette. C'est une opération qui fait l'objet d'un encadrement par la Sunna, deuxième source de droit islamique. Le cas secondaire ici réside dans la cession de contrat qui ne fait l'objet d'aucun texte ou consensus et dont on veut trouver la solution. Le jugement est la licéité de cette transaction. Ceci signifie que le statut original de référence reposant sur un texte du Sunna et exprimant son autorisation peut être étendu au cas secondaire qu'aucun argument ne permet de qualifier. La cause commune réside dans la volonté d'atténuer le fardeau du débiteur et de faciliter la tâche au créancier de récupérer ses créances.

#### 4.2 Les modes d'intégration des concepts de la restructuration

L'analyse des modes d'intégration des concepts de la restructuration dans les systèmes de la FI nécessite tout d'abord une prise de position individuelle de la part des jurisconsultes contemporains afin de faire bouger le *statut quo* (l'absence des normes en ce qui concerne le redressement des IFI). La divergence dans les points de vue peut pousser les organisations internationales chargées de la normalisation de la FI à mettre en œuvre des

---

<sup>1114</sup> Dans son Xi<sup>e</sup> colloque sur l'ingénierie héréditaire, la génétique humaine et la thérapeutique génétique, tenu au Kuwait du 13-15 octobre 1998.

<sup>1115</sup> Lors de sa XVII<sup>e</sup> session tenue à la Mecque du 16 au 21 janvier 2001.

décisions dans ce domaine (2.1). Enfin, une fois la norme est adoptée, une législation étatique peut être envisagée (2.2) ou, le cas échéant, les IFI et leurs interlocuteurs vont être éclairés sur certaines positions en cas de redressement de celles-ci (2.3).

Ainsi, dans un premier point, nous allons traiter la possibilité d'intégration via : la voie religieuse (*fatwa*), la voie législative (loi), la voie hybride (pluralisme juridique).

#### **4.2.1 La voie religieuse (fatwa)**

Ce paragraphe s'efforcera de traiter la possibilité d'intégration des concepts de la restructuration via la voie religieuse à travers les trois points suivants : dans un premier temps, on examinera la nature de la *fatwa* (4.2.1.1). Ensuite, les positions des juristes islamiques contemporains seront étudiées (4.2.1.2). Puis, dans un troisième temps, nous discuterons ces positions afin de dégager leurs convergences et leurs divergences (4.2.1.3).

##### **4.2.1.1 Définir la notion de fatwa**

Dans son sens littéral, la *fatwa* désigne une réponse ou un éclairage<sup>1116</sup>. Ce terme a été utilisé dans le Coran sous deux formes verbales : la première exprime une demande de réponse « *yastaftunaka* » et la deuxième fournit cette réponse « *yuftikum verbe* »<sup>1117</sup>.

Juridiquement parlant, il existe plusieurs définitions<sup>1118</sup>. Nous avons choisi celle de l'académie de Fiqh internationale attachée à l'OCI :

---

<sup>1116</sup> Selon la définition du dictionnaire Larousse « Dans la religion islamique, consultation juridique donnée par une autorité religieuse à propos d'un cas douteux ou d'une question nouvelle ; décision ou décret qui en résultent ». Définition tirée de dictionnaire Larousse, en ligne : < <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/fatwa/32988>>.

<sup>1117</sup> Sourate 4 An-Nisa (Les femmes) verset 176. L'auteur explique le style dialogique du discours coranique et les fondements épistémologiques de l'Ifta' : Awass Omer, *Fatwa: the evolution of an islamic legal practice and its influence on muslim society*, Thèse de doctorat en philosophie, Temple University, 2014 aux pp 67-76 [Awass].

« Émettre fatwa signifie rendre claire une décision juridique (hukm) en réponse à une question, ou elle peut être émise sans question afin de clarifier la décision juridique sur une nouvelle situation dans le but de corriger les principes et les pratiques de personnes »<sup>1119</sup>.

À partir de cette définition, nous constatons que la fatwa implique trois parties : une personne qui demande un avis qui s'appelle (*mustafti*), une personne qui a l'autorité d'émettre un avis juridique (*mufti*) et l'acte de donner un avis qui s'appelle (*fatwa* ou *ifta'*).

Dans notre cas d'étude, le premier élément se manifeste dans les questions qui ont été posées par rapport à la position de la doctrine islamique au redressement des IFI. Le deuxième élément consiste dans l'existence d'un *mufti* apte à émettre des *fatwas*, soit un individu ou une institution. À cet égard, nous remarquons que la production des normes juridiques islamiques devient de plus en plus un processus collectif. Plusieurs raisons ont justifié cette tendance : la complexité des problématiques contemporaines, l'incapacité de l'individu de maîtriser toutes les branches pertinentes du savoir et la pénurie actuelle des chercheurs (*mujtahids*)<sup>1120</sup>. Pour cela, la *fatwa* collective constitue l'une des stratégies par lesquelles les juristes ont tenté de rester pertinents face aux défis de la modernité<sup>1121</sup>.

Il faut savoir que le *mufti* doit remplir certaines conditions :

- Connaissance du Coran et de la Sunna,
- Connaissance des domaines du consensus (*ijma'*) et du désaccord, des écoles de doctrine islamique (*mathahib*) et de l'opinion juridique;

---

<sup>1118</sup> Al-Qarafi al-Maliki Abi al-'Abbas Ahmad ibn Idriss, *Al-Furooq*, le Caire, Alam Al Kotob, à la p 53-4 ; Al-Syahrarazi Taqiyyuddin Abu 'Amr Utsman bin Abdurrahman bin Utsman bin Musa al-Kurdi, *Adab al-Mufti wa al-Mustafti*, 1er éd, Médine, Maktabat al-'Ulūm wa-l-ḥikam, 1986 à la 72[al-Syahrarazi]; Al-Bahuti, *harh mountaha al iradat, supra* note 589 à la p 483-3.

<sup>1119</sup> OCI, Décision 153 (2/17)/ AIF de l'académie du 24-26 Juin 2006 relative à l'émission des fatwa : règles et conditions [2006], en ligne : AIF < <https://www.iifa-aifi.org/ar/2203.html> >.

<sup>1120</sup> Alexandre Caeiro, « The making of the fatwa » (2011) Archives de sciences sociales des religions 155 81-100 à la p 82 [Alexandre Caeiro].

<sup>1121</sup> *Ibid* à la p 82.

- Connaissance complète de la doctrine (*usul al-fiqh*), de ses origines et de ses règles, des objectifs de la *Shari'a* ainsi que des disciplines qui y contribuent telles que la grammaire et la syntaxe, la rhétorique, la linguistique, la logique, etc;
- Connaissance de la situation des gens et de leurs coutumes, des conditions et des développements de l'époque compte dûment tenu de leur évolution dans la mesure où cela concerne [la loi] qui est dérivée d'une coutume pertinente (*'urf*) qui ne contredit pas un texte source (*nass*).
- La capacité de dériver des décisions de la *Shari'a* (loi islamique) à partir des textes sources.
- Consultation d'experts sur divers sujets spécialisés afin de formuler la réponse à des question, telles que les questions médicales, économiques...<sup>1122</sup>.

Le troisième élément est la *fatwa*. Cette dernière consiste en une interprétation (ou une compréhension) du texte (*nass*) en vue de statuer sur un sujet ou émettre un ordre légal. Il peut s'agir également d'un effort juridique (*ijtihad*) de jurisconsulte si le texte est absent. Cette méthodologie d'interprétation des textes ou, le cas échéant, le recours à la réflexion humaine (*ijtihad*) trouve son origine dans la pratique du prophète. Dans une affaire, le prophète voulait s'assurer de l'aptitude d'une personne qui lui a confié la mission de gouverner le Yémen en lui posant les questions suivantes:

- « Que feras-tu lorsque tu seras appelé à juger une affaire?
- Je me référerai à ce qu'il y a dans le Coran.
- Et si tu n'y trouves rien (qui puisse t'aider à résoudre le litige) ?
- Alors, ce sera par la pratique du prophète.
- Et s'il n'y a rien ?
- Je ferai de mon mieux pour trouver la meilleure opinion et je ne me ménagerai pas »<sup>1123</sup>.

Satisfait de ses réponses, le prophète lui donna une tape amicale sur la poitrine.

En principe, une fatwa n'est pas juridiquement contraignante (*qada'*) bien qu'elle le soit religieusement (*diyanatan*)<sup>1124</sup>. L'académie de fiqh précise que le musulman ne peut pas

<sup>1122</sup> En ce sens voir, OCI, Décision 153 (2/17)/ AIF de l'académie du 24-26 Juin 2006 relative à l'émission des fatwa : règles et conditions [2006], en ligne : AIF < <https://www.iifa-aifi.org/ar/2203.html> >.

<sup>1123</sup> Al-Tirmidhi, n° 1327, à la p 616-3 ; Abou Dawoud, N° 3592 à la 300-3; Awass, *supra* note 1117 aux pp 81-82.

<sup>1124</sup> Al-Ḥaṭṭab al-Ru'aynī, *supra* note 697 à la p 32-1. L'auteur dans sa définition de la fatwa a mis l'accent sur son caractère non contraignant pour la distinguer de la décision judiciaire.

aller contre la *fatwa* quand il existe des preuves claires de son exactitude. Selon elle, les IFI doivent se conformer aux *fatwas* de leurs organes juridiques en conformité avec les décisions des organismes chargés de la normalisation (de fiqh)<sup>1125</sup>. Ceci nous amène à voir l'état des lieux de la doctrine à cet égard.

#### 4.2.1.2 État des lieux de la position des jurisconsultes contemporains

Des instances internationales ont posé plusieurs questions au sujet du développement d'un régime effectif de faillite pour les IFI<sup>1126</sup>. À titre d'exemple, le FMI, dans un rapport, a signalé que la croissance de la FI et ses caractéristiques spécifiques par rapport à la FC nécessitent l'élaboration d'un régime de résolutions efficace pour les IFI en faillite<sup>1127</sup>. Il existe aussi des auteurs qui ont traité le problème de redressement des IFI à la lumière de la doctrine classique et de la doctrine contemporaine<sup>1128</sup>. Des études de cas aussi ont été faite sur la liquidation ou la restructuration de certaines IFI qui ont eu des difficultés dans leurs réalisations<sup>1129</sup>.

Face à ces études et les interrogations qui en découlent, l'analyse de la position de la doctrine contemporaine a démontré qu'il existe trois documents à cet effet. Le document le plus récent provient du l'Islamic Financial Services Board (IFSB)<sup>1130</sup>. Il a été préparé par deux chercheurs sous supervision de quelqu'un de renom : Michael J. T. McMillen. La question clé abordée dans ce document est la nécessité d'harmoniser les principes de la

<sup>1125</sup> OCI, Décision 153 (2/17)/ AIF de l'académie du 24-26 Juin 2006 relative à l'émission des fatwa : règles et conditions [2006], en ligne : AIF < <https://www.iifa-aifi.org/ar/2203.html> >.

<sup>1126</sup> Vijay, *supra* note 50 à la p 5.

<sup>1127</sup> IMF, *Ensuring Financial Stability in Countries with Islamic Banking*, IMF, 2017, en ligne : IMF <<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2017/02/21/PP-Ensuring-Financial-Stability-in-Countries-with-Islamic-Banking>>.

<sup>1128</sup> Awad & Michael, *supra* note 32; Muhammad Al-Bachir, *supra* note 52; Hamoudi, «The Surprising Irrelevance of Islamic Bankruptcy», *supra* note 34; Kilborn, «Foundations» *supra* note 35; McMillen, «An Introduction» *supra* note 32.

<sup>1129</sup> McCarthy & Kahn, *supra* note 53; Salzberg, « Arcapita Bank: The Bankruptcy Court Closes an Escape Valve for Foreign Defendants » *supra* note 53; Zada, Lahsasna & Saleem, « On sukuk insolvencies: a case study of East Cameron partner », *supra* note 53; McMillen, « The Arcapita », *supra* note 49; Hasan & Dridi, *supra* note 14; Nienhaus, *supra* note 12; Faroq & Zaheer, *supra* note 12; Beck, Demirgüç-Kunt & Merrouche, *supra* note 12; Ur Rahman & Zada, *supra* note 16; Zulkifli, *supra* note 16; Grais and Pellegrini, *supra* note 17.

<sup>1130</sup> Ateeq Ali, Md. Salim Al Mamun, « Recovery, resolution and insolvency issues for institutions offering Islamic financial services » (2017) IFSB, IFSB working paper series.

*Shari'a* liés au redressement et la faillite avec les cadres de faillite et d'insolvabilité qui sont actuellement incorporés dans les systèmes juridiques étatiques. Ce document a recensé les meilleures pratiques réglementaires et les exigences des organismes de normalisation mondiaux, notamment le Conseil de Stabilité Financière (FSB) et la Banque Centrale Européenne (BCE). Par ailleurs, il a abordé les outils de résolution et les problèmes de faillite/insolvabilité dans le contexte de la FI et des principes de la *Shari'a* à cet égard.

Les deux autres décisions ont été émises par l'académie de fiqh et l'AAOIFI<sup>1131</sup>. Ils ont traité le seul volet de la liquidation au détriment de celui de la restructuration. L'académie a été plus explicite quand elle a rapporté l'analyse de redressement à une date ultérieure.

À notre avis, l'absence de l'analyse de redressement dans les deux décisions ne veut pas dire que les deux organismes n'ont pas pris de position à cet effet. Au contraire, ils ont adopté ou approuvé la position de la doctrine classique qui parle de la liquidation ou le concordat dans un cadre extrajudiciaire. Si on applique ce raisonnement qui a été conçu pour la personne physique, le seul moyen pour les IFI de se restructurer est de mener des négociations extrajudiciaires avec les créanciers et d'obtenir l'approbation de la majorité des créanciers pour pouvoir faire approuver le plan de redressement. On parle ici des mesures en dehors de la procédure de la réorganisation judiciaire. Dans cette dernière, le conciliateur joue un rôle limité dans les négociations et par conséquent le débiteur demeure à la merci des créanciers. Le seul avantage judiciaire dont peuvent bénéficier les IFI en difficulté est le sursis. Ce dernier leur permettra d'être mises à l'abri des créanciers, lesquels ne pourront plus engager contre elles des mesures d'exécution. Durant cette période, l'IFI en difficulté devra trouver un accord avec les créanciers. Le juge, dans cette perspective, ne peut jouer aucun rôle afin d'imposer le plan, le financement intérimaire, la résiliation de contrat ou sa cession.

---

<sup>1131</sup> OCI, Décision 186 (1/20)/ AIF de l'académie du 18 Septembre 2012 relative à l'insolvabilité et la faillite [2012], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2343.html>> ; AAOIFI, Standard (Shari'a) no. 43 : al-Iflas (La faillite), à la p 715.

#### 4.2.1.3 Discussion sur ces positions : convergences et divergences

Les décisions de l'académie de fiqh et de l'AAOIFI se convergent dans le fait d'analyser le processus de la liquidation. La décision de l'académie se distingue par le traitement de la situation de difficulté financière (*al i'sar*). Elle a abordé un point important, celui du sursis. Ce dernier interdit l'emprisonnement ou la liquidation des biens d'une personne en situation de difficulté financière. C'est l'équivalent de droit de la suspension des procédures pour les entreprises en difficulté en droit canadien<sup>1132</sup>.

Le point important qui démarque la norme de l'AAOIFI est le traitement du principe de libération dans le cas où le débiteur est déclaré en faillite et que son actif distribué est insuffisant pour rembourser la dette. La norme précise que les créanciers n'ont pas le droit de lui demander la différence entre le montant saisi et le montant dû juridiquement parlant (*qada'an*), toutefois, ils pourraient le faire d'un point de vue moral (*diyanatan*)<sup>1133</sup>. Par cette prise de position, l'AAOIFI a limité la responsabilité des associés aux dettes sociales à concurrence de leurs apports qui sont représentés par des parts sociales. Le reste peut être demandé hors cadre juridique.

Bien que le principe de la responsabilité limitée ne soit pas mentionné en tant que tel dans les sources du droit islamique, certains auteurs affirment qu'il jouit de racines historiques trop éloignées dans les pratiques financières islamiques<sup>1134</sup>. Dans une étude historique, le Professeur Robert W. Hillman retrace la responsabilité limitée dans les droits romain, byzantin et musulman<sup>1135</sup>. Dans un de ses titres intitulé « Early Islamic Law and Limited Liability », il affirme que ce concept est bien ancré dans le droit islamique à travers deux techniques : « l'esclave autorisé » qui ressemble au peculium romain<sup>1136</sup> et le *qirad*<sup>1137</sup>.

---

<sup>1132</sup> Art. 69.1 LFI; Art. 11.02 LACC.

<sup>1133</sup> Muhammad Al-Bashir, *supra* note 48 à la p 25.

<sup>1134</sup> Al Quri Mohamed Ali, « L'impact de la différence entre la personnalité physique et la personnalité morale dans les dispositions jurisprudentielles des évolutions bancaires islamique » (2013) 5th Shura fiqh conference Koweït aux pp 282-284.

<sup>1135</sup> W. Hillman Robert, « Limited Liability in Historical Perspective » (1997) 54 WASH. & LEE L. REV. 613; Mr Robert W. Hillman est un Professeur en Droit à l'Université de la Californie.

<sup>1136</sup> Le peculium est un terme historique. Il représente les économies d'un fils ou d'un esclave ayant obtenu le consentement de son père ou son maître afin d'exercer le commerce.

<sup>1137</sup> Le *Qirad* est un synonyme de la *Moudaraba* (semblable à une société en commandite, C.c.Q art 2236); K. Hall, *The magic mirror*, Oxford University Press, 1989, p. 99 dans Pierrick, *supra* note 11 à la p.

Le débat sur ce principe au sein de la doctrine islamique contemporaine a permis de mettre en évidence la divergence à propos de ce sujet. D'une part, l'académie islamique internationale de jurisprudence attachée à l'OCI, plaide pour la légitimité de ce principe, d'autre part, les défenseurs de la responsabilité illimitée, en l'occurrence (Majlis Uléma de l'Afrique de sud) s'appliquent à démontrer le déficit de concept de la responsabilité limitée et son caractère injuste à l'égard des victimes de dommages causés en cas de faillite<sup>1138</sup>. Face à cette opposabilité, certains juristes ont été amenés à proposer des solutions intermédiaires. Khan Nyazee propose un ratio d'endettement sur les fonds propres de l'entreprise inférieur à 50%, alors que le Juge Usmani opte pour une conciliation entre la responsabilité limitée et la responsabilité illimitée<sup>1139</sup>.

En consacrant le principe de la responsabilité limitée des entreprises, l'AAOIFI rejoint l'avis de l'académie islamique internationale de jurisprudence attachée à l'OCI<sup>1140</sup>.

Après avoir présenté les trois documents, nous constatons que le document de l'IFSB n'est pas une *fatwa*. Il ne peut être considéré qu'un rapport de recherche qui a mis en évidence les principaux défis qui doivent être pris en compte par les autorités de régulation et de supervision lors de l'établissement d'un cadre de redressement, de résolution et de faillite/insolvabilité pour leur IFI. Quant aux deux autres décisions, elles ne sont pas non plus des *fatwas* sur la restructuration des IFI, elles sont plutôt des *fatwas* portant sur le volet de la liquidation dans le domaine de la faillite.

Dans la quête d'élaborer une *fatwa* sur la restructuration des entreprises, le sursis et la libération sont deux points importants qui ont été développés dans le cadre de la norme de l'AAOIFI et la décision de l'académie islamique internationale de jurisprudence attachée à l'OCI. Ils peuvent constituer un bon point de départ sur lequel les

---

596; Yves Chaput, *Droit des Sociétés*, 1<sup>er</sup> éd., Paris, Puf, 1993 à la p 202 dans Pierrick, *supra* note 11 à la p 597.

<sup>1138</sup> OCI, Décision 130 (4/14)/ AIF de l'académie du 16 Janvier 2003 relative aux sociétés modernes : sociétés de portefeuille et autres et les dispositions de la légitimité de point de vue islamique [2003], en ligne : AIF < <https://iifa-aifi.org/fr/33524.html>>; Mujlisul Ulama of South Africa, «The Concept of Limited Liability: Untenable in the Shariah» Mujlisul Ulama of South Africa.

<sup>1139</sup> Usmani Mohammad Taqi, « The Principle of Limited Liability From the Shari'ah Viewpoint » (1992) New Horizon, aux pp 21-22.

<sup>1140</sup> OCI, *supra* note 1100.

jurisconsultes peuvent se baser dans leur processus d'élaborer une décision sur le redressement des entreprises. Le document de l'IFSB peut servir à faciliter la compréhension du contexte de redressement judiciaire étatique.

La *fatwa* est très importante du point de vue juridique. Cette importance apparaît clairement dans un cas de litige comme celui de l'affaire UM Financial inc lorsque le tribunal a nommé un *amicus curiae* qui s'est basé sur les décisions de l'AAOIFI pour démontrer l'opinion de la doctrine islamique à cet égard<sup>1141</sup>.

Dans l'absence de *fatwa* concernant le redressement des entreprises, la législation pourrait être une voie pratique pour faire intégrer les concepts de la réorganisation.

#### **4.2.2 La voie législative (la loi)**

La législation constitue un autre moyen de faire intégrer les concepts de la réorganisation dans les cadres juridiques étatiques régissant les IFI. L'expérience malaisienne dans le retard de paiement constitue un exemple phare dans l'adaptabilité de la législation pour les IFI.

L'intégration par voie législative est basée sur l'hypothèse de l'existence d'une *fatwa* ou de plusieurs *fatwas* dans le domaine de la restructuration. Dans le cas d'absence de ces *fatwas*, nous allons exposer respectivement les limites internes et externes à l'adoption d'une législation spécifique pour les IFI dans le domaine de la restructuration. Cette analyse sera faite à la lumière de l'expérience malaisienne liée au retard de paiement.

##### **4.2.2.1 Limite externe au processus législatif**

La limite externe de l'intégration des concepts de la restructuration par voie législative consiste dans l'absence des *fatwas* ou de décisions émises par la doctrine islamique contemporaine et le silence de la doctrine classique sur cette nouvelle question. À l'encontre de notre cas d'étude (restructuration des entreprises), les jurisconsultes

---

<sup>1141</sup> *R. v. Kalair and Panchbhaya*, 2019 ONSC 3471 (CanLII) Par 70.

contemporains ont analysé le cas de retard de paiement dans les différents contextes de la FI. Leurs recherches ont abouti à deux grandes décisions : la première, proposée par l'OCI dans sa résolution en 2000, est d'inclure une compensation financière (couramment appelée « dommages-intérêts ») dans les contrats financiers qui ne portent pas sur une dette et de l'interdire pour ceux qui portent sur une dette<sup>1142</sup>. L'académie de fiqh islamique (Ligue Islamique Mondiale) et l'AAOFI font partie de ce courant.

L'AAOFI a adopté une autre mesure de lutte contre le retard de paiement qui s'inscrit dans le caractère punitif et dissuasif et non compensatoire<sup>1143</sup>. Elle s'est basée sur l'obligation de donation (*iltizam al-tabaru* ' ) dans l'école juridique malikite. Celle-ci autorise, aux parties contractantes, de stipuler *ex-ante* une clause pénale qui doit être acheminée à la charité. Autrement dit, le retard mis par le débiteur à exécuter ses obligations entraîne la perte de compétitivité des IFI par rapport aux IFC. Le rétablissement de cette compétitivité se traduit en dommages-intérêts destinés obligatoirement aux œuvres de charité.

Une troisième orientation, proposée par certains jurisconsultes<sup>1144</sup>, autorise une compensation financière dans les contrats de prêt. Ces jurisconsultes convergent sur deux conditions : la solvabilité (l'aptitude de remboursement du débiteur en défaut de paiement) et sa mauvaise foi. Par ailleurs, ces jurisconsultes divergent sur la nature même des dommages-intérêts et l'autorité compétente pour régler ce différend.

Par rapport à la nature des dommages-intérêts, un des grands chercheurs dans le domaine de la FI Al Mani' stipule que :

*« Malgré mon accord avec ..., je considère que la sanction pécuniaire vise à réprimander l'acteur et ne constitue pas une compensation en*

---

<sup>1142</sup> OCI, Décision 133 (7/14)/ AIF de l'académie du 16 Janvier 2003 relative à la problématique liées aux retards de paiement dans les institutions financières islamiques [2003]; OCI, Décision 10 (10/2)/ AIF de l'académie du 28 Décembre 1985 relative aux pratiques bancaires de l'intérêt et les banques islamiques [1985], Magazine de l'académie, n.2, c.2, p 735 et 813; OCI, Décision 51 (2/6)/ AIF de l'académie du 20 Mars 1990 relative à la vente à tempérament [1990], Magazine de l'académie, n.6, c.1, p 193.

<sup>1143</sup> AAOFI, Standard (Shari'a) no. 3: l'atermoyeur, à la p 42.

<sup>1144</sup> Al-Zarqa Mustafa Ahmad, « Hal yoqbalu charan Alhokm ala madin almomatel bita'wid 'ala da'in? » Magazine de l'économie islamique 2<sup>e</sup> éd vol 2 1985 aux pp 94-95; cheikh sadek al darir Dans Al-Mani' Abd Allah Ibn Sulayman, « The problem of late payment in Islamic banks » (2013) Islamic Fiqh Academy (OCI) Doha à la p 413 [Al-Mani']; Zaki Abdelbar Mohammed, « un autre avis sur le débiteur, sera-t-il tenu d'indemniser?(en arabe) » (1990) magazine de l'université du roi Abdul Aziz, économie islamique aux pp 150-155.

*soi... il s'agit d'une peine et non d'une compensation indépendante*  
».<sup>1145</sup>

D'autres chercheurs, Al Zarqua et Al Darir ne sont pas d'accord avec cette assertion et considèrent plutôt les dommages-intérêts comme étant une compensation<sup>1146</sup>.

En ce qui concerne l'autorité compétente, Al Zarqua et Al-Mani' attribuent au juge la saisine de l'affaire et l'évaluation du montant de la réparation. Quant à Al Darir, il confie la détermination des indemnités pour les préjudices causés par le retard à une autorité administrative indépendante comme la banque centrale. Cependant, ceci s'applique dans le cas où la banque (créancier) réalise des profits durant la période de non-remboursement.

Ce débat sur les pénalités contre le retard de paiement au sein de l'ordre juridique islamique a permis à l'ordre juridique étatique de comprendre que les IFI souffrent plus que les IFC puisqu'elles agissent dans un cadre juridique qui a été conçu pour les IFC. Cela a permis plus tard l'adaptation de la loi aux IFI.

#### **4.2.2.2 Limite interne au processus législatif**

La limite interne de l'introduction des concepts de la restructuration se manifeste dans le désintérêt des législateurs dans les pays majoritairement musulmans d'adapter la FI. L'évolution du droit de la faillite dans les pays majoritairement musulmans ne prend pas en compte l'adaptabilité de la FI. L'évolution reflète plutôt une inspiration des traditions juridiques du droit civil ou de la Common Law.

À titre d'exemple, avant la colonisation, la faillite dans l'ordre juridique marocain a été gérée par la doctrine islamique. En vertu de cette dernière, le débiteur dont les actifs ne parviennent pas à couvrir les engagements peut recourir au concordat, soit un accord

---

<sup>1145</sup> Al-Mani', *supra* note 1100 à la p 30.

<sup>1146</sup> Voir notamment Ali Muhyi al-Din al Qura-Daghi, « Problématique de paiements tardifs et leur façon de garantie dans les banques islamiques : étude fiqhique de paiement tardif et alternative (en rabe) » (2009) Islamic Business Researches Center aux pp 47-67, en ligne : IBRC <<http://www.kantakji.com/media/9295/5555.pdf>> [al Qura-Daghi].31-32; Muscati. Sina Ali, « *Late Payment in Islamic Finance* » (2007) UCLA Journal of Islamic & Near Eastern Law 6(1) pp 47-67.

collectif avec ses créanciers pour éviter la liquidation de ses biens ou la faillite. Cet arrangement concordataire peut être fait à l'amiable en dehors du cadre judiciaire<sup>1147</sup>. L'autorité judiciaire (*Qadi*) peut jouer aussi ce rôle de conciliation entre le débiteur et ses créanciers avant d'imposer ultimement une mise sous tutelle (*hajr*) pour une éventuelle liquidation de son patrimoine.

Après le protectorat français, l'influence de la tradition juridique civiliste se manifeste dans le dahir du 12 août 1913<sup>1148</sup> qui a introduit au Maroc une législation sur la faillite, essentiellement empruntée du droit français. Cette législation reflète une méfiance envers l'entrepreneur failli considéré comme malhonnête. L'influence de la tradition civiliste se remarque aussi dans l'évolution du droit marocain de la faillite. En effet, la loi n° 15-95 du 8 novembre 1995<sup>1149</sup> a fait rentrer la notion de l'entreprise en difficulté dans l'arsenal juridique marocain en instaurant les procédures de la prévention et du règlement amiable des entreprises en difficulté. De son tour, la loi de 2018 n° 73-17<sup>1150</sup> a renforcé le traitement préventif et a introduit la procédure de sauvegarde au système juridique marocain<sup>1151</sup>.

Par ailleurs, l'influence de la tradition juridique de la Common Law peut être remarquée dans les pays de Conseil de coopération des États arabes du Golfe Arabique (CCG). L'Arabie saoudite<sup>1152</sup>, le Koweït<sup>1153</sup>, le Bahreïn<sup>1154</sup>, le Sultanat d'Oman<sup>1155</sup>, l'Émirats

---

<sup>1147</sup> El hajjami Ahmed, *Le redressement des entreprises en difficulté en droit marocain*, Thèse de doctorat en droit, Université de Metz, 1988 à la p 11.

<sup>1148</sup> Dahir du code de commerce DCC de 1913; Lyazami Nahid, *La prévention des difficultés des entreprises : étude comparative entre le droit français et le droit marocain*, Thèse de doctorat en droit, Université du Sud Toulon – Var, 2013 à la p 12.

<sup>1149</sup> Loi n°1995-15 du Dahir n°1-96-83 du 1er Aout 1996. Bulletin Officiel n°4418 du 3 octobre 1996.

<sup>1150</sup> La loi n° 73-17 du 23 Avril 2018 modifiant et complétant le livre V du code de commerce relatif au droit des entreprises en difficulté.

<sup>1151</sup> Lyazami Nahid, « Le nouveau mécanisme de sauvegarde des entreprises en difficulté: Une vraie 'bouée de sauvetage' pour les entreprises naufragées? » (2020) *Revista de Estudios Jurídicos Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964 n° 2 Universidad de Cádiz pp 13-39 à la p 15.

<sup>1152</sup> Burton Edward, *Business and Entrepreneurship in Saudi Arabia: Opportunities for Partnering and Investing in Emerging Businesses*, New Jersey, John Wiley & Sons, 2016 à la p 154; World Bank, *Doing business 2017: equal opportunity for all – Saudi Arabia*, Report Number 109941, Vol n 1, Working Paper (2017), en ligne: World Bank  
<<http://www.doingbusiness.org/~media/wbg/doingbusiness/documents/profiles/country/sau.pdf>>.

<sup>1153</sup> World Bank, *Doing business 2017 : equal opportunity for all - Kuwait*, Report Number 109908, Vol n 1, Working Paper (2017), en ligne: World Bank  
<<http://www.doingbusiness.org/~media/wbg/doingbusiness/documents/profiles/country/kwt.pdf>>.

<sup>1154</sup> World Bank, *Doing business 2017 : equal opportunity for all - Bahrain*, Report Number 109645, Vol n 1, Working Paper (2017), en ligne: World Bank

Arabe Unis<sup>1156</sup> et le Qatar<sup>1157</sup> ont été régis par des législations incompatibles avec les bonnes pratiques internationales selon les rapports de la banque mondiale. Dans un autre rapport, il a été démontré que ces pays ont besoin d'environ trois ans et demi pour la liquidation de la société à un coût égal à 14% de sa valeur, tandis que leurs homologues dans les pays de l'OCDE ont besoin seulement d'une année et sept mois, à un coût équivalent à 8,4% de la valeur de l'entreprise<sup>1158</sup>. Ledit rapport a plaidé pour des modifications conformément aux normes et pratiques internationales, en particulier en ce qui concerne la réorganisation des entreprises<sup>1159</sup>.

Au cours des quatre dernières années, on a assisté à un mouvement de réforme des lois portant sur l'insolvabilité et la faillite dans les pays du CCG. À l'exception du Qatar et du Koweït, tous les autres pays du CCG ont introduit de nouvelles lois sur la faillite.

La modification de la législation n'était pas un objectif en soi, le besoin d'investissement étranger est l'une des raisons de la révision de législation sur la faillite dans les pays du CCG<sup>1160</sup>. L'adoption des lois sur la faillite avec des mécanismes permettant aux entreprises en difficulté de se réorganiser et de continuer à opérer rassure les détenteurs des capitaux. Ainsi, toutes les nouvelles lois sur la faillite contiennent des dispositions permettant la restructuration.

- 
- <<http://www.doingbusiness.org/~media/wbg/doingbusiness/documents/profiles/country/bhr.pdf>>.
- <sup>1155</sup> World Bank, *Doing business 2017: equal opportunity for all - Oman*, Report Number 109926, Vol n 1, Working Paper (2017), en ligne: World Bank  
<<http://www.doingbusiness.org/~media/wbg/doingbusiness/documents/profiles/country/omn.pdf>>.
- <sup>1156</sup> Riaa Barker Gillette, «Insolvency and restructuring law and practice» (2015) en ligne : <<http://www.riabarkergillette.com/usa/wp-content/uploads/Insolvency-and-restructuring-law-and-Practice-in-the-UAE.pdf>>; World Bank, *Doing business 2017 : equal opportunity for all - United Arab Emirates*, Report Number 109910, Vol n 1, Working Paper (2017), en ligne: World Bank  
<<http://documents.worldbank.org/curated/en/214281478691757613/pdf/110008-WP-DB17-PUBLIC-United-Arab-Emirates.pdf>>.
- <sup>1157</sup> World Bank, *Doing business 2017: equal opportunity for all - Qatar*, Report Number 109910, Vol n 1, Working Paper (2017), en ligne: World Bank  
<<http://www.doingbusiness.org/~media/wbg/doingbusiness/documents/profiles/country/omn.pdf>>.
- <sup>1158</sup> World Bank, *Hawkamah/World Bank/OECD/INSOL international: survey on insolvency systems in the Middle East and North Africa*, Report Number 57030, Vol n 1, Working Paper (2009) à la p 4, en ligne: World Bank  
<<http://documents.worldbank.org/curated/en/800201468052730159/pdf/570300WP0MENA010Box353744B01public1.pdf>>.
- <sup>1159</sup> *Ibid* à la p 5.
- <sup>1160</sup> Gearon, Reichert, *supra* note 498.

Les Émirats Arabes Unis ont été le premier pays dans la région qui a mis en œuvre une loi sur la faillite. Cette loi a été publiée au journal officiel le 29 septembre 2016 et est entrée en vigueur en janvier 2017<sup>1161</sup>. Elle s'applique à toutes les sociétés commerciales, à l'exception de celles enregistrées auprès du DIFC et de l'ADGM, car elles disposent de leurs propres régimes d'insolvabilité<sup>1162</sup>. En Arabie Saoudite, la loi sur les faillites a été introduite en 2018. Semblable à la loi sur la faillite des Émirats Arabes Unis, elle permet un règlement préventif et un règlement d'insolvabilité avec restructuration ou liquidation. Au Bahreïn, la loi sur la faillite, également introduite en 2018, est similaire à celle des Émirats Arabes Unis et de l'Arabie Saoudite. Elle a été promulguée pour se concentrer sur les mécanismes juridiques modernes pour restructurer une entreprise en difficulté. Un nouveau cadre de faillite a été introduit à Oman par le biais de la loi sur la faillite, promulguée par le décret royal 53/2019. La loi sur la faillite est entrée en vigueur le 7 juillet 2020<sup>1163</sup>. Avant, les lois et règlements sur la faillite à Oman étaient fragmentés et seulement partiellement traités dans les lois existantes<sup>1164</sup>.

Lesdites lois s'inspirent des meilleures pratiques et des recommandations formulées sur le projet par les diverses organisations internationales telles que celui de la banque mondiale et de la CNUCED. Elles s'inspirent également des cadres législatifs et des expériences de plusieurs pays de tradition juridique de la Common Law. Elles tournent principalement autour de trois mécanismes: le règlement préventif, la restructuration financière et la liquidation<sup>1165</sup>.

---

<sup>1161</sup> Décret-loi Fédéral No 9 du 2016, J.O., 29 septembre 2016, N 604, (relatif aux faillites) en ligne : <<https://www.mof.gov.ae/Ar/lawsAndPolitics/govLaws/Documents/FederalBankruptcy.pdf>>.

<sup>1162</sup> The Dubai International Financial Centre (DIFC); Abu Dhabi Global Market (ADGM); DIFC Law No.7 of 2004 (the 'Insolvency Law'), en ligne : <[https://www.difc.ae/files/1914/5448/9179/Insolvency\\_Law\\_DIFC\\_Law\\_No.\\_3\\_of\\_2009.pdf](https://www.difc.ae/files/1914/5448/9179/Insolvency_Law_DIFC_Law_No._3_of_2009.pdf)>.

<sup>1163</sup> *Loi sur la faillite* (Arrêté royal - 53/2019).

<sup>1164</sup> Telle que la loi commerciale promulguée par le décret royal n° 55/1990 (« loi commerciale ») et la loi sur les sociétés commerciales promulguée par Décret royal 18/2019 (« Loi sur les sociétés commerciales »). La loi sur la faillite abroge formellement le chapitre V de la loi commerciale, en plus de toutes les dispositions de la loi commerciale qui sont contraires à la loi sur la faillite.

<sup>1165</sup> Venter Patrick and James H.M. Sprayregen, « Bankruptcy Reform in Saudi Arabia Bridging Islamic Law and Modern Bankruptcy? » (2016) *Law Journal Newsletters* aux pp 3-4.

Cette tendance réformiste était une opportunité pour adapter la législation pour un meilleur fonctionnement des IFI, surtout que cette région représente plus que 45.4% des actifs de la FI<sup>1166</sup>.

En plus du désintérêt de légiférer des dispositions pour adapter la FI, l'absence des *fatwas* contemporaines n'a pas favorisé l'adoption des législations spécifiques dans ce domaine. Il faut savoir que l'existence de *fatwas* pourrait relever certaines divergences avec les législations étatiques en vigueur, et par conséquent, encourager les législateurs pour une adaptabilité en faveur des IFI.

À notre avis, l'inspiration du droit comparé est très importante et contribue à l'amélioration du droit. Cependant, il convient, tout d'abord, de puiser dans les traditions juridiques locales (doctrine islamique) pour atteindre les objectifs définis par les organismes internationaux. La complémentarité et le respect des valeurs juridiques et sociales de la société dans laquelle fonctionne les IFI doit primer sur la façon dont une loi sera structurée.

Pour appuyer ces dires, il me semble intéressant de citer ce qu'a dit le guide législatif de la CNUDCI à ce propos :

« Bien que les approches des pays diffèrent, il est largement admis que des régimes de l'insolvabilité efficaces et effectifs devraient viser les principaux objectifs définis ci-dessous d'une manière équilibrée. Quelle que soit la façon dont une loi sur l'insolvabilité sera structurée pour atteindre ces objectifs, **elle devra compléter et respecter les valeurs juridiques et sociales de la société dans laquelle elle s'inscrit et qu'elle doit finalement conforter**. Bien que la loi sur l'insolvabilité constitue habituellement un régime distinct, elle ne devrait pas aboutir à des résultats fondamentalement contradictoires avec les principes sur lesquels se fondent d'autres lois. Lorsqu'elle cherche effectivement à produire un résultat différent ou fondamentalement divergent de ces autres lois (par exemple pour ce qui est du traitement des contrats, de l'annulation des actes et des opérations antérieurs à l'ouverture de la procédure ou du traitement des droits des créanciers garantis), il est très souhaitable que ce résultat soit le fruit d'une réflexion approfondie et d'une politique délibérée »<sup>1167</sup>.

---

<sup>1166</sup> IFSB, *supra note 2* à la 12.

<sup>1167</sup> CNUDCI, *supra note 23* à la p 10.

### **4.2.2.3 La voie hybride (pluralisme juridique)**

Dans l'absence d'une *fatwa* contemporaine concernant le redressement judiciaire et l'absence d'une législation spécifique pour les IFI, il s'impose *de facto* une voie hybride, celle de la cohabitation entre la norme islamique et la norme étatique.

#### **4.2.2.3.1 Respect de la doctrine islamique**

Les IFI devraient normalement respecter les normes islamiques en matière financière. Or, dans notre champ d'étude, il n'existe pas présentement une *fatwa* contemporaine concernant le redressement des entreprises. D'ailleurs, le redressement judiciaire est une nouvelle question qui n'a pas été traitée par la doctrine classique. Cette dernière a plutôt interprété certains textes comme une restructuration extrajudiciaire, mais en traitant la personne physique et pas la personne morale.

Dans cette optique et suite au silence de la doctrine contemporaine, on pourrait présumer deux hypothèses : la première est le vide juridique sur cette question nouvelle, la deuxième est que les IFI n'ont le droit de se restructurer que dans la cadre de la conciliation avec les créanciers. Autrement dit, la restructuration des IFI peut s'effectuer en dehors du cadre judiciaire et exige le consentement de l'unanimité des créanciers.

#### **4.2.2.3.2 Respect des dispositions étatiques**

Les IFI opèrent sous l'égide du droit étatique de plusieurs pays. Certains pays détenaient parallèlement des lois spéciales pour les IFI (comme en Malaisie, les EAU et le Koweït)<sup>1168</sup>. Cependant, ces lois, elles même, stipulent la soumission des IFI aux lois du pays, dès leur naissance jusqu'à leur dissolution. L'article 2 de la loi fédérale n° 6 sur les banques, les institutions financières et les sociétés d'investissement islamique aux ÉAU

---

<sup>1168</sup> Wilson, *Legal regulation and governance issues in islamic finance*, supra note 97 aux pp 103-105.

est un bon exemple à cet égard<sup>1169</sup>. En Malaisie aussi, malgré l'existence de l'*Islamic Banking Act* de 1983, les IFI sont soumises aux lois étatiques antérieures à leur création. Prenant en compte cette donnée, une IFI faisant face à des difficultés financières au Canada peut présenter une « demande initiale » à l'autorité judiciaire afin de se placer sous la protection de la LACC (sans être obligée à aviser ses créanciers, ses employés et d'autres parties prenantes de son intention de déposer une demande initiale). À ce niveau, on se demande si cette manœuvre est compatible avec la doctrine islamique. En cas d'acceptation de la demande, le tribunal émet une ordonnance (ordonnance initiale) accordant à l'IFI une protection de trente jours (susceptible d'être prolongée) contre ses créanciers. Autrement dit, l'IFI bénéficie d'une suspension des procédures interdisant aux créanciers d'entreprendre des procédures d'exécution afin de récupérer des dettes existantes. De même, durant cette période, l'IFI peut poursuivre ses activités, payer ses employés et servir ses clients sous la supervision du tribunal dans le but de redevenir une entreprise viable après avoir bénéficié de la protection de la LACC. Cependant, l'ordonnance initiale interdit aussi à l'IFI d'effectuer la plupart des paiements pour rembourser à ses créanciers des prêts ou toute forme de crédit. À cet égard, on se demande si cette suspension de procédure est compatible avec la doctrine islamique. L'ordonnance initiale peut prévoir l'obtention d'un financement de « débiteur exploitant »; ce financement, qui permettra à l'entreprise d'exercer ses activités tout en étant sous la protection de la LACC, aura la priorité par rapport aux autres dettes de l'entreprise. À ce niveau aussi, on se demande si cette manœuvre est compatible avec la doctrine islamique. L'IFI peut présenter un plan de transaction ou d'arrangement<sup>1170</sup> à ses créanciers expliquant la façon dont elle envisage résoudre les problèmes. Ce plan doit être approuvé par un vote représentant au moins deux tiers de la valeur totale des réclamations des créanciers.

---

<sup>1169</sup> Émirats arabes unis, *Loi fédérale n ° 6 de 1985 sur les banques, les institutions financières et les sociétés d'investissement islamiques*, en ligne :

<[https://www.centralbank.ae/index.php?option=com\\_content&view=article&id=142&Itemid=115](https://www.centralbank.ae/index.php?option=com_content&view=article&id=142&Itemid=115)> :« ...Ces banques, institutions et sociétés sont régies par la loi fédérale n ° (10) pour l'année 1980 et la loi fédérale n ° 8 de 1984 et d'autres lois et règlements en vigueur dans le pays, ainsi qu'aux règles coutumières en vigueur - et cela s'applique à tout ce qui ne figure pas expressément dans la présente loi... ».

<sup>1170</sup> La « transaction » prévoit le règlement de certaines sommes dues aux créanciers, tandis que l'« arrangement », de plus grande portée, désigne un plan visant à réorganiser les affaires de l'entreprise.

Ce respect des dispositions étatiques pose certaines interrogations dont on n'a pas de réponses. Par conséquent, on ne peut pas relever les contradictions (convergences ou divergences), contrairement au cas de retard de paiement qui a démontré clairement la contradiction entre la norme étatique et la norme religieuse.

Si on prend un cas concret comme celui de la Malaisie, on trouve que les règles qui encadrent le retard de paiement ont été rédigées avant l'introduction de la FI. The Order 42, Rule 12 of the High Court 1980 et The Order 29 Rule 12 Subordinate Courts Rules 1980<sup>1171</sup> qui remontent aux années 80 stipulent que:

*Interest on judgment debts*

*Every judgment debt shall carry interest at the rate of 4 per centum per annum or at such other rate not exceeding the rate aforesaid as the Court directs\* (unless the rate has been otherwise agreed upon between the parties), such interest to be calculated from the date of judgment until the judgment is satisfied.*

*\*in Subordinate Courts Act, the Rule reads '...as the Court shall direct...'*

Il est prévu que l'intérêt sera calculé à partir de la date de début du procès jusqu'à la date de jugement. Cette règle s'applique à la fois aux IFC et aux IFI. Cette règle ne constitue pas en soi un problème pour les IFI car celles-ci pourraient ne pas le demander ou encore que la cour elle-même ne l'accorde pas. Le vrai problème est que cette pratique encourage les débiteurs à retarder le paiement puisque le montant à payer, maintenant ou dix ans plus tard, reste le même. De même, elle pousse les IFI à augmenter leur marge de taux de profit et à demander plus de garanties à leurs clients. Cela rend les produits de la FI plus chers que leurs homologues conventionnels et les rend inaccessibles aux clients

---

<sup>1171</sup> «The legal framework of the Islamic banking and finance in Malaysia is subject to the Civil law. Since the Federal Constitution has clearly provided that matters pertaining to banking and finance including the Islamic ones lie strictly at the Civil Court, the Shari'a Court has been ousted from hearing the matters. The Ninth Schedule, Item 1, List II – State List of the Federal Constitution has narrowed the jurisdiction of the Shari'a Court to Muslims only. It is further tapered that only Islamic personal laws and certain Islamic criminal laws are given to the Shari'a court. Hence, all cases involving Islamic banking and finance are heard before a Civil judge» In Azam Mohamed, Syed Yusuf and Mahdavi Ardekani, *the Legal Framework of Islamic Banking and Finance in Malaysia and Iran*, Oxford, Islamic Banking, Finance & Commerce Conference, 2012.

peu aisés<sup>1172</sup>. Enfin, il faut signaler que la Malaisie n'était pas le seul pays de l'OCI dont l'ordre juridique étatique est incompatible avec l'ordre juridique religieux en ce qui concerne le retard de paiement<sup>1173</sup>.

#### 4.2.2.3.3 Transformation de la norme juridique étatique

Nous constatons que la normalisation du redressement judiciaire en droit étatique entre en interaction avec la norme islamique. Ceci interpelle l'internormativité. Cette dernière est définie comme « *l'ensemble des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes* »<sup>1174</sup>. L'internormativité est un instrument théorique approprié pour notre sujet traité, il crée un pont entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique religieux<sup>1175</sup>. Guy Rocher donne à l'internormativité une signification juridique : « *fait référence au transfert ou passage d'une norme ou d'une règle qui a été produite ou formulée à l'intérieur d'un système normatif à un autre* »<sup>1176</sup> et une autre sociologique : « *fait référence à la dynamique des contrats, aux rapports de pouvoir et aux modalités d'inter-influence ou d'interaction qui peuvent être observés entre deux ou plusieurs systèmes normatifs* »<sup>1177</sup>.

Nous nous attacherons plus précisément à la première conception de l'internormativité développée par Rocher. Selon lui, l'internormativité se définit par le fait qu'une règle produite ou formulée à l'intérieur d'un système normatif donné se trouve telle quelle, ou

---

<sup>1172</sup> Al Qura-Daghi, « Problématique de paiements tardifs et leur façon de garantie dans les banques islamiques : étude fiqhique de paiement tardif et alternative (en rabe) » *supra* note 1108 à la p 5.

<sup>1173</sup> Voir notamment, Saleh Majid & Faris Lenzen, « Worldwide: Interest And Islamic Banking » (2011) mondaq aux pp 4-10. En Égypte, le Code civil dans son article 226 stipule les pénalités contre le retard de paiement. L'article 171 du Code civil irakien, les articles 227 à 229 du Code civil syrien et les articles 229 à 231 du Code civil libyen ont prévu des dispositions similaires à celles du Code civil égyptien. Dans la même perspective, l'article 110 du Code de commerce koweïtien et l'article 88 du Code de commerce des ÉAU reprennent des formules identiques.

<sup>1174</sup> André-Jean Arnaud et al., (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de France, 1993 aux pp. 313-314.

<sup>1175</sup> Rocher « les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles », *supra* note 127 à la p 26.

<sup>1176</sup> *Ibid* à la p 27.

<sup>1177</sup> Rocher « les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles », *supra* note 127 à la 28 ; Pour sa part, Jean-Guy Belley avance que l'inter normativité peut se concevoir « comme un phénomène de conjonction de deux normativités plutôt que de remplacement de l'une par l'autre ou d'existence simultanée dans des sphères séparées » dans dans Karim Benyekhlef, *une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2015 à la p 830.

à peu près telle quelle, dans un autre ordre normatif<sup>1178</sup>. C'était le cas dans le cadre de l'expérience malaisienne liée au retard de paiement, lorsque le droit malaisien accepte de recevoir une interprétation des normes liées au retard de paiement en droit islamique dans le corpus des règles juridiques. Cette opération de déplacement de la norme nécessite forcément des acteurs intermédiaires « passeurs de normes »<sup>1179</sup> qui appartiennent à la fois à l'ordre juridique étatique, comme le juge Tun Abdul Hamid, et à l'ordre juridique religieux, comme le conseil consultatif de la Shari'a de la banque Negara<sup>1180</sup> (SAC) et le conseil consultatif de la Shari'a de la commission des valeurs<sup>1181</sup>. Ces acteurs ont pour but principal de faire passer la norme de l'ordre juridique islamique à l'ordre juridique malaisien. Ainsi, le juge Tun Abdul Hamid a contribué à cette passation par les articles qu'il a publiés et les conférences auxquelles il a participé.

*«I used to tell them privately that it could be because of the weakness of Islamic banking system or its implementation and those customers were exploiting it. The, on 28 September 2009, i had opportunity to say it publicly »*<sup>1182</sup>

Les conseils de la banque Negara et la commission des valeurs ont aussi contribué par la mise en œuvre de recommandations et la participation à l'encadrement juridique du retard de paiement<sup>1183</sup>. Ce rôle a été joué plus tard par le Comité pour l'harmonisation des lois qui se compose de membres appartenant à l'ordre juridique étatique et à l'ordre normatif religieux et dont la présidence a été attribuée au juge Tun Abdul Hamid<sup>1184</sup>. Le comité a recommandé d'exclure l'application de l'imposition d'intérêts qui existe dans le règlement 42 pour les IFI. Par la suite, cette proposition a été approuvée par le comité des règles et est entrée en vigueur le 1er août 2012.

---

<sup>1178</sup> Rocher, « les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles », *supra* note 127 à la p 27.

<sup>1179</sup> *Ibid* à la p 32.

<sup>1180</sup> La Banque Negara Malaysia est la banque centrale malaisienne.

<sup>1181</sup> Le conseil consultatif de la Charia de la commission des valeurs, en ligne :SC  
<<http://www.sc.com.my/>>.

<sup>1182</sup> Tun Abdul Hamid, « Late payment charge on judgment debts arising from financial transactions in accordance with shariah (Order 42 rule 12A, Rules of Court 2012) » (2012) aux pp 1-2, en ligne: tunabdulhamid<[http://www.tunabdulhamid.my/index.php/speechpaperslectures/item/download/670\\_e4d190fa7094304b46bcb9c37a683a98](http://www.tunabdulhamid.my/index.php/speechpaperslectures/item/download/670_e4d190fa7094304b46bcb9c37a683a98)>.

<sup>1183</sup> Bank Negara Malaysia, « Law Harmonisation Committee Report » (2013) Bank Negara Malaysia aux pp 17-20.

<sup>1184</sup> *Ibid* à la p 6.

En retournant à notre sujet traité, il faut dans un premier temps que les juristes adoptent une *fatwa* sur la restructuration pour qu'on puisse savoir s'il existe une convergence ou une divergence avec les lois étatiques en vigueur. Dans le cas de deuxième hypothèse, la voie d'adapter les IFI dans les différents systèmes juridiques peut être étudiée.

## CONCLUSION CHAPITRE 4

Nous avons, au cours de ce chapitre, discuté les concepts de la restructuration à la lumière de la doctrine islamique et les modes de leur intégration dans les différents systèmes de la FI. Afin de répondre à notre première interrogation, nous avons analysé respectivement, le concept de financement intérimaire, la résiliation de contrat et la cession de contrat. Cette analyse s'est effectuée à la lumière de la doctrine islamique, il s'agissait d'une étude comparative. À travers cet exercice, nous avons pu constater qu'il n'existe pas un équivalent desdits concepts dans la doctrine islamique. La comparaison ne s'est pas arrêtée à ce stade puisque nous avons essayé de trouver des équivalents plus proches ou des principes en vertu desquels l'intégration des concepts de la restructuration judiciaire peut être concrétisée.

Par rapport au financement intérimaire, nous avons distingué entre le financement avec garantie et celui sans garantie. Pour ce dernier, nous nous sommes basés sur le verset qui ordonne le sursis en faveur de la personne en difficulté financière<sup>1185</sup>. Notre lecture présume que le sursis ne se résume pas à faire surseoir les recours contre l'entreprise débitrice mais il vise à donner une possibilité à cette dernière de gérer ses affaires de façon habituelle, y compris le droit de se financer pour payer les frais nécessaires. Ce financement peut faire l'objet d'une approbation judiciaire. Nous avons appuyé nos propos par la position de la doctrine classique qui interdit les créanciers de priver la personne en difficulté financière de faire le commerce<sup>1186</sup>. Nous avons précisé que la quête d'un financement est une opération qui fait partie de la gestion des affaires surtout quand la personne concernée est en difficulté financière.

À propos du financement avec garantie, nous avons suggéré de se baser sur la notion de la nécessité (*darora*) ou le besoin (*al hajah*) et sur la finalité envisagée (*Maqasid Ash Shari'a*). Pour appuyer nos propos, on a démontré que le contrat de location (*ijara*),

---

<sup>1185</sup> Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 280.

<sup>1186</sup> Ibn Qudama, *Almoghni*, *supra* note 153 à la p 291-4 (3463).

contrat *ja'ala* et le contrat de cession de dette (*hawala*) ont été légalisés par l'utilisation de la notion de besoin. On a proposé aussi de mesurer le préjudice causé aux créanciers par rapport aux conséquences du refus du financement et aux avantages de son autorisation.

Concernant la résiliation du contrat, nous avons constaté que la doctrine islamique ne permet la résiliation que dans des cas très rares relatifs à un vice dans l'objet de la location et que le principe de l'événement imprévisible dans les contrats ne peut prévaloir que lorsqu'il entraîne une privation de la jouissance de l'objet loué. Dans cette optique, nous avons proposé la théorie de l'excuse imprévisible de l'école hanafite comme outil important pour l'intégration de la résiliation de contrat dans la doctrine islamique

En ce qui a trait à la cession du contrat, les convergences qui ont eu lieu entre le contrat de cession de dette dans la doctrine islamique et la cession de contrat en droit canadien (sur le consentement du cédé et sur les effets de la cession), nous a poussé de trouver dans l'analogie le moyen pertinent pour faire adopter la cession du contrat en droit islamique.

Dans la deuxième interrogation, nous avons abordé les modes d'intégration des concepts de la restructuration. Nous avons proposé trois modes à savoir : la *fatwa*, la législation et un mode hybride.

Par rapport à la *fatwa*, nous avons constaté qu'il existe des questions qui ont été posées sur la position de la doctrine islamique au redressement des IFI. Malgré la présence des personnes et organismes qui ont l'autorité d'émettre un avis juridique, il n'existe pas présentement de *fatwa* dans le domaine de la restructuration des entreprises.

La législation constitue un autre moyen de faire intégrer les concepts de la réorganisation dans les cadres juridiques étatiques régissant les IFI. L'intégration par voie législative est basée sur l'hypothèse de l'existence d'une *fatwa* ou de plusieurs *fatwas* dans le domaine de la restructuration. Dans le cas de l'absence de ces *fatwas*, nous avons exposé respectivement les limites internes et externes à l'adoption d'une législation dans le domaine de la restructuration spécifique pour les IFI. La limite externe consiste dans l'absence des *fatwas* ou décisions émises par la doctrine islamique contemporaine et le silence de la doctrine classique sur cette nouvelle question. La limite interne se manifeste dans le désintérêt des législateurs dans les pays majoritairement musulmans d'adapter la

FI. Le troisième moyen est la cohabitation entre la norme islamique et la norme étatique en la matière.

## CONCLUSION TITRE II

Nous nous sommes penchés dans notre deuxième titre sur la FI comme une sphère de croisement de la doctrine juridique islamique avec le droit étatique. Notre objectif était de comprendre la relation entre la FI, le droit de la faillite et les concepts de la restructuration, ou plus précisément, l'intersection entre la doctrine juridique islamique et le droit étatique (dans le cadre de FI). À cet effet, nous avons décidé de mener une approche comparative pour comprendre si les concepts de la restructuration peuvent être intégrés dans les différents systèmes de la FI.

Dans le premier chapitre, nous avons traité la renaissance et l'évolution de la FI et les IFI dans leur contexte global et leur contexte canadien. Notre constat est que la FI est un phénomène récent qui a vu le jour dans les années 60 et s'est développé dans les années 2000. Actuellement, sa présence est relativement significative dans soixante pays. Dont quatorze pays de ces derniers, les actifs islamiques représentent plus de 15%. Le contexte canadien est marqué par une présence timide des IFI par rapport au nombre de la communauté musulmane. Une absence d'un encadrement juridique propice le distingue aussi.

Dans leur fonctionnement, les IFI n'ont pas été à l'abri des crises financières qui ont causé leur faillite ou leur insolvabilité. L'analyse de la littérature a démontré que plusieurs IFI ont été liquidées ou restructurées suite à des difficultés financières. Nous avons choisi de faire une étude de cas. Trois affaires ont été traitées à savoir : UM Financial Inc, East Cameron Partners Inc (ECP) et Arcapita.

Les deux premières affaires démontrent que le tribunal a pris en considération le droit islamique à l'encontre de l'arrêt *Shamil Bank v Beximco* ([2004] 4 All ER 1072)<sup>1187</sup> qui a éloigné son application sous prétexte que ce n'est pas un droit étatique. Un autre point important qu'on a relevé est que les produits de la FI peuvent faire l'objet de recouvrements d'intentions divergentes. Les *Sukuks* et la *Moudaraba* illustrent bien cette

---

<sup>1187</sup> *Shamil Bank of Bahrain v Beximco Pharmaceuticals Ltd* [2004] 1 Lloyd's Rep 1 28.

idée. En effet, l'intention de l'ECP a été la recherche d'une opportunité de financement abordable et flexible grâce à laquelle elle pourrait lever les fonds nécessaires pour réaliser ses projets. En revanche, l'intention des détenteurs de *Sukuks* n'a pas été seulement l'investissement de l'argent et la réalisation de profit mais aussi de le faire en conformité à la *Shari'a*. Le même principe a été retenu dans le cas de la *Moudaraba* entre UM Financial Inc et Credit Union Central of Ontario.

Le cas Arcapita a bien clarifié ce recoupement entre les créanciers qui pensaient que l'approbation du plan de restructuration nécessite leur consentement à l'unanimité et Arcapita en tant de débitrice qui croyait que la restructuration en vertu de chapitre 11 de code de faillite américain ne contrarie pas la doctrine islamique. Ceci a posé plusieurs problématiques : le droit d'Arcapita de recourir à la restructuration en droit américain, le droit d'imposer un plan sans l'approbation de l'unanimité des créanciers, le droit d'Arcapita en tant qu'entreprise débitrice d'emprunter de l'argent...

Nous avons démontré que ces problématiques n'ont pas été traitées par les organes chargés de la normalisation de la FI. Ces derniers ont traité la faillite en reportant explicitement le sujet de la restructuration pour une date ultérieure. D'autres se sont contentés de répéter ce qui a été dit dans la doctrine classique ou incité à l'adoption d'une norme dans ce cadre.

Dans le deuxième chapitre, nous avons mené une étude comparative des concepts de la restructuration à la lumière de la doctrine islamique et les modes de leur intégration dans les différents systèmes de la FI.

Dans le premier point, nous avons analysé trois concepts à la lumière de la doctrine islamique : le financement intérimaire, la résiliation de contrat et la cession du contrat. Dans l'absence des équivalents en doctrine islamique, nous avons cherché des concepts similaires ou des principes permettant la réception des concepts de la restructuration judiciaire.

Par rapport au financement intérimaire, nous avons suggéré de revoir la finalité envisagée (*Maqasid A Shari'a*) dans le domaine de la faillite. L'analyse des textes démontre l'existence de deux objectifs : l'accomplissement des engagements et le pardon jusqu'à l'aisance. La première finalité s'inscrit dans le cadre de la règle générale (*'Amm*) et la

deuxième se situe dans le cadre de la règle spéciale (*khass*). La règle spéciale déroge à la règle générale. C'est un principe qui permet d'échapper à cette multitude des normes et de trouver le bon objectif à suivre. En l'occurrence, le principe de l'accomplissement des engagements est un principe général qui s'applique dans tous les domaines de la doctrine islamique, tandis que le principe de la deuxième chance est un principe spécial s'appliquant dans un cas précis au sein du droit de la faillite (celui de la situation de difficulté financière). Autrement dit, même si le principe de l'accomplissement des engagements reste en usage dès qu'il y a une situation de difficulté financière, on devrait, à notre avis, appliquer la règle spéciale, à savoir le principe de la deuxième chance.

Le Coran dit dans ce verset :

*« À celui qui est dans la gêne, accorder un sursis jusqu'à ce qu'il soit dans l'aisance. Mais il est mieux pour vous de faire remise de la dette par charité ! Si vous saviez ! »*<sup>1188</sup>.

Dans le cas de difficulté financière, on devrait accorder un sursis jusqu'à l'aisance. On s'est questionné sur le comment atteindre l'aisance pour que l'entreprise débitrice outre passe sa difficulté. Nous avons suggéré les efforts de l'entreprise débitrice et les mécanismes (prévus par la législation) comme moyens pour atteindre cette situation de l'aisance. Dans la même optique, on s'est interrogé sur l'efficacité d'atteindre l'aisance par le seul fait d'accorder seulement un sursis à l'entreprise en difficulté. Nous avons constaté que les juristes occidentaux ont confronté une interrogation similaire : est-ce que la suspension des procédures contre l'entreprise débitrice est suffisante pour permettre à celle-ci de dépasser ses difficultés ? Les juges ont répondu par la négative. L'absence de mécanismes dans la loi permettant l'accord d'un financement intérimaire n'a pas empêché les juges de se baser sur leur juridiction inhérente et sur l'objectif de la loi de faillite (donner une deuxième chance) pour l'accorder quand même. De ce fait, on a trouvé dans la notion de la nécessité (*darora*) ou le besoin (*al hajah*) et sur la finalité envisagée (*Maqasid Ash Shari'a*) les meilleurs moyens permettant d'accorder un tel financement dans la doctrine islamique.

Dans la même perspective, nous avons proposé la théorie de l'excuse imprévisible de l'école hanafite comme outil important pour l'intégration de la résiliation de contrat dans

---

<sup>1188</sup> Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 280.

la doctrine islamique. De même, nous avons trouvé dans l'analogie le moyen pertinent pour faire adopter la cession de contrat en droit islamique.

Notre deuxième point a été consacré aux modes d'intégration des concepts de la restructuration. Nous avons proposé trois modes à savoir : la *fatwa*, la législation et un mode hybride.

Le test du premier mode (la *fatwa*) a démontré l'existence de questions liées à la position de la doctrine islamique relatives au redressement des IFI. Cependant, les organismes qui ont l'autorité d'émettre un avis juridique n'ont pas fourni de *fatwa* à cet égard.

L'absence de *fatwa* dans le domaine de la restructuration constitue un obstacle pour faire intégrer les concepts de la réorganisation par voie législative. En effet, l'intégration d'une norme par voie législative est basée sur l'existence d'une *fatwa* ou de plusieurs *fatwas* dans le domaine de la restructuration. Dans ce cas, nous avons exposé respectivement les limites internes et externes à cette adoption. La limite externe consiste dans l'absence des *fatwas* ou décisions émises par la doctrine islamique contemporaine. La limite interne se manifeste dans le désintérêt des législateurs dans les pays majoritairement musulmans d'adapter la FI.

Le troisième moyen est la cohabitation entre la norme islamique et la norme étatique en la matière.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

*“These developments indicate a need for increased regulatory clarity and harmonization, closer cooperation between Islamic and conventional financial standard-setters, and further enhancement of tools for effective supervision”<sup>1189</sup>.*  
IMF 2015

Cette citation est au centre de notre réflexion sur le redressement judiciaire des IFI. L’idée précise tout simplement que la continuité du développement de la FI, dont le nombre de pays ayant une importance systémique a augmenté à 13 en 2019<sup>1190</sup>, exige plus de régulation et d’harmonisation des normes qui la régissent. Ce qui a motivé cette réflexion est que l’industrie de la FI opère dans un environnement dont les normes juridiques sont soit absents soit conçus initialement pour la finance conventionnelle<sup>1191</sup>. Ceci est la source de l’intérêt d’établir des régimes d’insolvabilité efficaces pour les IFI.

À la fin de cette thèse et en guise de conclusion générale, nous allons exposer, d’un côté, la démarche entreprise et, d’un autre côté, les contributions et les limites. Pour terminer, il y aura une projection de quelques pistes pour prolonger la réflexion sur des sujets et des problématiques que nous n’avons pu, en tout état de cause, aborder dans le cadre de nos travaux.

---

<sup>1189</sup> Kammer, Norat & Piñón, *supra* note 14 à la p 6. « Ces évolutions indiquent un besoin de davantage, d’harmonisation et de clarté dans la régulation, d’une plus grande coopération entre les personnes chargées d’établir les normes dans la finance islamique et conventionnelle, et d’une amélioration des outils pour une supervision effective »

<sup>1190</sup> IMF 2018, *supra* note 4 à la p 4.

<sup>1191</sup> Kammer, Norat & Piñón, *supra* note 14 à la p 6.

Le but de cette thèse est de mettre l'accent sur l'importance d'établir un régime d'insolvabilité efficace pour les IFI ayant pris une importance systémique dans plusieurs juridictions. La nécessité de ce régime, permettant la communication entre les IFI et les systèmes juridiques dans lesquels elles fonctionnent, est due à l'insuffisance de la clarté de la doctrine islamique sur certaines questions liées au recours des IFI au redressement judiciaire et le fonctionnement de ces institutions dans un environnement conçu initialement pour les institutions conventionnelles<sup>1192</sup>. Nous nous sommes attardés à faire une analyse des concepts de la restructuration en droit canadien à la lumière de la doctrine islamique et les modes de leur intégration dans les différents systèmes de la FI<sup>1193</sup>. Trois concepts jurisprudentiels, codifiés à la fois en la LFI et en la LACC<sup>1194</sup>, ont fait l'objet d'une analyse sur le plan juridique et fiqhique.

La nature de la recherche qui touche à plusieurs ordres juridiques a imposé une étude comparative fondée sur le *pluralisme juridique*<sup>1195</sup>. Elle vise à interroger la doctrine islamique sur les concepts utilisés par les IFI dans leur restructuration judiciaire et à questionner les fondements juridiques de la faillite et du redressement judiciaire à travers les sources fondamentales du Coran et de la Sunna en relation avec le fiqh. En effet, l'utilisation des IFI des concepts de restructuration entraîne des contraintes importantes à celles-ci, puisqu'elles sont soumises à la fois aux dispositions des normes étatique de la faillite et à la doctrine islamique. Cette recherche permet d'éclairer le niveau de la réussite de la restructuration des IFI dans le respect de la législation étatique et de la norme religieuse.

L'intérêt porté à la finance islamique comme une sphère de croisement de la doctrine juridique islamique avec le droit étatique conduit à démontrer l'importance d'un environnement propice au bon fonctionnement des IFI, à avertir les parties prenantes de

---

<sup>1192</sup> Vijay, *supra* note 50 aux pp 4-5.

<sup>1193</sup> Notre thèse s'inscrit dans le prolongement des suggestions qui ont été faites, respectivement, par : Awad & Michael, *supra* note 32 aux pp 999-1000 et McMillen, McMillen, « An Introduction » *supra* note 32 à la p 29.

<sup>1194</sup> *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (L.R.C. (1985), ch. B-3); *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (L.R.C. (1985), ch. C-36)

<sup>1195</sup> Une prise en compte du droit positif/droit étatique, mais dans une perspective éminemment pluraliste.

divergences qui peuvent apparaître en cas de recours des IFI au redressement et à mesurer l'effectivité des concepts de la restructuration et l'influence de la position doctrinale islamique sur leurs application ou utilisation par les IFI<sup>1196</sup>.

Pour saisir cette situation, la démarche retenue se déploie en deux temps. Nous avons vérifié, dans un premier titre, si cet objectif du droit de la faillite était interchangeable ou a connu une évolution dans le temps. Au deuxième titre, nous avons analysé, via une étude comparative, les concepts relatifs à la restructuration à la lumière de la doctrine islamique et les modes de leur intégration dans les différents systèmes de la FI.

Nous nous sommes penchés dans notre premier titre sur la conception de la faillite et de la restructuration à la fois en droit canadien et en droit islamique. Une approche historique dans notre analyse comparative s'est imposée pour comprendre le processus de l'évolution de l'objectif du droit de la faillite et de la restructuration.

Dans le premier chapitre, nous avons mis en évidence l'évolution de l'objectif du droit de la faillite dans une relation dialectique avec deux tendances qui l'ont marqué. La tendance visant à mettre fin à l'emprisonnement pour dette<sup>1197</sup>, l'inauguration de la cession des biens, les concordats préventifs et la libération des faillis par l'ordonnance de 1839<sup>1198</sup> et par la loi adoptée en 1869<sup>1199</sup> et une autre orientation qui vise à vider ces dispositions de leur contenu par la loi de la faillite en 1864<sup>1200</sup> et la loi de 1875<sup>1201</sup>. Cette dernière, la vision qui considère le débiteur comme un criminel et s'oppose aux avantages incitatifs à la cession des biens et aux ententes privées entre commerçants<sup>1202</sup>, a triomphé par l'abrogation de la loi de 1875<sup>1203</sup>.

---

<sup>1196</sup> En ce sens, Kammer, Norat & Piñón, *supra* note 14 à la p 6.

<sup>1197</sup> Kolish, *supra* note 180, à la p 225.

<sup>1198</sup> *Ordonnance concernant les Banqueroutiers et l'administration et la distribution de leurs effets et de leurs biens*, 1839, 2 Vict., ch. 36 ; Bohémier, *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 177 à la p 9 ; Bilodeau, *supra* note 241 à la p 5.

<sup>1199</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30-31 Vict., R-U., c. 3; Bohémier, *supra* note 177 à la p 11.

<sup>1200</sup> *Insolvent Act*, (1864) 27-28 Vict., c. 17.

<sup>1201</sup> Bernier Yves, Laquerre, Bernier, Laquerre et Morin, *supra* note 198 à la p 1-12.

<sup>1202</sup> Beaulieu, *supra* note 181 aux pp 9-10.

<sup>1203</sup> *Insolvent Act*, 38. Vict. c. 16; Bohémier, *supra* note 177 à la p 11.

Par la suite, le vide législatif fédéral créé par l'abolition de la loi de 1875 et l'inefficacité des législations provinciales ont contribué à l'adoption de la loi sur la faillite en 1919<sup>1204</sup>. Cette adoption a tranché et a imposé la vision qui sépare le débiteur honnête du débiteur frauduleux dans le traitement. Ceci a été consolidée par l'adoption de la LACC en 1933 qui a été adoptée initialement pour venir en aide aux entreprises en difficulté affectées par la crise économique de 1929<sup>1205</sup>.

Après avoir outrepassé des menaces d'abolition (LACC 1938) et de restreindre l'accessibilité à la proposition au seul failli au détriment du débiteur insolvable qui sera privé de cette possibilité (LFI en 1923),<sup>1206</sup> la législation canadienne en matière de faillite a réussi (après un développement dans le temps) à mettre en place des mécanismes tels que l'avis de proposition, la proposition en vertu de la LFI et l'arrangement au nom de la LACC. Le dépôt de la proposition ou de l'arrangement permet à l'insolvable-entreprise débitrice de se protéger contre le recours des créanciers, de non-applicabilité du droit de reprendre les marchandises vendues et de bénéficier de l'obligation du fournisseur d'un service public de maintenir le service malgré le fait que des sommes d'argent soient impayées.<sup>1207</sup>

Après avoir exposé les phases qui ont marqué l'évolution du droit de la faillite dans le contexte canadien, nous avons constaté que ce dernier visait à favoriser la réorganisation des entreprises débitrices/insolvables tout en restant silencieux sur certains outils qui contribuaient à la réussite de cette réorganisation<sup>1208</sup>. Ces outils impliquent d'autres parties prenantes comme les créanciers et les contractants de l'entreprise débitrice. Ils permettent, entre autres, le financement temporaire, le droit de résilier des contrats conclus par la personne insolvable ainsi que la capacité de conclure des ventes hors cours normal des affaires.

Nous avons démontré que la jurisprudence canadienne a pris le soin de mettre en œuvre ces concepts dans le but de réaliser l'objectif ultime de la LACC. Cette jurisprudence s'est développée prudemment en instaurant au fur et à mesure des facteurs à prendre en

---

<sup>1204</sup> *Ibid* à la p 13; Bilodeau, *supra* note 241 à la p 8.

<sup>1205</sup> Bernier, Laquerre et Morin, *supra* note 198 à la p 1-23 ; Ferland, *supra* note 235 aux pp 5-6.

<sup>1206</sup> Belanger et Rigaud, *supra* note 221 à la p 13; *Ibid* aux pp 7-8.

<sup>1207</sup> Bilodeau, *supra* note 241 aux pp 212-213.

<sup>1208</sup> Ferland, *supra* note 235 aux pp 5-6.

compte pour autoriser tel concept. Le législateur, après avoir été convaincu que l'approche utilisée veille sur l'intérêt général et sur l'équilibre des toutes les parties prenantes, a codifié lesdits concepts en 2009<sup>1209</sup>.

La jurisprudence canadienne a veillé dans l'application de ces concepts, avant et après leur codification, à équilibrer les intérêts des créanciers et ceux des débiteurs pour l'intérêt général. Les tribunaux accordent ces concepts aux entreprises qui ont des chances de réussite pour se restructurer et ne les autorisent pas aux autres qui n'en ont pas. La protection des intérêts des créanciers et débiteurs est au cœur de décisions des tribunaux canadiens. À cet effet, d'un côté, nous avons cité des affaires où l'autorité judiciaire a reproché au créancier garanti de ne pas se soucier de la viabilité du débiteur et de s'intéresser uniquement à la protection de son intérêt<sup>1210</sup>. De l'autre côté, nous avons exposé d'autres affaires où ces concepts n'ont pas été accordés en raison de l'absence de preuve convaincante que ses avantages dépasseraient clairement le préjudice que pourraient subir les créanciers dont la garantie serait ainsi subordonnée<sup>1211</sup> et sous motif qu'elle induit seulement à rendre la débitrice plus profitable<sup>1212</sup>. Toujours dans le même ordre d'idée, on a présenté une affaire où le tribunal a sollicité des efforts de la part des professionnels afin d'établir les principes de solidarité<sup>1213</sup>.

Il apparaît clairement que le droit canadien tente de préserver la balance entre les intérêts des créanciers et ceux des débiteurs en établissant des facteurs qui encadrent l'octroi de tel ou tel concept de redressement et en veillant à ce que les avantages dépassent clairement le préjudice que pourraient subir les créanciers<sup>1214</sup>.

Nous ne prétendons pas faire une grande contribution à ce niveau d'analyse puisque les travaux de Sarra Janis, Lloyd W Houlden, Geoffrey B. Morawetz, Michael B. Rotsztain, Albert Bohémier, Paul-Émile Bilodeau, Jacques Deslauriers, Denis Brochu et autres ont traité tous les aspects. Notre contribution réside dans la comparaison qui a été faite avec la doctrine islamique. Cette comparaison a porté sur l'objectif du droit de la faillite et son

---

<sup>1209</sup> McElcheran, *supra* note 30 aux pp 10-11.

<sup>1210</sup> *White Birch Paper Holding Company (Arrangement relatif à)*, 2010 QCCS 1176 (CanLII) paras 39-40.

<sup>1211</sup> Il s'agit d'un financement DIP : *MEI Computer Technology Group Inc. (Arrangement relative à)*, J.E. 2005-1009 (C.S).

<sup>1212</sup> Il s'agit d'une résiliation de contrat : *Doman Industries et al, Re*, 2004 BCSC 733 (CanLII).

<sup>1213</sup> *Wendigo Studios inc. (Avis d'intention de)*, 2011 QCCS 2336 (CanLII) para 38.

<sup>1214</sup> Janis Sarra, « Debtor in Possession Financing », *supra* note 301 à la p 337.

ajustement avec le contexte sociétal dans chaque ordre juridique afin de savoir son évolution ou sa régression.

Dans le deuxième chapitre, nous avons abordé les fondements de la doctrine juridique islamique de la faillite afin de déterminer l'objectif ultime en matière de faillite. Nos observations sont effectuées dans le cadre d'absence de normes liées aux situations nouvelles en portant la casquette d'un juriste qui n'empiète pas sur le champ de compétences des jurisconsultes ayant une autorité doctrinale. Notre analyse a essayé d'expliquer l'origine, le fondement et le fonctionnement de redressement judiciaire et ses concepts tels qu'ils ont été conçus dans la tradition juridique occidentale. De même, nous avons traité les textes fondamentaux islamiques d'un côté et la doctrine classique de l'autre côté pour savoir si cette dernière est le fruit d'une application des textes limpides (*qat'i*) ou une interprétation des textes ambigus (*motachabih*) dans un contexte donné (leur propre contexte). Le but est de savoir si la porte est ouverte ou non pour d'autres réflexions propices au contexte contemporain facilitant ainsi l'élaboration d'une norme islamique en matière de restructuration.

L'analyse des textes fondamentaux dans le Coran démontre l'existence de deux objectifs : l'accomplissement des engagements<sup>1215</sup> et le pardon jusqu'à l'aisance<sup>1216</sup>. À cet égard, les textes coraniques liés à la faillite ont abordé quatre notions : la difficulté financière, le sursis, la libération et la remise de dette. Le Coran a instauré le sursis qui est un mécanisme révolutionnaire dans son époque où le débiteur en difficulté bénéficie d'un délai de grâce jusqu'à l'aisance au lieu de risquer l'esclavage ou la persécution. Nous avons démontré que la première finalité s'inscrit dans le cadre de la règle générale (*'amm*) et la deuxième se situe dans le cadre de la règle spéciale (*khass*). Afin d'échapper à cette multitude des normes et de trouver le bon objectif à suivre, nous avons suggéré d'appliquer le principe *Specialia generalibus derogant*. À notre avis, même si le principe de l'accomplissement des engagements reste en usage, dès qu'il y a une situation de

---

<sup>1215</sup> Coran, sourate 5: Al. Maidah (La Table Servie), verset 1.

<sup>1216</sup> Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 280.

difficulté financière, on devrait, appliquer la règle spéciale, à savoir le principe de la deuxième chance.

De son côté, la Sunna contient plusieurs *hadiths* qui plaident pour la deuxième chance. Ces derniers ont une valeur morale et non pas juridique<sup>1217</sup>. Dans son rôle de règles complémentaires, la Sunna a instauré un processus de liquidation dans un cas pratique<sup>1218</sup>. Par ailleurs, il y avait eu trois autres affaires où le prophète a statué en appliquant des notions comme la libération, la remise de dette et le financement de la personne en difficulté financière<sup>1219</sup>. Ces textes laissent une certaine ambiguïté, ils ne sont pas tranchants et ouvrent la porte à plusieurs interprétations. À l'encontre des textes liés à l'héritage qui sont détaillés, le Coran et la Sunna ont institué des principes généraux en la matière et ont laissé un ensemble de possibilités pour la réflexion humaine.

Les fouqahas classiques se sont basés sur ces textes fondamentaux qui représentent la première moitié pour les faire coller à la réalité vivante de l'époque qui représente la deuxième moitié de l'élaboration de normes. Le contexte dans la phase classique démontre que les entreprises ne bénéficient pas de la personnalité morale telle qu'on connaît aujourd'hui et la nature de leurs opérations entraîne des conséquences néfastes sur un nombre limité de personnes. Ainsi, ils ont développé une procédure de la liquidation et ont traité aussi la conciliation dans un cadre extrajudiciaire dans les recueils de *solh*. Les questions relatives au redressement ne faisaient pas partie des discussions des jurisconsultes classiques. Toutefois, le contexte de crise financière (incendies qui ont ravagé de nombreuses propriétés de *waqf* à Istanbul dans l'an 1020), l'existence des institutions dotées de la personnalité juridique (*waqf*) et la nature des opérations de cette institution qui implique plusieurs personnes, ont poussé certains fouqahas classiques à concilier entre l'objectif de la continuité de l'institution dotée de la personne morale et les règles générales des contrats conçus aussi par l'intelligence humaine. Ils ont pris des

---

<sup>1217</sup> Al-Tirmidhi, n° 1306 à la p 3-599 ; Muslim, n°1523-2923 à la p 3-1196; Al-Boukhari, n° 1971 à la p 2-731.

<sup>1218</sup> Al-Bayhaqi, n° 10958, à la p 6-48 ;

<sup>1219</sup> Ibn Hanbal, *Musnad*, *supra* note 549 n° 15063, à la 3-423; Al-Boukhari, n°2286; Muslim, *Le sahih de muslim*, *supra* note 561 à la p 334.

mesures exceptionnelles aux règles générales dans un seul objectif, celui de garder la continuité de cette institution<sup>1220</sup>.

Après cette analyse historique, nous affirmons que le contexte économique et l'absence ou la présence de la personne morale étaient, selon nous, deux facteurs qui ont déterminé l'objectif de la doctrine classique de la faillite. En revanche, la doctrine contemporaine (les organes chargés de la normalisation de la FI) a délaissé le sujet de la restructuration pour une date ultérieure (OCI), s'est contentée de répéter ce qui a été dit dans la doctrine classique (AAOIFI) ou incité à adopter une norme dans ce cadre (IFSB)<sup>1221</sup>. À notre avis, il existe dans ces normes deux points positifs qui peuvent enrichir les discussions futures dans ce domaine. Le premier revient à l'OCI qui a incité à prendre en compte la coutume dans la détermination de la notion de la difficulté financière. C'est un début qui peut faire basculer la notion classique de *mo'sir* (qui est une personne se trouvant dans l'impossibilité de faire face à ses obligations) pour s'aligner avec la notion de l'entreprise en difficulté (qui est une entité dont l'accomplissement des engagements n'est pas impossible, mais peut lui causer un préjudice grave). Le deuxième débouche du travail de l'AAOIFI qui a instauré la distinction entre la réclamation judiciaire et la réclamation morale en libérant le failli de la différence entre le montant saisi et le montant dû selon une règle de droit (*qada'an*) tout en restant redevable d'un point de vue moral (*diyanatan*).

À la fin de ce premier titre, nous avons constaté que la conception de la faillite en droit canadien a été marquée par l'aspect évolutionniste dans lequel la jurisprudence et la doctrine ont joué un rôle important à l'ajustement de l'objectif du droit de la faillite au contexte sociétal tout en tentant de préserver l'intérêt des créanciers, des débiteurs et l'intérêt général (maintien de l'emploi, des activités sociales ...). À l'encontre de la

---

<sup>1220</sup> Nazih Hammad, *supra* note 625 à la p 252.

<sup>1221</sup> OCI, Décision 186 (1/20)/ AIF de l'académie du 18 Septembre 2012 relative à l'insolvabilité et la faillite [2012], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2343.html>> ; OCI, Décision 218 (2/23)/ AIF de l'académie du 1 Novembre 2018 relative à l'insolvabilité et la faillite [2018], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2343.html>>; AAOIFI, Standard (Shari'a) no. 43 : al-Iflas (La faillite), aux pp 15-26; IFSB, Recovery, resolution and insolvency issues for institutions offering islamic financial services, à la p 27, 2017, IFSB working paper series.

vision étatique occidentale, le droit islamique de la faillite a connu une régression puisque les textes fondamentaux (Coran et sunna) plaident plus pour la deuxième chance et révèlent certains concepts facilitant la restructuration tels que la suspension des procédures, la remise de dette, la libération et la cession de dette. Les doctrines classique et contemporaine ont fixé toute leur réflexion sur le volet de la liquidation qui est une doctrine égale et comparable aux dispositions occidentales en la matière<sup>1222</sup>.

À l'exception de certaines réflexions liées à la difficulté financière du *waqf*, les fouqahas n'ont pas développé une doctrine dans le sens de la deuxième chance.

Notre premier chapitre du deuxième titre a analysé trois affaires impliquant des IFI en matière de faillite et de restructuration (Um Financial au Canada, ECP et Arcapita aux États-Unis)<sup>1223</sup>. Notre contribution a été, d'une part, de traiter ces cas en langue française et, d'autre part, d'apporter une analyse juridique et non financière ou économique. Nous avons démontré que les trois cas reflètent un recoupement entre deux d'intentions différentes, l'intention de l'ECP qui cherche une opportunité de financement abordable et flexible grâce à laquelle elle pourrait lever les fonds nécessaires pour réaliser ses projets et l'intention des détenteurs de *Sukuks* qui n'ont pas seulement visé l'investissement de l'argent et la réalisation de profit mais aussi de le faire en conformité à la *Shari'a*. Le même principe a été retenu dans le cas de la *Moudaraba* entre UM Financial Inc et Credit Union Central of Ontario. Le cas Arcapita a bien clarifié aussi ce recoupement entre les créanciers qui pensaient que l'approbation du plan de restructuration nécessite leur consentement à l'unanimité et Arcapita, en tant que débitrice, qui croyait que la restructuration en vertu du chapitre 11 du code de la faillite américain ne contrarie pas la doctrine islamique.

Par ailleurs, nous avons mis l'accent sur les problèmes juridiques causés par la différence entre les *Sukuks* et les obligations conventionnelles (ECP), la *Moudaraba* et la société en commandite (Um Financial) et la divergence de compréhension résultante de

---

<sup>1222</sup> Awad & Michael, *supra* note 32 à la p 999. « Above all, the treatment of a muflis under classical Islamic law is strongly analogous to the traditional civil and common law treatment of bankrupts prior to the enactment of Chapter 11 of the U.S. Bankruptcy Code in 1978 ».

<sup>1223</sup> *R. v. Kalair and Panchbhaya*, 2019 ONSC 3471 (CanLII); *In re: arcapita bank b.s.c.(c), et al., debtors*. Case No. 12-11076 (SHL).

l'insuffisance de la clarté de la norme islamique relative au redressement judiciaire dans le cas (Arcapita). Enfin, nous avons relevé un point important : le tribunal, dans l'affaire UM Financial et l'affaire ECP, a pris en considération la doctrine islamique en matière financière à l'encontre de l'arrêt *Shamil Bank v Beximco*<sup>1224</sup> qui a éloigné son application sous prétexte que ce n'est pas un droit étatique.

Dans le deuxième chapitre du deuxième titre, nous avons mis trois concepts de restructuration (le financement intérimaire, la résiliation de contrat et la cession de contrat) à l'épreuve de la doctrine islamique. Nous avons proposé des solutions à adopter en cas d'absence de concepts équivalents en droit islamique.

Ainsi, par rapport au financement intérimaire, on s'est basé sur le verset qui ordonne le sursis en faveur de la personne en difficulté financière<sup>1225</sup>. Notre lecture présume que le sursis ne se résume pas à faire surseoir les recours contre l'entreprise débitrice mais il vise à donner une possibilité à cette dernière de gérer ses affaires de façon habituelle, y compris le droit de se financer pour payer les frais nécessaires. Nous avons appuyé nos propos par la position de la doctrine classique qui interdit les créanciers de priver la personne en difficulté financière de faire le commerce<sup>1226</sup>. Nous avons précisé que la quête d'un financement est une opération qui fait partie de la gestion des affaires surtout quand la personne concernée est en difficulté financière. À propos du financement avec garantie, nous avons suggéré de se baser sur la notion de la nécessité (*darora*) ou le besoin (*Al hajah*) et sur les finalités envisagées (*Maqasid Ash Shari'a*)<sup>1227</sup>. Pour appuyer nos propos, on a démontré que le contrat de location (*ijara*), contrat *ja'ala* et le contrat de cession de dette (*hawala*) ont été légalisés par l'utilisation de la notion du besoin<sup>1228</sup>. On a proposé aussi de mesurer le préjudice causé aux créanciers par rapport aux conséquences du refus du financement et aux avantages de son autorisation.

---

<sup>1224</sup> *Shamil Bank of Bahrain v Beximco Pharmaceuticals Ltd* [2004] 1 Lloyd's Rep 1 28.

<sup>1225</sup> Coran, sourate 2 : Al. Baqarah (La Vache), verset 280.

<sup>1226</sup> Ibn Qudama, *Almoghni*, supra note 153 à la p 291-4 (3463).

<sup>1227</sup> Kamali, Mohammad Hashim, « Actualization (Taf'il) of the Higher Purposes (Maqasid) of Shariah » (2020) International Institute of Islamic Thought.

<sup>1228</sup> Al Mardawi, *Al Insaf*, supra note 153 à la p 6-3; Ministère des Awqaf et des affaires islamiques au Koweït, supra note 1003 à la p 256.

Concernant la résiliation du contrat, dans la mesure où celle-ci n'est possible que dans des cas très rares relatifs à un vice dans l'objet de la location et que le principe de l'événement imprévisible dans les contrats ne peut prévaloir que lorsqu'il entraîne une privation de la jouissance de l'objet loué, nous avons proposé la théorie de *l'excuse imprévisible* de l'école hanafite comme outil important pour l'intégration de la résiliation du contrat dans la doctrine islamique.

En ce qui a trait à la cession du contrat, les convergences entre le contrat de cession de dette dans la doctrine islamique et la cession de contrat en droit canadien (sur le consentement du cédé et sur les effets de la cession), nous a poussé de trouver dans l'analogie le moyen pertinent pour faire adopter la cession du contrat en droit islamique.

Notre quatrième apport consiste dans le fait d'aborder les modes d'intégration des concepts de la restructuration. Nous avons proposé trois modes d'intégration : la *fatwa*, la législation et un mode hybride.

Par rapport à la *fatwa*, nous avons proposé d'émettre des *fatwas* afin d'éclairer tous les acteurs de la FI sur les effets juridiques en cas de redressement des IFI. Nous avons suggéré une prise de position individuelle de la part des jurisconsultes contemporains afin de faire bouger le *statut quo* (l'absence des normes en ce qui concerne le redressement des IFI). La divergence dans les points de vue peut pousser les organisations internationales chargées de la normalisation de la FI à mettre en œuvre des décisions dans ce domaine. Enfin, une fois la norme est adoptée, une législation étatique peut être envisagée.

La législation constitue un autre moyen de faire intégrer les concepts de la réorganisation dans les cadres juridiques étatiques régissant les IFI. L'intégration par voie législative est basée sur l'hypothèse de l'existence d'une *fatwa* ou de plusieurs *fatwas* dans le domaine de la restructuration. Dans le cas de l'absence de ces *fatwas*, nous avons exposé respectivement les limites internes et externes à l'adoption d'une législation dans le domaine de la restructuration spécifique pour les IFI. La limite externe consiste dans l'absence des *fatwas* ou décisions émises par la doctrine islamique contemporaine et le silence de la doctrine classique sur cette nouvelle question. La limite interne se manifeste dans le désintérêt des législateurs dans les pays majoritairement musulmans d'adapter la

FI. Le troisième moyen est la cohabitation entre la norme islamique et la norme étatique en la matière.

À la fin de ce deuxième titre, nous constatons que l'analyse des trois cas consacre notre inquiétude quant à l'absence ou l'insuffisance de la clarté de la position de la doctrine islamique sur des questions liées au redressement judiciaire. De même, l'analyse des concepts de la restructuration à la lumière de la doctrine islamique a permis de constater l'inexistence de leurs équivalents dans la doctrine islamique et la présence d'autres concepts permettant leur incorporation dans la doctrine islamique.

Cette recherche constitue, à notre opinion, la première phase d'une recherche de plus grande envergure, celle de la vérification de l'adaptabilité des dispositions étatiques aux restructurations des IFI. En revanche, compte tenu des contraintes de forme et de fond propres à toute thèse de doctorat, nous n'avons pas pu analyser tous les concepts liés à la restructuration. À titre d'exemple, nous n'avons pas analysé le concept de la décharge et nous n'avons pas traité non plus la vente des biens hors du cours normal des affaires. Et après ?

À la lumière de ces limites, les futurs chercheurs et les futures chercheuses auront l'opportunité de trouver la façon d'analyser les concepts de la restructuration qu'on n'a pas pu étudier ou traiter de façon approfondie. À ce titre, nous formulons les quelques pistes suivantes afin de prolonger et de poursuivre la réflexion.

Pour les jurisconsultes, nous suggérons de traiter :

- Le sursis dans le Coran entre la position des exégètes et celle des fouqahas classiques.

En effet, les exégètes ont interprété unanimement, d'après nos connaissances<sup>1229</sup>, le verset 281 sourate 2 par une obligation d'accorder un sursis au débiteur en difficulté financière (*mo'sir*) alors que les jurisconsultes ont divergé sur ce point. Il serait intéressant de connaître la cause de cette divergence.

---

<sup>1229</sup> *Supra* note 531.

- Les actes du prophète en matière de faillite sont classés dans le cadre du pouvoir exécutif, législatif ou s'agit-il de *fatwa* (avis juridique) ?

En effet, le prophète a statué en plusieurs affaires en appliquant des concepts susceptibles d'être qualifiés de concepts de restructuration : la remise de dette, le financement de la personne en difficulté, la libération et le paiement anticipé. Diverses interprétations ont été tirées de ces affaires à cause de leur ambiguïté. Dans la même ligne de l'analyse de Shihab al-Din al-Qarafi dans son ouvrage *Al-Furooq* qui a traité la distinction entre les pouvoirs exercés par le prophète, la détermination du pouvoir exercé par ce dernier en matière de faillite pourrait aider au développement d'une doctrine propice au contexte actuel<sup>1230</sup>.

- Le rôle de *maqasid Shari'a* dans l'élaboration de normes contemporaines en matière de faillite et restructuration.

Beaucoup de critiques ont été adressées à la FI en raison de son éloignement de l'esprit de *Shari'a*. L'accent est mis sur l'application de règles du fiqh de manière formaliste bien souvent au détriment de leurs objectifs. Pour cette raison, une recherche sur une approche basée sur les finalités (*maqasid Shari'a*) est un bon point pour surmonter les lacunes de ce littéralisme fiqhique dans les pratiques de la FI<sup>1231</sup>.

- La doctrine classique (la norme islamique) en matière de faillite est-t-elle l'œuvre de la réflexion humaine ou de textes définitifs (*nass qat'i*) ?

La réponse à cette question est primordiale pour l'essor de développement d'une doctrine en matière de faillite. S'il s'agit des textes comportant des principes généraux, les juristes auront une grande marge de manœuvre pour développer une doctrine en matière de faillite. Le cas contraire, c'est-à-dire si on est en face des textes définitifs et détaillés (*qat'iyah*) cette marge rétrécit.

Pour les juristes, nous suggérons d'analyser :

- La théorie de l'excuse imprévisible de l'école hanafite et la résiliation de contrats dans le domaine de la restructuration.

<sup>1230</sup> Al-Qarafi Abi al-'Abbas Ahmad ibn Idriss al-Maliki, *Al-Furooq*, le Caire, Alam Al Kotob. -.

<sup>1231</sup> En ce sens : Kamali, Mohammad Hashim, « Actualization (Taf'il) of the Higher Purposes (Maqasid) of Shariah », (2020) International Institute of Islamic Thought.

La théorie de l'excuse imprévisible est un concept utilisé dans la doctrine islamique, mais il est utilisé de façon plus large par l'école hanafite. On a proposé cette théorie comme moyen d'intégration de la résiliation de contrat en cas de difficulté financière dans la doctrine islamique. Ceci peut être une bonne piste d'approfondissement.

- La remise de dette est un concept peu traité dans la tradition juridique islamique occidentale.

À l'image du travail colossal de Nathalie Picod, on voudrait bien avoir un travail équivalent en doctrine islamique. Il nous semble que l'analyse de la décharge (concept de restructuration) à la lumière de la notion de *Isqat* en doctrine islamique sera une bonne piste à cet égard.

- La vente des biens hors du cours normal des affaires.
- La *zakat* comme moyen de financement des entreprises en difficulté.

Les endettés (*al gahrimin*) est une catégorie des bénéficiaires de la *zakat*. Est que l'entreprise en tant que personne morale peut bénéficier de ce moyen de financement en cas de difficulté financière. On a traité ce point d'une façon large, à notre point de vue un approfondissement serai le bienvenu.

En définitive, cette recherche s'ajoute à la littérature scientifique portant sur la faillite et le redressement des IFI. Elle nous permet de constater qu'une étude comparative est possible et profitable afin d'identifier des solutions pour un meilleur régime de faillite et de restructuration des IFI. Les projets de recherche connexes pourront, à la lumière des pistes de réflexion que nous avons formulées, permettre à d'autres chercheurs de relever d'autres points aidant à l'élaboration d'une norme islamique en matière de restructuration et d'adapter les législations étatiques pour un bon fonctionnement des IFI.

## ANNEXE : PRÉSENTATION SOMMAIRE DES ÉCOLES JURIDIQUES SUNNITES

Le *Fiqh*, communément traduit par droit musulman (ou Shari'a ou droit islamique), s'est constitué aux premiers siècles de la Révélation, entre le 7<sup>e</sup> et le 10<sup>e</sup> siècle de l'ère chrétienne. Il met en place un ensemble de règles, de comportements et d'actions humaines (divisées entre l'obligatoire (*fardh*), le recommandé (*mandub*), le licite (*mubah*), le désapprouvé (*makruh*) et l'interdit (*haram*)) pour répondre aux cas conjoncturels et parfois hypothétiques.

Cette discipline se subdivise en *Usul* (sources) et *Furu'u* (ramifications) du droit. Elle s'institutionnalise avec les écoles juridiques et reconnaît deux sources de droit : le Coran et la Sunna. Afin de couvrir les cas non traités par ces sources, des sources secondaires sont apparues. Les écoles juridiques ou *madhahib* représentent les opinions admises soit par consensus (*ijmaa*) soit par analogie (*qiyas*). À cela, on a ajouté le jugement personnel fondé sur l'utilité publique ou la préférence du juriste orienté vers le bien ainsi que le droit coutumier.

Ces sources nécessitent de les aborder à travers l'*ijtihad* ou l'effort personnel du jurisconsulte. -Il faut savoir que l'effort intellectuel qui a donné naissance à des opinions doctrinales est rattaché à l'une des écoles qui porte le nom de son fondateur

Le tableau, ci-après, récapitule les principales caractéristiques des quatre plus grands *madhahibs* sunnites.

<b>Caractéristiques</b>	<b>Hanafisme</b>	<b>Malikisme</b>
<b>Fondateur</b>	Nu'man ibn Thabit Ibn Zuta Ibn Marzuban dit Abou Hanifa (koufa en Irak au 8 <sup>e</sup> siècle)	Malik Ibn Anas (Médine dans la Péninsule arabique au 8 <sup>e</sup> siècle)
<b>Disciples</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Abou Youssef</li> <li>• Shaybani</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sahnun Ibn Saïd Ar-Tanûkhi</li> </ul>
<b>Ouvrages</b>		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Al Muwatta</li> <li>• Al-Mudawanah</li> </ul>
<b>Doctrine</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Raisonnement par analogie.</li> <li>• Réflexion rationnelle dans la recherche de solutions dans l'intérêt général.</li> <li>• Interprétation personnelle des jurists.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Privilégie les hadiths</li> <li>• Recherche l'intérêt général dans le respect des hadiths et du Coran.</li> <li>• Retient le consensus et le jugement personnel des jurisconsultes.</li> <li>• Inclut le droit coutumier et le principe de l'utilité publique</li> </ul>
<b>Influence</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Inspiré par la pensée grecque,</li> <li>• L'école retient l'analogie par syllogisme et</li> <li>• Recherche le motif de l'interdit pour étendre l'interdit à d'autres domaines</li> </ul>	
<b>Implantation territoriale</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• L'école a caractérisé l'Empire ottoman et particulièrement les pays du Moyen-Orient, de l'Asie centrale, de l'Inde et de la Chine.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Andalousie musulmane,</li> <li>• Haute-Égypte,</li> <li>• Afrique du Nord</li> <li>• Afrique Sub-Saharienne</li> </ul>

<b>Caractéristiques</b>	<b>Chafiisme</b>	<b>Hanbalisme</b>
<b>Fondateur</b>	Abu Abdullah Muhammad bin Idris ash-Shafi'i (Médine à la fin du 8 <sup>e</sup> siècle)	Ahmed Abou Hanbal (Bagdad 8 <sup>e</sup> siècle)
<b>Disciples</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Al-Maradi</li> <li>• Al-Buwayti</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ibn Taymiyya</li> <li>• Ibn Qayyim al-Jawziyya</li> </ul> Leurs pensées ont contribué au fondement du wahhabisme.
<b>Ouvrages</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Al Rissala</li> <li>• Kitâb Al-Umm</li> </ul>	
<b>Doctrine</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Combinaison des deux précédentes écoles.</li> <li>• Il rejette la recherche du motif et le jugement personnel.</li> <li>• Se base sur le Coran, les hadiths et le consensus de la communauté.</li> <li>• À défaut, il retient le raisonnement par analogie et la réflexion personnelle du juriste</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• S'oppose aux trois précédentes écoles, et notamment aux Mu'tazilites</li> <li>• Lecture littérale du Coran</li> <li>• Rejette le raisonnement par analogie</li> <li>• Retient le consensus des compagnons du prophète</li> </ul>
<b>Influence</b>		
<b>Implantation territoriale</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Basse-Égypte,</li> <li>• Proche-Orient,</li> <li>• Afrique orientale,</li> <li>• Indonésie</li> <li>• Malaisie</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Arabie Saoudite</li> </ul>



# BIBLIOGRAPHIE

## 1. DOCUMENTATION INTERNATIONALE

### 1.1. Jurisprudence internationale

*Affaire Montijo* (1875), 353, 429, 487.

*Georges Pinson (France) v. United Mexican States* 19 October 1928.

C.P.J.I, Avis consultatif du 4 février 1932, *Traitement des nationaux aux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*.

C.J.C.E., l'affaire 6-64 du 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L., Rec.*, 1964, p.1160.

C.J.C.E., l'affaire 26/62 du 5 février 1963, *Van Gend en Loos*.

### 1.2. Résolutions des organisations internationales

Banque Mondiale, *principes régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers* (2005) n° 48166 vol 1, en ligne :

<<http://documents.banquemondiale.org/curated/fr/759161469672200032/pdf/481660WP0FINAL10Box338887B01PUBLIC1.pdf>>.

CNUDCI, *le guide législatif sur le droit de l'insolvabilité*, (2005) en ligne :

<[https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/05-80723\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/05-80723_Ebook.pdf)>.

FMI, *Pour des procédures d'insolvabilité ordonnées et efficaces*, (2000) en ligne : FMI

<<http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/fre/>>.

Règlement UE, Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 *relatif aux procédures d'insolvabilités transnationales* (refonte) [2015] J.O. L 141/19 p. 19-72.

Règlements CE, Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 *relatif aux procédures d'insolvabilité* [2000] J.O. L 160 p. 0001-0018.

Règlement UE, Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 *relatif aux procédures d'insolvabilités transnationales* (refonte) [2015] J.O. L 141/19 p. 19-72.

Règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 *portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (texte codifié).

AAOIFI, Standard (Comptabilité financière) no. 2 : (Murabaha et Mourabaha à l'achat Client).

AAOIFI, Standard (Comptabilité financière) no. 3: (Financement Mudaraba).

AAOIFI, Standard (Shari'a) no. 3: (L'atermoyeur).

AAOIFI, Standard (Comptabilité financière) no. 4: (Financement Musharaka).

AAOIFI, Standard (Gouvernance)no. 7 : cession de dette-créance (Hawala).

AAOIFI, Standard (Shari'a) no. 17: Sukuks d'investissement.

AAOIFI, Standard (Comptabilité financière) no. 33 : investissement dans les Sukuks, actions et instruments similaires.

AAOIFI, Standard (Shari'a) no. 43: al-Iflas (La faillite).

IFSB, *Recovery, resolution and insolvency issues for institutions offering islamic financial services*, à la p 27, 2017, IFSB working paper series.

IFSB, *capital adequacy requirements for sukuk, securitisations and real estate investment*, 2009.

OCI, Décision 10 (10/2)/ AIF de l'académie du 28 Décembre 1985 *relative aux pratiques bancaires de l'intérêt et les banques islamiques* [1985], Magazine de l'académie, n.2, c.2, p 735 et 813.

OCI, Décision 30 (3/4)/ AIF de l'académie du 11 février 1988 *relative aux obligations Muqarada et les obligations d'investissement* [2009], en ligne : AIF <<https://www.iifa-aifi.org/en/7648.html>>.

OCI, Décision 51 (2/6)/ AIF de l'académie du 20 Mars 1990 *relative à la vente à tempérament* [1990], Magazine de l'académie, n.6, c.1, p 193.

OCI, Décision 130 (4/14)/ AIF de l'académie du 16 Janvier 2003 *relative aux sociétés modernes : sociétés de portefeuille et autres et les dispositions de la légitimité de point de vue islamique* [2003], en ligne : AIF <<https://iifa-aifi.org/fr/33524.html>>.

OCI, Décision 133 (7/14)/ AIF de l'académie du 16 Janvier 2003 *relative à la problématique liées aux retards de paiement dans les institutions financières islamiques* [2003], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2131.html>>.

OCI, Décision 153 (2/17)/ AIF de l'académie du 24-26 Juin 2006 *relative à l'émission des fatwa : règles et conditions* [2006], en ligne : AIF <<https://www.iifa-aifi.org/ar/2203.html>>.

OCI, Décision 178 (4/19)/ AIF de l'académie du 30 Avril 2009 *relative aux Sukuks* [2009], en ligne : AIF <<https://www.iifa-aifi.org/fr/7035.html>>.

OCI, Décision 186 (1/20)/ AIF de l'académie du 18 Septembre 2012 *relative à l'insolvabilité et la faillite* [2012], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2343.html>>.

OCI, Décision 188 (3/20)/ AIF de l'académie du 18 septembre 2012 *relative à la continuité du sujet de sukuk islamique* [2012], en ligne : AIF <<https://iifa-aifi.org/ar/2348.html>>.

OCI, Décision 218 (2/23)/ AIF de l'académie du 1 Novembre 2018 *relative à l'insolvabilité et la faillite* [2018], en ligne : AIF <<http://www.iifa-aifi.org/2343.html>>.

*Convention de Vienne sur le Statut des traités*, 22 mai 1969, 1155 RTNU 331, Nations Unies: Collection des traités, en ligne : <<http://treaties.un.org/Pages/UNTSONline.aspx?id=1&clang=fr>>.

### 1.3. Publications internationales

IFSB, *IFSI Stability Report 2022/1*, Kuala Lumpur, IFSB, 2022, à la p 12 [IFSB], en ligne : IFSB <<https://www.ifsb.org/sec03.php>>.

IMF, *IF.I Islamic Finance in the National Accounts and External Sector Statistics*, IMF, 2022 à la p 3, en ligne : IMF <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2022/pdf/38/22-14.pdf>>.

IMF, *The core principles for islamic finance regulations and assessment methodology*, IMF, 2018 à la p 4, en ligne : IMF <<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2018/05/24/pp040618the-core-principles-for-islamic-finance-regulations-and-assessment-methodology>>.

World Bank, *Doing business 2017: equal opportunity for all – Saudi Arabia*, Report Number 109941, Vol n 1, Working Paper (2017), en ligne: World Bank <<http://www.doingbusiness.org/~media/wbg/doingbusiness/documents/profiles/country/sau.pdf>>.

World Bank, *Doing business 2017: equal opportunity for all - Kuwait*, Report Number 109908, Vol n 1, Working Paper (2017), en ligne: World Bank <<http://www.doingbusiness.org/~media/wbg/doingbusiness/documents/profiles/country/kwt.pdf>>.

World Bank, *Doing business 2017: equal opportunity for all - Bahrain*, Report Number 109645, Vol n 1, Working Paper (2017), en ligne: World Bank <<http://www.doingbusiness.org/~media/wbg/doingbusiness/documents/profiles/country/bhr.pdf>>.

World Bank, *Doing business 2017: equal opportunity for all - Oman*, Report Number 109926, Vol n 1, Working Paper (2017), en ligne: World Bank <<http://www.doingbusiness.org/~media/wbg/doingbusiness/documents/profiles/country/omn.pdf>>.

World Bank, *Doing business 2017: equal opportunity for all - United Arab Emirates*, Report Number 109910, Vol n 1, Working Paper (2017), en ligne: World Bank <<http://documents.worldbank.org/curated/en/214281478691757613/pdf/110008-WP-DB17-PUBLIC-United-Arab-Emirates.pdf>>.

World Bank, *Doing business 2017: equal opportunity for all - Qatar*, Report Number 109910, Vol n 1, Working Paper (2017), en ligne: World Bank <<http://www.doingbusiness.org/~media/wbg/doingbusiness/documents/profiles/country/omn.pdf>>.

World Bank, *Hawkamah/World Bank/OECD/INSOL international: survey on insolvency systems in the Middle East and North Africa*, Report Number 57030, Vol n 1, Working Paper (2009) à la p 4, en ligne: World : <<http://documents.worldbank.org/curated/en/800201468052730159/pdf/570300WP0MENA010Box353744B01public1.pdf>>.

The World Bank, *Doing Business 2014 Regional Profile: Middle East and North Africa (MENA) 84–90* (2013).

Organisation of Islamic cooperation SESRIC, « Islamic Finance in OIC Member Countries » (2012) aux pp 4-5, en ligne: SESRIC <<http://www.sesric.org/files/article/450.pdf>>.

## 2. DOCUMENTATION NATIONALE

### 2.1. Législation nationale

#### 2.1.1. Canada

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30-31 Vict., R-U., c. 3.  
*Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (L.R.C. (1985), ch. B-3).  
*Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (L.R.C. (1985), ch. C-36).  
*Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* (L.C. 1997, ch. 21).  
*Loi sur les liquidations et les restructurations* (L.R.C. (1985), ch. W-11).  
*Loi no 2 d'exécution du budget de 2018* (L.C. 2018, ch. 27).  
*Ordonnance concernant les Banqueroutiers et l'administration et la distribution de leurs effets et de leurs biens*, 1839, 2 Vict., ch. 36.  
*Insolvent Act*, (1864) 27-28 Vict., c. 17.  
*Insolvent Act*, 38. Vict. c. 16.  
*Insolvent Act*, 7 Vict., c. 10.  
*Insolvent Act*, 12 Vict., c. 42.  
*Insolvent Act*, 44 Vict., c. 27.  
*An Act respecting the relief of Insolvent Debtors*, 22 Vict., c. 96.  
*An Act respecting insolvency: l'acte de faillite* 32-33 Vict., c. XVI.  
*Acte des liquidations (Winding up Act)*, S.C. 1882, c. 23 et S.R.C. 1886, c. 129, modifié par *Acte modifiant « l'Acte des liquidations »*, 1889 (*Winding up Amendment Act*, 1889), S.C. 1889, c. 32.  
*An Act Respecting Assignments and Preferences by Insolvent Persons*.  
*Bankruptcy Act*, (919) 9-10 Geo. V, c. 36.  
*The Bankruptcy Act*, (1949) 13 Geo VI, C. 7.  
*Code criminel* (L.R.C. (1985), ch. C-46).  
*Builders Lien Act*, R.S.B.C. 1996, c. 41, s. 11.  
Québec : *Loi sur les coopératives* (RLRQ, C. C-67.2).  
Ville de Montréal, Règlement 16-051, Règlement interdisant la distribution de certains sacs d'emplettes dans les commerces de détail, en ligne :  
<<http://ville.montreal.qc.ca/sel/sypre-consultation/afficherpdf?idDoc=27529&typeDoc=1>>.  
Canada, *Débats de la chambre des communes*, 1932-1933, 4<sup>e</sup> session, 17<sup>e</sup> Parlement, vol. 4, p 4063-4064.  
<[https://publications.gc.ca/collections/collection\\_2021/ised-ised/RG62-1-1970-fra.pdf](https://publications.gc.ca/collections/collection_2021/ised-ised/RG62-1-1970-fra.pdf)>.  
Gouvernement du Canada, Statistiques sur l'insolvabilité au Canada — 2021 (Tableaux 3, 3a et 3b).

#### 2.1.2. Bahreïn

Bahreïn, *Loi n° (22) de 2018 Promulgation de la loi sur la réorganisation et la faillite*, art 78-81, en ligne <<https://bahrainbusinesslaws.com/arabic-laws/Reorganization-and-Bankruptcy-Law>>.

#### 2.1.3. Émirats arabes unis

ÉAU, *Décret-loi fédérale n° 6 de 2016 sur la faillite*, en ligne : <<https://www.mof.gov.ae/Ar/lawsAndPolitics/govLaws/Documents/FederalBankruptcy.pdf>>.

ÉAU, *Décret-loi Fédéral No 9 du 2016, J.O., 29 septembre 2016, N 604, (relatif aux faillites)*, art 28 en ligne : <<https://www.mof.gov.ae/Ar/lawsAndPolitics/govLaws/Documents/FederalBankruptcy.pdf>>.

ÉAU, *Loi fédérale n° 6 de 1985 sur les banques, les institutions financières et les sociétés d'investissement islamiques*, en ligne : <[https://www.centralbank.ae/index.php?option=com\\_content&view=article&id=142&Itemid=115](https://www.centralbank.ae/index.php?option=com_content&view=article&id=142&Itemid=115)>.

Dubai International Financial Centre (DIFC), *Law No.7 of 2004 (the 'Insolvency Law')*, en ligne: <[https://www.difc.ae/files/1914/5448/9179/Insolvency\\_Law\\_DIFC\\_Law\\_No.\\_3\\_of\\_2009.pdf](https://www.difc.ae/files/1914/5448/9179/Insolvency_Law_DIFC_Law_No._3_of_2009.pdf)>.

#### **2.1.4. États-Unis**

États-Unis, U.S. Code: Title 11 – Bankruptcy.

#### **2.1.5. France**

France, Code civil Français.

France, Sénat, Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, *Projet de loi de sauvegarde des entreprises*, par Jean-Jaques Hyest, Rapport n° 335 (11 Mai 2005) à la p 41, <<https://www.senat.fr/rap/104-335/104-3351.pdf>>.

France, Sénat, service des études juridiques, *La sauvegarde des entreprises en difficulté*, Étude de législation comparée n° 135, juin 2004, <<https://www.senat.fr/lc/lc135/lc135.pdf>>.

#### **2.1.6. Koweït**

Koweït, *Loi n° 32 de 1968 concernant la Banque monétaire et centrale du Koweït et la profession bancaire (32/1968)*.

Koweït, *Loi n° 30 (2003) liée à l'addition d'un chapitre spéciale pour les banques islamiques*.

#### **2.1.7. Malaisie**

Malaysia, *Islamic Financial Services Act 2013 (IFSA)*, en ligne: <[http://www.bnm.gov.my/documents/act/en\\_ifsa.pdf](http://www.bnm.gov.my/documents/act/en_ifsa.pdf)>.

Malaysia, Act 623, *Islamic financial services board Act 2002*.

Bank Negara Malaysia, « Law Harmonisation Committee Report » (2013) Bank Negara Malaysia.

#### **2.1.8. Maroc**

Maroc : *Dahir du code de commerce DCC de 1913*.

Maroc : *Loi n°1995-15 du Dahir n°1-96-83 du 1er Aout 1996*. Bulletin Officiel n°4418 du 3 octobre 1996.

Maroc : *Loi n° 73-17 du 23 Avril 2018 modifiant et complétant le livre V du code de commerce relatif au droit des entreprises en difficulté*.

#### **2.1.9. Oman**

*Loi commerciale promulguée par le décret royal n° 55/1990* (« loi commerciale »).

*Loi sur les sociétés commerciales promulguée par Décret royal 18/2019* (« Loi sur les sociétés commerciales »).

*Loi sur la faillite abrogeant formellement le chapitre V de la loi commerciale*.

## 2.2. Jurisprudence nationale

### 2.2.1. Jurisprudence du Canada

*Air Canada (Re)*, [2003] O.J. No 1157 (Ont. S.C.J.).  
*Armbro Enterprises Inc., Re*, 1993 CarswellOnt 24, [1993] O.J. No. 4482, 22 C.B.R. (3d) 80.  
*Arrangement relatif à Bloom Lake*, 2021 QCCS 4642 (CanLII).  
*Arrangement relatif à Groupe SMI inc.*, 2018 QCCS 5319 (CanLII).  
*Bankruptcy, Osprey Energy Inc.*, 2006 BCSC 216 (CanLII).  
*Baxter Student Housing Ltd. et al. c. College Housing Co-operative Ltd. et al.*, 1975 CanLII 164 (CSC), [1976] 2 RCS 475.  
*Bellatrix Exploration Ltd v BP Canada Energy Group ULC*, 2021 ABCA 148 (CanLII).  
*Bigi Canada Ltd c. Cadillac Fairview Corporation*, 1996 CanLII 6275 (QC CA).  
*Boutiques San Francisco Inc. v. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955 (QC CS).  
*Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54 (CanLII).  
*Canada (Minister of Indian Affairs & Northern Development) v. Curragh Inc.*, 1994 CanLII 7468 (ON SC).  
*Canadian Airlines Corp. (Re)*, 2000 CanLII 28202 (AB QB).  
*Canadian Imperial Bank of Commerce v. Community Pork Ventures Inc.*, 2005 SKQB 294 (CanLII).  
*Canadian Red Cross Society/Société canadienne de la Croix-Rouge, Re*, 1998 CanLII 14907 (ON SC).  
*Canwest Publishing Inc.*, 2010 ONSC 222 (CanLII).  
*Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379.  
*Chandos Construction Ltd. c. Restructuration Deloitte Inc.*, 2020 CSC 25 (CanLII).  
*Chef Ready Foods c. HongKong Bank of Canada* 1990 CanLII 529 (B.C.C.A.).  
*Cicoria, Re*, 2000 CanLII 22483 (ON SC).  
*Coopérative forestière Laterrière c. Lapointe*, 2005 CanLII 36655 (QC CS).  
*Coopérative Forestière Laterrière c. Axa Assurances Inc.*, 2003 CanLII 38461 (QC CS).  
*Conporec inc. (Arrangement relatif à)*, 2008 QCCS 4813 (CanLII).  
*Dessert & Passion inc. (Proposition de)* 2009 QCCS 4669.  
*Détaillants Shirmax Ltée c. 170974 Canada inc.*, (1994) J.E. 94-255 (C.S.).  
*Doman Industries et al, Re*, 2004 BCSC 733 (CanLII).  
*Duke Energy Marketing Limited Partnership v. Blue Range Resource Corporation*, 1999 ABCA 255 (CanLII).  
*Dupuy v. Ducondu*, 1881 CanLII 31 (SCC), 6 SCR 425.  
*Dylex Ltd., Re*, 1995 CanLII 7370 (ON SC).  
*Grafton-Fraser Inc. c. Canadien Imperial Bank of Commerce*, (1992) 11 C.B.R. (3d) 161 (Ontario Gen. Div.).  
*Erin Features #1 Ltd. (Re)*, 1991 CanLII 1814 (BC SC).  
*Fairview Industries Ltd. et al. (Re.)*, 1991 CanLII 4287 (NS SC).  
*Farmpure Seeds Inc. (Re)*, 2008 SKQB 381 (CanLII).  
*Fisher Oil & Gas Corp. et al. v. Guaranty Bank & Trust Co.*, 1982 CanLII 1791 (ON CA).  
*Fonderie Poitras Ltée (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 1079 (CanLII).  
*Gene Moses Construction Ltd. (Re)*, 1999 CanLII 6490 (BC SC).  
*Gestion Max Boutin inc. c. Leblond, Buzzetti & Associés Ltée*, 1994 CanLII 5667 (QC CA).  
*Groupe Blanchette Inc. c. Raymond Chabot Inc.*, 2005 CanLII 26408 (QC CS).  
*Humber Valley Resort Corp. – Re: Companies' Creditors Arrangement Act*, 2008 NLTD 174 (CanLII).  
*Hunters Trailer & Marine Ltd. (Re)*, 2000 ABQB 952 (CanLII).  
*ICR Commercial Real Estate (Regina) Ltd. v. Bricore Land Group Ltd.*, 2007 SKCA 72 (CanLII).  
*Immeubles Gérard Bouchard Inc.*, J.E. 99-666 (C.G.).  
*Industries Cover inc (Syndic des)*, 2014 QCCS 4712.  
*Industries Portes Mackie inc. (Proposition de)*, 2000 CanLII 18905 (QC CS).  
*In Re United Used Auto & Truck Parts Ltd.* (1999), 1999 CanLII 5374 (BC SC).  
*Janpar Produits de Bureau*, [1993] R.J.Q. 1907 (C.S.).  
*Juniper Lumber Co., Re*, 2000 CanLII 17233 (NB CA).

*Larue v. Attorney General for Quebec / Larue v. Royal Bank of Canada*, 1926 CanLII 49 (SCC), [1926] SCR 218.

*Le Procureur général du Canada v. Larue et al.*, (1928) 1 D.L.R. 945.

*Manderley Corp. (Re)*, 2005 CanLII 63793 (ON SC).

*MEI Computer Technology Group Inc.* (2005) 2005 CanLII 15656 (QC CS), R.J.Q.

*Métaux Kitco inc. c. Agence du revenu du Québec*, 2017 QCCQ 15754 (CanLII).

*Montréal (Ville) c. Restructuration Deloitte Inc.*, 2021 CSC 53.

*Nautical Data International, Inc. In Re the Bankruptcy and Insolvency Act*, 2005 NLTD 104 (CanLII).

*New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192 (CanLII).

*N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, 1999 CanLII 13538 (QC CA).

*Norcen Energy Resources Ltd. v. Oakwood Petroleum Ltd.*, 1988 CanLII 3570 (AB KB).

*Osiris Inc. v. 1444707 Ontario Ltd.*, 2004 CanLII 17063 (ON SC).

*Pairie c. Poirier (Succession de)*, 2008 QCCS 1908 (CanLII).

*Pacific National Lease Holding Corporation*, 1992 CanLII 427 (BC CA) paras 19-21.

*Pacific National Lease Holding Corp. v. Sun Life Trust Co.*, 1995 CanLII 2575 (BC CA).

*PCI Chemicals Canada Inc. (Re)*, 2002 CanLII 53210 (QC CS).

*PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*, 2020 CSC 43 (CanLII).

*Playdium Entertainment Corp., Re*, 2001 CanLII 28281 (ON SC).

*Procureur général de l'Ontario c. Procureur général du Canada*, [1894] A.C. 189.

*Proposition de CL Métal inc.* 2017 QCCS 2931.

*Provigo Properties Limited c. Bouclair inc.*, 2019 QCCS 1301 (CanLII).

*Robert F. Kowal Investments Limited v. Deeder Electric Limited* (1975), 1975 CanLII 681 (ON CA), 9 O.R. (2d) 84 (C.A.).

*Royal Bank of Canada v. Body Blue Inc.*, 2008 CanLII 19227 (ON SC).

*Royal Oak Mines Inc., Re*, 1999 CanLII 14843 (ON SC).

*Re Ano Ltée : Franco c. Basmadjan*, (1981) 39 C.B.R. (n.s.) 263 (C.S. Qué).

*Re Air Canada*, 2004 CarswellOnt 481 (Ont. S.C.J. (Commercial List)).

*Re Bearcat Exploration Ltd* (2004), 3 CBR (5<sup>th</sup>) 167 (Alta QB).

*Re: Cansugar Inc. C.C.A.A. Extension*, 2004 NBQB 7 (CanLII).

*Re Les Oblats de Marie Immaculée du Manitoba*, 2004 MBQB 71 (CanLII).

*Re Skydome Corp.* (1998), CarswellOnt 5922.

*Re 843504 Alberta Ltd. (Bankruptcy and Insolvency Act)*, 2003 ABQB 1015 (CanLII).

*R. v. DeMarco* (1973), 1973 CanLII 1542 (ON CA), 13 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.).

*R. v. Kalair and Panchbhaya*, 2019 ONSC 3471 (CanLII).

*R. v. Laroche* (1963), 1963 CanLII 725 (ON CA), 3 C.C.C. 5, 40 C.R. 144 (Ont. C.A.).

*R. v. Potts*, [1990] O.J. No. 2567 (Ont. C.J. – Prov. Div.).

*Sharp-Rite Technologies Ltd. (Re)*, [2000] B.C.J. No. 135 (Q.L.) (S.C.).

*Silcorp Ltd. v. Iatridis Holdings Ltd.*, 1992 CanLII 8031 (SK KB).

*Simpson's Island Salmon Ltd. et al Re C.C.A.A.*, 2006 NBQB 6 (CanLII).

*Sklar-Peppler Furniture Corp. v. Bank of Nova Scotia*, 1991 CanLII 8306 (ON SCDC).

*Steamatic Canada inc. c. Gestion A.D.C.R. inc.*, 2000 CanLII 18570 (QC CS).

*Stelco Inc., Re*. 2004 CarswellOnt 1211 (Ont. S. C. J.).

*Sulphur Corporation of Canada Ltd*, 2002 ABQB 682 (CanLII).

*T. Eaton co. Re*, (2000) 14 C.B.R. (4th) 288 (Ontario S.C.).

*The Employer's Liability Co. c. Ideal Petroleum, (1959) Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 230.

*Uniforêt Inc. c. Richter & Associés Inc.*, 2002 CanLII 30544 (QC CS)

*United Used Auto & Truck Parts Ltd. v. Aziz*, 2000 BCCA 146 (CanLII).

*Université Laurentienne c. Université de Sudbury*, 2021 ONSC 3392 (CanLII).

*Wabush Iron Co. Ltd. (Arrangement relatif à)*, 2016 QCCS 6061 (CanLII).

*Wendigo Studios inc. (Avis d'intention de)*, 2011 QCCS 2336 (CanLII).

*Westar Mining Ltd. (Re Bankruptcy)*, 1992 CanLII 1863 (BC SC).

*White Birch Paper Holding Company* (Arrangement relatif à), 2010 QCCS 1176 (CanLII).

*Woodward's Ltd.*, 1993 CanLII 870 (BC SC).

*2862565 Canada inc. c. Merisel Canada inc.*, J.E. 2002-561 (C.A.).

*360networks Inc. (Re)*, 2003 BCSC 1030 (CanLII).

*391561 Canada inc. c. Eicon Networks Corporation*, 2002 CanLII 62345 (QC CA).

7636156 *Canada Inc. (Re)*, 2020 ONCA 681 (CanLII).  
9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10.

### **2.2.2. Jurisprudence des États-Unis**

*In re: east cameron partners, l.p.*, Chapter 11, Debtor EC Offshore, United States Bankruptcy Court, W.D. Louisiana, Sep 30, 2011.

*In re: arcapita bank b.s.c.(c)*, et al., debtors. Case No. 12-11076 (SHL).

*Lubrizol c. Richmond Metal Finishers Inc.* 475 U.S. 1057 S.Ct. 1285, 89 L.Ed.2d 592 (1986).

### **2.2.3. Jurisprudence du Royaume-Unis**

*Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd*, (CA (Ci v Div)) Court of Appeal (Civil Division) 28 January 2004.

### **2.2.4. Jurisprudence de CCG**

*Musharakah Sukuk of Investment Dar Company (TID)*. Koweït

*Golden Belt 1(Saad) Ijarah Sukuk*. Arabie Saoudite

*The Nahkeel Sukuk*. ÉAU

## **3. DOCTRINE ET AUTRES DOCUMENTS**

### **3.1. Monographies**

Belanger Philippe H. et Rigaud Sylvain, *La réforme en matière d'insolvabilité : nouveautés et codification de pratiques existences*, Québec, Éditions Yvon Blais, 2009.

Baudouin Jean-Louis, Jobin Pierre-Gabriel, Vézina Nathalie, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc, 2013.

Ben-Ishai Stephanie & Telfer Thomas G W, *Bankruptcy and insolvency law in Canada: cases, materials, and problems*, Toronto, Irwin Law, 2019.

Benyekhlef Karim, *une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2015.

Bernier Yves, Pâul Laquerre et Morin Pierre, *Faillite*, Québec, Université Laval, 1974.

Bilodeau Paul-Émile, *Précis de la faillite et de l'insolvabilité*, 2<sup>e</sup> éd, Québec, Publications CCH Ltee, 2004.

Bohémier Albert, *La faillite en droit constitutionnel canadien*, Montréal, PUM, 1972.

Bohémier Albert, *Faillite et insolvabilité*, Montréal, les Éditions Thémis, 1992.

Brochu Denis, *Précis de la faillite et de l'insolvabilité*, 6<sup>e</sup> éd, Montréal, Lexis Nexis, 2022.

Brochu Denis, *Précis de la faillite et de l'insolvabilité*, 5<sup>e</sup> éd, Montréal, Lexis Nexis, 2016.

Burton Edward, *Business and Entrepreneurship in Saudi Arabia: Opportunities for Partnering and Investing in Emerging Businesses*, New Jersey, John Wiley & Sons, 2016.

- Carreau Dominique, *Droit international*, 11e éd., Paris, Éditions A. Pédone, 2012.
- Carré de Malberg Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Léviathan », 2003.
- Causse Geneviève, *La finance islamique*, Paris, Revue Banque, 2009.
- Duncan Lewis, *The Law and Practice of Bankruptcy in Canada*, Toronto, Carswell, 1922.
- De la Durantaye Louis Joseph, *Traité de la faillite en la province de Québec à l'usage des praticiens et des commerçants, suivi des textes officiels (Français et anglais) des Loi et règlements de faillite*, Montréal, L.-J. de la Durantaye, 1934.
- Deslauriers Jacques, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, W&L, 2004.
- Deslauriers, Ad. E. Jacques, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, 2<sup>e</sup> éd, W&L, 2011.
- Déroche François, *Le Coran*, Paris, Presses Universitaires de France, 2014.
- Duncan Lewis & Reilley William John, *Bankruptcy in Canada*, 2 Ed, Toronto, Age publications limited, 1933.
- Honsberger John D & DaRe Vern W, *Bankruptcy in Canada*, Ontario, Canada law book, 2009.
- Houlden & Morawetz, *Bankruptcy and insolvency law of Canada*, 3rd ed., Toronto, Carswell, 1989.
- Houlden L W, *Bankruptcy law of Canada*, vol 1, Toronto, Carswell, 1984.
- Hooker M. P., *Legal Pluralism – An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975.
- Janis Sarra & Davis Ronald B., *Director and officer liability in corporate insolvency*, 3d Ed, Toronto, LexisNexis, 2015.
- Janis Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, 2d Ed, Toronto, Carswell, 2013.
- Lamontagne Denys-Claude, *Droit de la vente*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.
- Le ROY Étienne, *Le jeu des lois. Une anthropologie « dynamique » du Droit : avec des consignes et des conseils au « jeune joueur juriste »*, Paris, L.G.D.J., 1999.
- Lewis Bernard, *The political language of islam*, Chicago, University of Chicago Press, 1988.
- L'Heureux Nicole, Édith Fortin et Marc Lacoursière, *Droit bancaire*, 4<sup>e</sup> éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc, 2004.
- Lluelles Didier, Benoit Moore, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd, Montréal, Éditions Thémis, 2018.
- Luhmann Niklas, *Systèmes sociaux*, presses de l'université Laval, Québec, 2011.
- McElcheran Kevin P, *Commercial Insolvency In Canada*, Toronto, LexisNexis, 2019.
- Otis Ghislain, Abdoullah Cissé, Paul De Deckker et Wanda Mastor, *Cultures juridiques et gouvernance : dans l'espace francophone. Présentation générale d'une problématique*, Paris, Éditions des archives contemporaines/Agence universitaire de la Francophonie, 2010.
- Ouellet, f. *Histoire économique et sociale du Québec, 1760-1850*, Montréal, Fides, 1971.

Picod Nathalie, *La remise de dette en droit privé*, Dalloz, Paris, 2013.

Pospisil, Leopold Jaroslav, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, New York, Harper & Row, 1971.

René David et Jauffret-Spinosi Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11e éd, paris, Dalloz, 2002.

Rouland Norbert, *Anthropologie juridique*, Paris, P.U.F, coll. « Droit fondamental », 1988.

Rouland Norbert, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob, 1991.

Vanderlinden Jaques, *Les pluralismes juridiques*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013.

Vincent Karim, *Les obligations*, 5e éd., vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020.

Vincent Karim, *Les obligations*, 5e éd., vol. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020.

Wood Roderick J., *Bankruptcy & insolvency law*, 2 ed, Toronto, Irwin Law, 2015.

\*\*\*\*\*

Abul Hassan & Sabur Mollah, *Islamic finance: ethical underpinnings, products, and institutions*, Cham, Switzerland, Palgrave Macmillan, 2018.

Al hamadani Nizar ibn abdelkarim ibn sultan, *Le problème de la faillite du débiteur et la solution islamique : une étude doctrinale (fiqh) comparée (en arabe)*, Djeddah, Dar Al Mojtamaa, 1991.

Alrayes Abdulmohsen, *Les actions du Prophète entre l'Imamat, le pouvoir judiciaire et la fatwa*, Riyadh, Majallat al-Jam'iyah al-Fiqhīyah al-Sa'ūdīyah, 2013.

Al-Risuni, Ahmad, *Nazariat al-Maqaasid 'inda al-Imam al-Shatibi*, Dar Al Alamia Lil Kitab, Casablanca, 1995.

Al-Zarqa Mustafa Ahmad, *al-Madkhal al-fiqh al-'am*, Bayreuth, Dar al-Fikr, 1967.

Askari Hossein, Zamir Iqbal and Mirakhor Abbas, *New Issues in Islamic Finance and Economics: Progress and Challenges*, Asia, John Wiley & Sons, 2009.

Assayis Mohamed Ali, *Histoire du fiqh islamique : sa naissance, son évolution, ses sources, ses écoles, ses avantages et ses objectifs*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmīyah, 1971.

Asutay, Mehmet, and Abdullah Q. Turkistani, *Islamic Finance: Risk, Stability and Growth*, 1er éd., Berlin, Gerlach Press, 2015.

Al Qaradawi Yusuf, *Fiqh Al Zakah : Une étude comparative de la Zakah, des règlements et de la philosophie à la lumière du Coran et de la Sunnah*, Beyrouth, Moasat al-Risala, 1973.

Azam Mohamed, Syed Yusuf and Mahdavi Ardekani, *The Legal Framework of Islamic Banking and Finance in Malaysia and Iran*, Oxford, Islamic Banking, Finance & Commerce Conference, 2012.

Ben Achour Mohamed Tahar, *Maqassid ach-Chari'ah al-Islamiyyah*, Koweït, le ministère des Awqaf et des affaires islamiques au Koweït, 2004.

Ben Hammam Kamal al-Din, *Fath Al-qadir*, Beyrouth, Dar al-Fikr.

Mallat Chibli, *Introduction to middle eastern law*, New York, Oxford University Press, 2007.

- Mallat Chibli, *The renewal of Islamic law: Muhammad Baqer as-Sadr: Najaf and the Shi'i International*, Cambridge University Press, 1993.
- Hallaq Wael B, *An introduction to Islamic law*, New York, Cambridge University Press, 2009.
- Hallaq Wael B, *The origins and evolution of Islamic law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Hayder Ali, *Durar al-Hikām Sharḥ Majallah al-Aḥkām. Translated by al-Hussaini F*, 1er éd, Bayreuth, Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah, 1991.
- Hamoud Sami Hassan, *Islamic banking*, London, University Press Cambridge, 1985.
- Hamoudi Haider Ala & Cammak Mark E, *Islamic law in modern courts*, New York, Wolters Kluwer, 2018.
- Iqbal Zamir and Abbas Mirathor, *An introduction to Islamic Finance Theory and Practice*, Asia, John Wiley, 2011.
- Kamali Mohammad Hashim, *Principles of Islamic jurisprudence*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2003.
- Kettell Brian, *Introduction to Islamic Banking and Finance*, John Wiley & Sons Ltd, UK, 2011.
- Kureshi Hussain, Mohsin Hayat, *Contracts and Deals in Islamic Finance: A User's Guide to Cash Flows, Balance Sheets, and Capital Structures*, Singapor, John Wiley & Sons, 2015.
- Makdisi George, *The rise of colleges: institutions of learning in Islam and the West*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1981.
- Makhlouf Amel, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique*, Paris, IRJS Éditions, 2015.
- Munawar Iqbal, Philip Molyneux, *Thirty Years of Islamic Banking: History, Performance and Prospects*, London, Palgrave Macmillan, 2005.
- Saleh Abdel Ghaffar Ibrahim, *la faillite dans la Shari'a: une étude comparative (en rabe)*, le Caire, MaktabataI-Nahda al Misriya, 1999.
- Salim Farrar, Ghena Krayem, *Accommodating Muslims Under Common Law: A Comparative Analysis*, New York, Routledge, 2016.
- Syed Nazim Ali, et al., editors, *The Edinburgh Companion to Shari'ah Governance in Islamic Finance*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2020.
- Schacht Joseph, *Introduction au droit musulman*, Paris, Éditions Maisonneuve et Larose, 1983.
- Joseph Schacht, *An introduction to Islamic law*, UK, Oxford, 1964.
- Warde Ibrahim, *Islamic Finance in the Global Economy*, UK, Edinburgh University Press, 2011.
- Wilson Rodney, *Economics, Ethics and Religion: Jewish, Christian and Muslim Economic Thought*, New York, University Press, 1997.
- Wilson Rodney, *Legal regulation and governance issues in Islamic finance*, Croydon CRo, Edinburgh University Press, 2012.
- Zulkifli Hasan, *Shari'ah Governance in Islamic Banks*, Edinburgh, University Press, 2012.

Ralph Ewing Clark, *A treatise on the law and Practice of Receivers*, 3<sup>rd</sup> ed, Cincinnati: W.H, Anderson Company, 1959, vol. 2, s. 638.

### 3.2. Articles de périodiques

Allard, Patrick, et Djilali Benchabane. « La finance islamique : modèle alternatif, postiche ou pastiche ? » (2010) *Revue française d'économie* vol xxv n° 4 pp 11-38.

Baxter Michael St. Patrick, « la faillite à l'américaine : une introduction au chapitre 11 du code des faillites des États-Unis » (2003) Covington & Burling.

Bélanger Philippe H et Faure Gabriel, « Les modifications à la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies sur les contrats relatifs à l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle : tentative de rapiéçage du législateur ? » (2020) vol 32 no 1 *Les Cahiers de propriété intellectuelle*.

Belanger. P et Panaccio. M, « Incidences de la faillite sur la propriété intellectuelle » (2002) *Cahiers de propriété intellectuelle* vol 15 n° 2.

Barrué Belou, Rémi, « Méthode et enjeux de la démarche comparative: la question de la comparabilité » (2011) 8e congrès français de droit constitutionnel NANCY 2011 AFDC IRENEE Université Nancy.

Belley, Jean-Guy, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique » (1986) *Sociologie et sociétés* vol 18 n°1.

Belley Jean-Guy, « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit. » (2011) *Canadian Journal of Law and Society* vol. 26 n°2.

Berman Paul Schiff, « le nouveau pluralisme juridique », (2013) *Revue internationale de droit économique* T. XXVII vol 1.

Bernheim Emmanuelle, « Le « pluralisme normatif » : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ? » (2011) *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* vol 67.

Berthold Sylvie, « revue de la jurisprudence 2017 en droit de la faillite et de l'insolvabilité » (2018) *Revue du notariat* 120(1) 303–321.

Berthold Sylvie, « Les ventes par le syndic de faillite et l'ordre de collocation des créanciers » (2013) 1 C.P. du N. 223.

Buthaina Amin and David Billington, «Bahrain's New Bankruptcy Law» (2019) *Emerging Markets Restructuring journal*, Issue n 9.

Caeiro Alexandre, « The making of the fatwa » (2011) *Archives de sciences sociales des religions* 155 81-100.

Ferrari Franco, « Forum shopping: pour une définition ample dénuée de jugements de valeurs » (2016) *Revue critique de droit international privé* vol 1 no 1 pp. 85-105.

Gearon Patrick, William Reichert, «Notable Changes to Insolvency Legislation in the GCC» (2021) CRS, en ligne : <<https://www.charlesrussellspeechlys.com/en/news-and-insights/insights/corporate/2021/notable-changes-to-insolvency-legislation-in-the-gcc/>>.

Geer Brad, Anne Davey, and Zachary Cohen, «The case of Arcapita and the role of U.S. courts in international restructurings» (2017) US Column et Eurofenix.

Geraldine Danaux, « La législation belge en matière de sauvetage d'entreprises sous la loupe. Quelles leçons tirer de notre passé et des pratiques législatives étrangères pour mieux faire échec à l'échec entrepreneurial? » (2014) Louvanschool of management Workingpaper 2014-12, en ligne : <https://www.uclouvain.be/en-458935.html>.

Giorgio Cherubini & Giavana Canale, « Italy moves forward amending bankruptcy law » (2015) eurofenix, en ligne : eurofenix <<https://www.insol-europe.org/publications/eurofenix-past-issues>>.

Griffiths, John, « What is Legal Pluralism? » (1986) Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law n°24 p 1-55.

Hagan Sean, « Pour des procédures d'insolvabilité ordonnées et efficaces » (2000) Finances & Développement, à la p 1, en ligne : <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/fre/2000/03/pdf/hagan.pdf>.

Hogan Lovells, « Réforme du droit de la faillite : la reprise d'un chantier en cours ? » (2017) legitech, en ligne : <https://www.legitech.lu/newsroom/articles/reforme-droit-de-faillite-reprise-dun-chantier-cours/>.

Honová Zuzana, « L'équivalence fonctionnelle – une stratégie pour la traduction juridique ? » (2016) Études romanes de Brno 2016 vol 37 iss 2 pp 163-176.

Adrienne HO, « The Treatment of Ipso Facto Clauses in Canada » (2015) 61-1 R.D. McGill 139.

Jaluzot Béatrice, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective » (2005) Revue internationale de droit comparé vol 57 n°1.

Janis Sarra, « Debtor in Possession Financing: The Jurisdiction of Canadian Courts to Grant Super-Priority Financing in CCAA Applications » (2000) 23:2 Dal LJ 337.

Kolish, E., « L'introduction de la faillite au Bas-Canada : conflit social ou national ? » (1985) Revue d'histoire de l'Amérique française 40 (2) 215–235.

Langevin, Louise, « L'affaire Bruker c. Marcovitz : variations sur un thème » (2008) 49 Les Cahiers de droit.

Lajoie Andrée, Quillinan Henry, Macdonald Rod et Rocher Guy, « Pluralisme juridique à Kahnawake ? » (1998) Les Cahiers de Droit vol 39 n° 4.

Le Breton Karine, « La justice urbaine à Kinshasa : de la symbiose des acteurs à un pluralisme judiciaire à construire », dans *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2009.

Leduc Antoine, « grands pas et faux pas de la compétence inhérente des tribunaux en droit canadien de l'insolvabilité : qui fait la loi ? » 2009 Revue du notariat 111(2) 425–455.

Le ROY Étienne, « Le pluralisme juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité », dans *Cahiers d'Anthropologie du droit*, 2003.

Le ROY Étienne, « Le tripode juridique. Variations anthropologiques sur le thème de flexible droit » (2007) l'Année sociologique vol 57 n°2 p 349.

Linklaters, « Brief Guide to English Corporate Insolvency Law » (2008) à la p 2, en ligne: Linklaters

[www.linklaters.com/pdfs/Insights/banking/Guidetoinsolvency.pdf](http://www.linklaters.com/pdfs/Insights/banking/Guidetoinsolvency.pdf).

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

Macdonald R. A, « Pour une reconnaissance d'une normativité juridique implicite et « inférentielle » » (1986) Sociologie et sociétés vol 18 n°1 p 47-58.

Martens André, « La finance islamique : fondements, théorie et réalité » (2001) Érudit vol 77 n° 4 p 475-629.

Moore Sally Falk, « Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study » (1973) in *Law and Society Review* vol 7.

Otis Ghislain, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada » (2009) Revue de droit de McGill vol 54 n°2.

Papillon, B. M. & Morin, M, « La réorganisation de l'entreprise en difficulté plutôt que sa liquidation et l'efficacité informationnelle du processus de sélection dans le droit canadien ? » (2018) Revue internationale P.M.E. 31 (3-4) 261–283.

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

Paradelle, Muriel « De la difficulté du bon usage des mots et de leur incidence sur la compréhension et l'application d'une norme juridique autre : La Shari'a, plus et au-delà du droit » (2013) 43 R.D.U.S.

Petsche Markus, « What's Wrong with Forum Shopping? An Attempt to Identify and Assess the Real Issues of a Controversial Practice » (2011) *The International Lawyer* vol 45 no 4 pp 1005-1028.

Pomade Adélie, « Penser l'interdisciplinarité par l'internormativité. Illustration en droit de l'environnement » (2012) Revue interdisciplinaire d'études juridiques vol 68.

Regards sur les PME, « Une analyse comparative des procédures de faillite : France, Allemagne, Royaume-Uni » (2008) Regards sur les PME no16.

Rocher Guy, « Pour une sociologie des ordres juridiques » (1988) Les Cahiers de droit vol 29 n°1.

Rotsztain Michael B, « Debtor-in-Possession Financing: Current Law and a Preferred Approach» (2000) 33 *Can.Bus L.J.* 283, en ligne:

<http://www.gsnh.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/02/AR2000-4T1.pdf>.

Schultze & Braun, « Aperçu du droit allemand des procédures collectives » (1999) à la p 2, en ligne : Schubra<<https://www.schubra.de/downloads/broschueren/0060fr.pdf>>.

Schweizer Lars & Andreas Nienhaus, « Corporate distress and turnaround: integrating the literature and directing future research» (2017) *Business Research* 10 3–47.

Slaughter and May, «An introduction to English Insolvency Law» (2015) aux pp 1-6, en ligne:

<https://www.slaughterandmay.com/media/251437/an-introduction-to-englishinsolvency-law.pdf>.

Stone Mark R, « La restructuration du secteur des entreprises : Le rôle des pouvoirs publics en temps de crise » (2002) International Monetary Fund Publication Services à la p 1, en ligne :

<https://www.imf.org/External/Pubs/FT/issues/issues31/fra/issue31f.pdf>.

Terré Dominique, « Le pluralisme et le droit » (2005) Arch. phil. Droit vol 49.

Tremblay Geneviève, « Le phénomène d'émergence de la normativité dans le domaine de la télémédecine : du pluralisme juridique au constructivisme » (2001) Revue de droit d'Ottawa vol 32 no 2.

Vanderlinden Jaques, « À la rencontre de quelques conceptions du pluralisme juridique » (2005) Revue de la Common Law en français vol VII 7 (1-2).

Vanderlinden Jacques, « Le pluralisme juridique – Essai de synthèse » dans John Gilissen (dir.), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, Institut de sociologie, histoire et ethnologie juridique, 1972.

Vanderlinden, Jacques, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique » (1993) Revue de la recherche juridique-Droit prospectif vol 18 n°2.

Vincent Karim, « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation. » (1999) Les Cahiers de droit 40(2) 403-435.

Yuzawa, Takeshi, « The digital revolution and business behaviour: the case of Kodak versus Fujifilm » (2018) Entreprises et histoire vol 90 n° 1.

\*\*\*\*\*

Al Aseeri Rashed AbdulRahman Ahmed, « Les académies Fiqh et leur rôle dans la promotion des transactions financières : exemple de l'Académie Internationale Islamique du Fiqh (en arabe) » (2020) Université de Bahreïn Art 12 vol 22 Issue 2 à la p 1338.  
<[https://journals.ekb.eg/article\\_101176\\_c84f2a2da2d260296aecb46d89afe952.pdf](https://journals.ekb.eg/article_101176_c84f2a2da2d260296aecb46d89afe952.pdf)>.

Al-Enezi Essam Khalaf, « Les institutions islamiques financières en difficulté (manque de liquidités) et les moyens proposés pour y remédier (en arabe) » (2009) 3<sup>e</sup> Congrès de fiqh des IFI, Koweït.

Al Jaafari Ahmad ibn Abd Allah, « Les dispositions de la doctrine islamique en matière d'insolvabilité comparées aux systèmes du Royaume d'Arabie saoudite (en arabe) » (2014) Majalat Al Adl Riyadh n° 37.

Al-Qara Daghi, Ali Mohieddin, « L'effet de la différence entre la personne physique et la personne morale dans la jurisprudence de la finance islamique contemporaine (en rabe) » (2013) cinquième conférence de Fiqh.

Abed Awad & Robert E. Michael, «Iflas and Chapter 11: Classical Islamic Law and Modern Bankruptcy» (2010) 44 Int'l Law. 975.

Al-Dabbagh Harith, « Droit comparé et renouveau du droit musulman : le vieux rêve de Sanhoury revisité » (1015) Journal of Comparative Law in Africa vol 2 p 2-39.

Al-Mani' Abd Allah Ibn Sulayman, « *The problem of late payment in Islamic banks* » (2013) Islamic Fiqh Academy (OCI) Doha.

Amor, Samia, « Le « nouveau pluralisme juridique » de Belley: ancien paradigme dans l'archéologie du droit islamique? » (2011) Canadien journal of Law and society vol 26 n° 2 pp 379-396.

Ateeq Ali, Md. Salim Al Mamun, «Recovery, resolution and insolvency issues for institutions offering Islamic financial services » (2017) IFSB, IFSB working paper series.

Al Qura-Daghi Ali Muhyi al-Din, « Problématique de paiements tardifs et leur façon de garantie dans les banques islamiques : étude fiqhique de paiement tardif et alternative (en rabe) » (2009) Islamic Business Researches Center aux pp 47-67, en ligne : IBRC < <http://www.kantakji.com/media/9295/5555.pdf> >.

Al Quri Mohamed Ali, « L'impact de la différence entre la personnalité physique et la personnalité morale dans les dispositions jurisprudentielles des évolutions bancaires islamique » (2013) 5th Shura fiqh conference, Koweït.

Al-Zarqa Mustafa Ahmad, « Hal yoqbalu charan Alhokm ala madin almomatel bita'wid 'ala da'in? » Magazine de l'économie islamique 1985 vol 2 no 2.

Bah, Mohamed Fall Ould, « Les réseaux de la finance islamique en Afrique » (2010) Politique étrangère vol. no 4 2010 pp 805-817.

Beaumont Robin, « BÂQIR AL-SADR Muhammad, La Banque sans intérêt en Islam, traduction de Julien Pélissier, Paris/Tunis, Karthala/IRMC, 2017, 212 p. » (2017) Revue des mondes musulmans et de la Méditerranée 145 2019 Vol 145.

Dhar Pranam, «Zakat as a Measure of Social Justice in Islamic Finance: An Accountant's Overview» (2013) Journal of Emerging Economies and Islamic Research vol 1 n° 1.  
<<https://core.ac.uk/download/pdf/328805993.pdf>>.

El Qorchi Mohammed, « La finance islamique est en marche » (2005) Finances & développement.

El Sharkawy Nourhan, « La charité islamique : un levier innovant pour le financement du développement ? » (2015) Université Paris-Dauphine.

Gillette Riasa Barker, «Insolvency and restructuring law and practice» (2015) en ligne :  
<<http://www.riabarkergillette.com/usa/wp-content/uploads/Insolvency-and-restructuring-law-and-Practice-in-the-UAE.pdf>>.

Grais Wafik and Pellegrini Matteo, «Corporate governance in institutions offering Islamic financial services: issues and options» (2006) IMF Working Paper no 4052 (Washington: International Monetary Fund).

Hafeez Malik M., «An Analysis of Corporate Entity and Limited Liability in Islamic and Western Perspectives of Corporate Governance» (2013) International Journal of Business Economics and Law vol 2 Issue 3 (June) ISSN 2289-1552.

Hamoudi, Haider Ala, «The Surprising Irrelevance of Islamic Bankruptcy» (2011) American Bankruptcy Institute Law Review vol 19 p 505.

Hanini Abdelhamid Abdelmohssine, « Al Ibra' et sa relation avec la décharge, la propriété et la réconciliation (en arabe) » Revue de l'Université de Sharjah sur la charia et les sciences juridiques 2012.

Hasanuzzaman S.W, «Limited Liability of Shareholders: An Islamic Perspective» (1989) 28 ISLAMIC STUD 353.

Haris Meyer Hanif, Tabasam Faqir, « Restructuring in the Middle East: Developments in the UAE and KSA » (2021) Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, en ligne :  
<<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e582c45e-80d0-44f7-b6a2-d18b0a33d358>>.

Hasan, M. and Dridi, J. «The Effects of the Global Crisis on Islamic and Conventional Banks: A Comparative Study» (2011) Journal of International Commerce Economics and Policy vol 2 no 2.

Hawkamah, « Policy Brief on Corporate Governance for Islamic Banks and Financial Institutions in the Middle East and North Africa Region» (2011) aux pp 31-32, en ligne:  
<<https://www.lw.com/thoughtLeadership/corporate-governance-for-islamic-banks-in-mena>>.

Makdisi John A., "The Islamic Origins of the Common Law" (1999) 77 N.C. L. Rev. 163.

Mumtaz Hussain, Asghar Shahmoradi & Rima Turk « An Overview of Islamic Finance » (2015) IMF Working Paper n° 15/120 aux pp 4-5 et 23-25, en ligne :  
IMF <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2015/wp15120.pdf>>.

Islamic Finance -Bankruptcy, « Financial Distress and Debt Restructuring: A Short Report » (2011) Harvard Law School Islamic Finance Panel.

Kamali, Mohammad Hashim, « Actualization (Taf'īl) of the Higher Purposes (Maqāsid) of Shariah » (2020) International Institute of Islamic Thought.

Kamali, Mohammad Hashim, « Maqāsid al-sharī'ah': the objectives of islamic law » (1999) Islamic Studies vol 38 no 2 Islamic Research Institute International Islamic University Islamabad pp. 193–208.

Kammer Alfred, Mohamed Norat & Marco Piñón, « Islamic Finance: Opportunities, Challenges, and Policy Options » (2015) IMF.

Kawthar 'Abd al-Fattah al-Abdji, « Le caractère inimitable de la législation sur la Zakāt s'agissant des règles de l'estimation de la capacité financière et du seuil monétaire minimal », à la p 4, en ligne :  
<<http://www.islamland.com/uploads/books/Zakat.pdf>>.

Khalfoune Tahar, « Le Habous, le domaine public et le trust » (2005) Revue internationale de droit comparé 57-2 pp. 441-470.

Khniifer Mohammed, « Shocking: 21 defaulted sukuk cases in the last 20 months! » (2010) Business islamica magazine.

Kilborn, Jason, « Foundations of Forgiveness in Islamic Bankruptcy Law: Sources, Methodology, Diversity » (2011) American Bankruptcy Law Journal 85 (4) 323-361.

Kilborn, Jason, « Bankruptcy and Islam: An explicit tradition of compassion and forgiveness » (2011) Cayman Financial Review, en ligne: <<http://www.caymanfinancialreview.com/2011/04/05/Bankruptcy-and-Islam--An-explicit-tradition-of-compassion-and-forgiveness/>>.

Kumar Natalia, « An overview of the insolvency regime in Bahrain » (2021), en ligne :  
<<https://www.tamimi.com/law-update-articles/an-overview-of-the-insolvency-regime-in-bahrain/>>.

Kuntz Christophe, « Les systèmes informels de transfert de fonds : l'hydre des financements Hawala » (2003) EGE.

Lyazami, Nahid, « Le nouveau mécanisme de sauvegarde des entreprises en difficulté: Une vraie 'bouée de sauvetage' pour les entreprises naufragées? » (2020) Revista de Estudios Jurídicos Criminológicos, ISSN-e: 2660-7964 n° 2 Universidad de Cádi pp 13-39.

Majid Saleh & Faris Lenzen, « Worldwide: Interest And Islamic Banking » (2011) mondaq.

Mark A. Salzberg, « Arcapita Bank: The Bankruptcy Court Closes an Escape Valve for Foreign Defendants » (2017) Squire Patton Boggs, en ligne:  
<<https://www.esquireglobalcrossings.com/2017/10/arcapita-bank-the-bankruptcy-court-closes-an-escape-valve-for-foreign-defendants/>>.

McMillen, Michael J. T, « An Introduction to Shari'ah Considerations in Bankruptcy and Insolvency Contexts and Islamic Finance's First Bankruptcy (East Cameron) » (2012) en ligne, SSRN:  
<<https://ssrn.com/abstract=1826246>>.

- McMillen, Michael J. T, « The Arcapita Group Bankruptcy: A Restructuring Case Study » (2015) Global Trends in Islamic Commercial Law: International Shari'ah Research Academy for Islamic Finance and Thomson Reuters Report, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2687239>>.
- Moazzam Farooq & Sajjad Zaheer, « Are Islamic Banks More Resilient during Financial Panics? » (2015) IMF Working Paper n° 15/41 (Washington: International Monetary Fund).
- Mujlisul Ulama of South Africa, « The Concept of Limited Liability: Untenable in the Shariah » Mujlisul Ulama of South Africa.
- Muscati. Sina Ali, « *Late Payment in Islamic Finance* » (2007) UCLA Journal of Islamic & Near Eastern Law 6(1) pp. 47-67.
- Nazih Hammad, « L'impact de la différence entre la personnalité physique et la personnalité morale dans les dispositions jurisprudentielles des évolutions bancaires islamique » (2013) 5th Shura fiqh conference, Koweït.
- Nienhaus Volker, « Islamic Finance Ethics and Shari'ah Law in the Aftermath of the Crisis: Concept and Practice of Shari'ah Compliant Finance, in: Ethical Perspectives » (2011) vol 18 n° 4 pp 891-623.
- Schoon Natalie, « Islamic Finance – An Overview » (2008) European Business Organization Law Review aux pp 605-626.
- S. A. Aldeeb Abu-Sahlieh, « Les Musulmans face aux droits de l'homme (religion, droit et politique : études et documents » (2013) Centre de droit arabe et musulman, Suisse.
- Sheta Najwa Abdel Mohsen, « Transfert de la dette dans la doctrine islamique et ses applications contemporaines » (2013) Université al-Azhar art 9 vol 17 n°1 pp 823-966.
- Shaltouni Anwar Mohammad, « Approche de la charia sur les effets de la pandémie de Corona sur les contrats de location "Étude pratique doctrinale" » (2020) Journal des sciences de la charia et des études islamiques no 83 aux pp 1305-1306.
- Slim Ur Rahman & Najeeb Zada « The Bankruptcy of an Islamic Financial Institution; A Case Study of Islamic Bank Limited (IBL) » (2016) Tahdhib al Afkar vol 03 Issue: 01 January-June 2016.
- Sprayregen James H.M., P.C., Kamran S. Bajwa and Brad Weiland, « Arcapita and the Need for Mideast Restructuring Regimes » (2014) INSOL World.
- Sweder Van Wijnbergen & Sajjad Zaheer, « Sukuk defaults: On distress resolution in Islamic finance » (2013) University of Amsterdam and Tinbergen Institute.
- Tahmoures A. Afshar, “Compare and Contrast Sukuk (Islamic Bonds) with Conventional Bonds, Are they Compatible?” (2013) The Journal of Global Business Management vol 9 no 1 pp 44-52.
- Tata Vijay, « Development of Effective Insolvency Regimes for Islamic Financial Institutions » (2012) Fifth Islamic financial stability forum, Bahrain.
- Thorsten Beck, Asli Demirgüç-Kunt & Ouarda Merrouche, « Islamic vs. conventional banking: Business model, efficiency and stability » (2013) Journal of Banking & Finance vol 37 Issue 2 pp 433-447.
- Tim McCarthy & Aimee Kahn, « In ReArcapita: Islamic finance appears in U.S. bankruptcy court » (2013) International Financial Products & Services Committee vol 2, Issue.
- Timur Kuran, « The Absence of the Corporation in Islamic Law: Origins and Persistence » (2005) American Journal of Comparative Law vol 53 pp 785-834.

Tun Abdul Hamid, « Late payment charge on judgment debts arising from financial transactions in accordance with shariah (Order 42 rule 12A, Rules of Court 2012) » (2012) à la p 1aux pp 1-2, en ligne: tunabdulhamid<[http://www.tunabdulhamid.my/index.php/speechpaperslectures/item/download/670\\_e4d190fa7094304b46bcb9c37a683a98](http://www.tunabdulhamid.my/index.php/speechpaperslectures/item/download/670_e4d190fa7094304b46bcb9c37a683a98)>.

Tyan, Émile, « Iflas et procédure d'exécution sur les biens en droit musulman (madhab hanafite) » (1964) *Studia Islamica* vol 21 pp 145.

Usmani Mohammad Taqi, « The Principle of Limited Liability From the Shari'ah Viewpoint » (1992) *New Horizon*.

Venter Patrick and James H.M. Sprayregen, « Bankruptcy Reform in Saudi Arabia Bridging Islamic Law and Modern Bankruptcy? » (2016) *Law Journal Newsletters* aux pp 3-4.

W. Hillman Robert, « Limited Liability In Historical Perspective » (1997) 54 *Wash. & Lee L Rev* 615.

Zaki Abdelbar Mohammed, « un autre avis sur le débiteur, sera-t-il tenu d'indemniser? (en arabe) » (1990) magazine de l'université du roi Abdul Aziz, économie islamique.

### 3.3. Articles publiés dans des ouvrages collectifs

Arnaud, André-Jean et al., (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de France, 1993.

Arnaud André-Jean, « Alternatif (droit)-Alternative (Justice) » dans *Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, Paris, L.G.D.J., 1988 (réd.1993).

Barreau du Québec, *Développements récentes en droit de la faillite*, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 2000.

Barreau du Québec, *Développements récentes en droit de la faillite*, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1992.

Belanger Philippe, « Les conséquences de la Loi 47 sur les droits. La résiliation de contrat et la propriété intellectuelle : les conséquences de la réforme de la loi sur la faillite et l'insolvabilité et la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies en vertu de C-12 » dans Institut canadien, *Insolvabilité, restructuration et faillite : Stratégies et conseils d'experts en réponse aux défis grandissants des administrateurs, créanciers et professionnels de l'insolvabilité : 8<sup>e</sup> conférence avancée*, Toronto, Institut canadien, 2008.

Belley Jean-Guy, « Pluralisme juridique », dans A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup>éd, Paris, LGDJ, 1993.

Bouchard P. Michel, « Séquestres et créanciers garantis : leurs obligations » dans Barreau du Québec, *Développements récentes en droit de la faillite*, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1998.

Boucher Bernard, « Fascicule 14 Procédures en vertu de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies » dans *JurisClasseur Québec- Faillite, insolvabilité et restructuration*, Québec, Lexis Nexis, 2010.

Cattan Henry, “the law of Waqf”, in Majid Khadduri dir, *Law in the middle East*, Herbert J Liebesny, Washington, D.C. The Middle East Institute, 1955 203-221.

Deslauriers Jacques, « Vue générale des amendements apportés à la Loi sur la faillite et l’insolvabilité par la L.C. 1997, c. 12 » dans Barreau du Québec, *Développements récentes en droit de la faillite*, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1998.

Duchesne Marc, Isabelle Desharnais, « Étude comparative des amendements à la LACC et la LFI : Les outils de réorganisation » dans Insight Information, *Insolvabilité et restructuration commerciale : réforme en profondeur de la LFI et la LACC*, Toronto, Insight Information, 2006.

Ferland Denis, « L’arrangement ou la proposition : avantages, inconvénients et applications émergentes » dans Institut canadien, *La Deuxième conférence avancée sur la faillite et l’insolvabilité*, Toronto, Institut canadien, 2002.

Janis Sarra, « The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law » dans J. P. Sarra et B. Romaine, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2016*, Toronto, Thomson Reuters, 2017 9.

Kent Andrew J.F, Alex L. MacFarlane & Adam C. Maerov, « Qui est au contrôle ? Commentaire sur la pratique canadienne en matière de financement DIP » dans ACPIR, *Forum sur l’insolvabilité et la réorganisation : colloques de formation continue : mai 2004 : dissertations nationales de 2004*, Toronto, Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité, 2004.

Lajoie Andrée, « Synthèse introductive » dans Andrée Lajoie, Jean-Maurice Brisson, Sylvio Normand et Alain Bissonnette (dir.), *Le statut des autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éditions Yvon Mais, coll. « Le droit aussi... », 1996.

Legault Jean, Jonathan Warin, « Fascicule 12 Proposition concordataire » dans JurisClasseur Québec - *Faillite, insolvabilité et restructuration*, Québec, Lexis Nexis, 2010.

Le ROY Étienne, « L’hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de la modernité », dans Andrée Lajoie, Roderick A. Macdonald, Richard Janda et Guy Rocher, *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles, Bruylant/Thémis, 1998.

Otis, Ghislain, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel » dans Ghislain OTIS, Abdoullah Cissé, Paul De Decker, Wanda Mastor, *Cultures juridiques et gouvernance dans l’espace francophone. Présentation générale d’une problématique*, Paris, Éditions des archives contemporaines/Agence universitaire de la Francophonie, 2010.

Przeworski, A, «Method of Cross-National Research, 1970 1983: An Overview», dans M. Dierkes, H. N. Weiler and A. B. Antal (eds), *Comparative Policy Research: Learning from Experience*, Aldershot: Gower 1987.

Robichaud Alain, « Les résiliations et cessions de contrats en vertu de la LFI et de la LACC à la suite des amendements découlant du nouveau chapitre 47 (Projet de loi C-55) » dans Institut canadien, *La faillite et l’insolvabilité : Produits Dangereux, Faillites Frauduleuse, Superpriorités, Ethique des Syndics, Tendances américains*, Toronto, Institut canadien, 2006.

Rocher, Guy, « les phénomènes d’internormativité : faits et obstacles », dans Jean-Guy BELLÉY (dir.), *le droit soluble. Contribution québécoise à l’étude de l’internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996.

Ron L. Bozzer, Lori A. Lothian & Ladner Downs, « Les droits et recours du fournisseur impayé dans les cas de réorganisation et de faillite » dans Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité, *Les trois R : Insolvabilité Retrait Restructuration Réadaptation*, Toronto, ACPI, 1993.

Rouland Norbert, « Pluralisme juridique (théorie anthropologique) » dans André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du Droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1993.

Rotsztain Michael B & Alexandra Dostal, « Debtor-in-Possession Financing » in Stephanie Ben-Ishai & Anthony Duggan, eds, *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law*, 3<sup>rd</sup> ed, Toronto, Edmond Montgomery Publications, 2015.

St-Orge Denis, « Les priorités de la Couronne rendra-t-on moins à César ? » dans Barreau du Québec, *Développements récentes en droit de la faillite*, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1992.

Vincent Sylvain, « Autres amendements à la Loi sur la faillite et l'insolvabilité » dans Barreau du Québec, *Développements récentes en droit de la faillite*, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1992.

\*\*\*\*\*

Al-Qara Daghi, Ali Mohieddin, « Développement des ressources de waqf par l'investissement » dans *Journal de l'Académie islamique du Fiqh de l'Organisation de la Conférence islamique*, Djeddah, -.

Jouaber-Snoussi Kaouther, « I. Un panorama de l'industrie de la finance islamique » dans : Kaouther Jouaber-Snoussi dir., *La finance islamique*, Paris, La Découverte, « Repères », 2012 p. 5-34.

Layachi Feddad « AL FIQH –WAQF : Présentation des différents aspects fiqhistes du Waqf » dans Boualem Bendjilali dir., *La Zakat et le Waqf : Aspects historiques, juridiques, institutionnels et économiques*, Djeddah, IIRF- BID, 1997.

Layachi Feddad « fiqh zakat : les biens zakataires » dans Boualem Bendjilali dir., *La Zakat et le Waqf : Aspects historiques, juridiques, institutionnels et économiques*, Djeddah, IIRF- BID, 1997.

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.

Mohsin Ali and Wajahat Azmi, « Impact of Islamic Banking on Economic Growth and Volatility: Evidence from the OIC Member Countries » dans Nafis Alam & Syed Aun R. Rizvi dir., *Islamic Banking Growth, Stability and Inclusion*, Springer Nature, UK, 2017.

Muhammad Al-Bachir Muhammad Al-Amine, « insolvency and restructuring in islamic finance » dans Harvard-LSE Workshop dir., *Insolvency & Debt Restructuring in Islamic Finance*, London School of Economics, London, 2013.

Ridha Saadallah, « Le financement islamique : Concept et principes généraux » dans *Introduction aux techniques islamiques de financement*, IIRF- BID, Djeddah, Arabie Saoudite, 123, 1992.

Ridha Saadallah, « la jurisprudence islamique des sociétés » dans Boualem Bendjilali dir *Les Sciences de la Chari'a pour les Économistes*, Djeddah, IIRF- BID, 2001.

Salman Syed Ali. «Insolvency and Debt Restructuring in Islamic Finance» dans Harvard-LSE Workshop, *Insolvency & Debt Restructuring in Islamic Finance*, London, London School of Economics, 2013.

Zada Najeeb, Ahcene Lahsasna & Muhammad Yusuf Saleem, «On sukuk insolvencies: a case study of east camron partner» dans Syed Aun R. Rizvi and Nafis Alam, *Islamic Capital Markets Volatility, Performance and Stability*, Switzerland,Palgrave Macmillan, 2016, 31.

Nafis AlamSyed Aun R. Rizvi dir., *Islamic Banking Growth, Stability and Inclusion*, Palgrave Macmillan, Cham, 2017, 127-148.

Youala Ali, « L'application de la Zakat au temps du Prophète (S) et des quatre califes (r) » dans Boualem Bendjilali, « La Zakat et le Waqf : Aspects historiques, juridiques, institutionnels et économiques », Djeddah, IDBI, 1998.

Youala Ali, « Le fonctionnement du système zakataire: l'assiette » dans Boualem Bendjilali dir., *Les Sciences de la Chari'a pour les Economistes*, Djeddah, IIRF- BID, 2001.

Youala Ali, « Le fonctionnement du système zakataire : l'affectation » dans Boualem Bendjilali dir., *Les Sciences de la Chari'a pour les Economistes*, Djeddah, IIRF- BID, 2001.

Zada Najeeb, Ahcene Lahsasna, Ziyaad Mahomed, Muhammad Yusuf Saleem, « Islamic Finance Insolvencies under Secular Bankruptcy Laws: A Case Study of Arcapita Bank under US Chapter 11 » dans Nafis AlamSyed Aun R. Rizvi dir., *Islamic Banking Growth, Stability and Inclusion*, Palgrave Macmillan, Cham, 2017, 127-148.

### 3.4. Thèses et dissertations

Coulibaly Aly D, *La défaillance des PME belges : analyse des déterminants et modélisation statistique*, thèse de doctorat en Sciences de Gestion, Université Catholique de Louvain, 2004 [non publiée].

Beaulieu Claude, *Le crédit et la faillite à Québec (1873-1879)*, thèse de doctorat en Arts, Université Laval, 1982 [non publiée].

Bouvet René, *De la faillite en droit musulman*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris, V. Giard & E. Brière, 1913.

Cousineau, Julie, *L'anonymat des dons de gamètes et d'embryons au Québec et au Canada : Essai théorique sur l'internormativité entre le droit positif et l'éthique de la sollicitude dans la résolution du conflit*, Thèse de doctorat en droit, Université McGill, 2011.

Diab, Ziad Sobhi, *la faillite des entreprises dans la doctrine islamique (Fiqh) et le droit : une étude comparative (en arabe)*, thèse de doctorat en jurisprudence islamique, Université Jordanienne.

El hajjami Ahmed, *Le redressement des entreprises en difficulté en droit marocain*, Thèse de doctorat en droit, Université de Metz, 1988.

Lyazami Nahid, *La prévention des difficultés des entreprises : étude Comparative entre le droit français et le droit marocain*, Thèse de doctorat en droit, Université du Sud Toulon – Var, 2013.

Markesinis Basil S, *Foreign Law and Comparative Methodology*, Thesis, Hart Publishing, 1997.

Stankiewicz Murphy Sophie, *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté Vers un rapprochement des droits?*, thèse de doctorat en droit, université de Strasbourg, 2011, [non publiée].

Telfer Thomas G.W., *Reconstructing Bankruptcy Law in Canada: 1867 to 1919 From an Evil to a Commercial Necessity*, thesis of Doctor of Juridical Science, University of Toronto, 1999 [[unpublished].

Al-Harthy Mohammed Said Saad, *la faillite et son impact sur les actions du débiteur : étude comparative (en arabe)*, thèse de doctorat en jurisprudence islamique, Université Umm Al-Qura, 1991 [non publiée].

\*\*\*\*\*

Al Khatib, Ahmed Ali, *Al Hajr (la mise en tutelle) de débiteur au profit de ses créanciers dans la doctrine islamique (fiqh) et dans le droit comparé*, thèse de doctorat en jurisprudence islamique, Université de Caire, 1964 [Imprimerie Dar Ataalif, le Caire].

Al Mansour, AbdelMajid ben Salah ben AbdelAziz, *La faillite des entreprises et son impact sur le Fiqh et le droit étatique (en arabe)*, thèse de doctorat en jurisprudence islamique, Université islamique al-'Imam muhammad bin Saoud, 2009.

Al-Mutairi Mansour Z., *Necessity in islamic law*, doctoral thesis in philosophy, University of Edinburgh, 1997 aux pp8-9 [non publiée].

Awass Omer, *Fatwa: the evolution of an islamic legal practice and its influence on muslim society*, Thèse de doctorat en philosophie, Temple University, 2014.

El-Tobgui, Carl Sharif, *The epistemology of Qiyas and Talil between the Mutazilite Abu l-Husayn al-Basri and Ibn Hazm al-Zahiri*, thesis of Master of Arts, MacGill University, 2000 [non publiée].

Ka'tali Abdallah ben hadi Ibrahim, *Les dispositions d'Al Ibra' dans la doctrine islamique (en rabe)*, Thèse de Magister dans la jurisprudence et la politique de la Char'a, université internationale Al-Madinah, 2013.

Siagh Lachemi, *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.

Majidi Elmehdi, *La finance islamique et la croissance économique : Quelles interactions dans les pays de MENA ?*, thèse de doctorat en Sciences économiques, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2006 [non publiée].

Mohd Safian Yasmin Hanani, *Necessity (Darura) in Islamic Law :A study with special reference to the Harm Reduction Programme in Malaysia*, doctoral thesis in philosophy (Arab and Islamic Studies), University of Exeter, 2010, [non publiée].

Sahel ahmed hassan Alhaj Younes, *La théorie de Al Ibra' et la décharge dans la doctrine islamique (en arabe)*, Thèse de Magister en jurisprudence islamique, université nationale An-Najah, 2000, [non publiée].

Tabatabaei Mohammad, *Les effets de la faillite en Fiqh et en droit étatique (en arabe)*, thèse de doctorat en jurisprudence islamique, Université islamique al-'Imam muhammad bin Saoud, 1995 [non publiée].

Zoulikha Hattab, *Droits et libertés fondamentaux en droit musulman : le paradoxe de l'universalité*, thèse de doctorat en droit public, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 2018 [non publiée].

### **3.5. Documents historiques légaux**

Abou Dawoud Sulayman ibn al-Ash'ath as-Sijistani, *Sunan abu dawoud*, Beyrouth, Al maktaba al ' asriya.

Abu Hayyan Al-Andalusi, *Tafsir Al Bahr Al Muhit*, Beyrouth, Dar ihya' al-turath al-arabi, -.

Al-Amidi Ali ibn Mohamed, *Al-Ihkam fi Usul al-Ahkam*, Beyrouth, Al-Maktab al-Islami, 1981.

Al Ansari, Zakariya ibn Muhammad, *Asna al-Matalib Sharh Rawd al-Talib*, le Caire, Dar al-Kitab al-Islami, -.

- Al-'akbari Abou Al baqa' AbdalAAh ibn Alhousein, *At Tibiyan fi I'rab al-Qur'an*, Beyrouth, Dar Al Fikr, 2001.
- Al-'Asqalani Ibn Hajar, *Fath Al-Bari Bi Charh Sahih Al-Boukhari*, le Caire, Dar al-Rayyan li'l-Turath, 1986.
- Al-Baabarti Muḥammad ibn Maḥmūd Akmal al-Dīn, *al- 'Ināyah sharḥ al-hidāyah : hamich fath al-Qadir*, Beyrouth, Dar Al-Fikr.
- Al-Bahuti Mansur Ibn Yunus, *Charh mountaha al iradat*, Beyrouth, Dar al-Fikr, 1982.
- Al-Bahuti Mansur Ibn Yunus, *Kashshaf al-qina' 'an matn al-iqna'*, Beyrouth, Dar al-Fikr, 1982.
- Al-Bakri Abu Bakar bin Muhammad Syatha, *Hasyiyat I'anat atalibin*, 1<sup>er</sup> éd, Beyrouth, Dar Al Fikr, 1997.
- Al-Bayḍawi Naṣir Ad-Din, *Tafsir albaydaoui*, Beyrouth, Dar ihya' al-turath al-arabi, -.
- Al Bayhaqi Abū Bakr, *Sunan al-Kubra*, Beyrouth, Dar al ma'rifa.
- Al-Boukhari Mohemed, *l'authentique de Boukhari*, Damas, Dar ibn Kathir, 1993.
- Al-Daraqutni, *Sunan al-Daraqutni*, Riyad, Almoayyed, 2001.
- Al Dasouqi, *Hashiyat Dasouqi ala sharh al-Kabir*, Beyrouth, Dar ihya' al kotob al 'arabiya.
- Al-Farra Al-Baghawi Muhammad al-Husayn ibn Muhammad ibn Massoud, *Tafsir Al-Baghawī (Ma'ālim al-Tanzīl)*, Riyadh, Dar Taiba, -.
- Al-Ḥaṭṭab al-Ru'aynī Shams al-Dīn Abū 'Abd Allāh Muḥammad ibn Muḥammad ibn 'Abd al-Raḥmān, *Mawahib al-Jalil li Charh Moukhtasar Khalil*, 3e éd., Beyrouth, Dar al-Fikr, 1992.
- Al Jarjani Ali ben Muhammad, *Kitab al-Ta'rifat*, Beyrouth, Dar al Kotob al Ilmiyah, 1983.
- Al-Jassas Abu Bakr Ahmad bin Ali al-Razi, *Ahkam al-Quran*, Beyrouth, Dar ihya' al-turath al-arabi, 1984.
- Al Kassani 'Ala Uddin, *Bada'i Al-Sana'i*, Beyrouth, Dar Al Kitab Al Arabi, 1982.
- Al-Khateeb A-Sherbini, *Moghni al-Mohtaj ela Ma'arefat Ma'aani Alfadh al-Menhaj*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiah, 1994.
- Al-Khawarizmi az-Zamakhshari Abu al-Qasim Mahmud ibn Umar, *Al-Kashshaaf*, Riyadh, Maktabat al-'Abikan, 1998.
- Al Mardawi Ali ibn soulayman, *Al Insaf fi ma'rifat al rajih min al-khilaf*, Beyrouth, Dar ihya' al-turath al-arabi, -.
- Al-Mawardi Ali Ibn Muhammad, *Tafsir al-Mawardi*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiah, -.
- Al Mawardi Ali ibn Muhammad, *Hawi al-Kabir fi Fiqh al-Shafi'i*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiah, 1999.
- Al Mawsili Al-Imam Abdullah ibn Mahmood Ibn Maudud al Hanafi, *Al Ikhtiyar Li Ta'lil Al Mukhtar*, Beyrouth, Dar Al khair, 1998.
- Al-Mawwaq al-Maliki, *At-Taj wa al-Iklil li Mukhtasar Khalil*, Dar Al Kotob Al ilmiyah, 1994.
- Al-Maydani 'Abd al-Ghani al-Ghunaymi, *al-Lubab fi sharh al-kitab*, Beyrouth, Al maktaba al-ilmiyah,-.
- Al-Mubarakfuri Safiy Ar-Rahmān, *Tuhfat Al-Aahodhi*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiah, -, Vol. 4, Hadith n° 1069.

Al-Mubarakfuri Safiy Ar-Rahmân, *Ar-Rahîq Al-Makhtoum*, le ministère des Awqaf et des affaires islamiques au Qatar, 2008.

Al-nafsi Abdullah bin Ahmed, *Tafsir al-Nafsi*, Beyrouth, Dar al-Kalam al-Tayeb, 1998.

Al-Nasa'i, Ahmed, *Sunan Al-Nasa'ai*, Alep, Maktab al-matbou'at al-islamiya, 1994.

Al-Nishaburi, *Al-Mustadrak `alâ al-Sahîhayn*, Beyrouth, Dar al ma'rifa, 1998.

Al-Qari Ali ibn Sultan, *Mirqat al Mafatih Sharh Mishkat al-masabih'*, Djeddah, Dar Al Fikr, 2002.

Al-Qarafi Abi al-'Abbas Ahmad ibn Idriss al-Maliki, *Al-Furooq*, le Caire, Alam Al Kotob.

Al-Qattan Manna', *Mabahith fi Ulum al-Qur'an*, 7<sup>e</sup> éd, le Caire, Maktabat Wahiba, -.

Al-Qutrubî, *Al-Mufhim Lima Ashkala Min Talkhees Kitaab Muslim*, Damas, Dar ibn Kathir, 1996.

Al-Qurtubi Abu 'abduallah Muhammad, *Tafsir al-Qurtubi*, Beyroth, Dar Al Fikr, -.

Al-Ramli, *Nihayat al-muhtaj ila Sharh al-Minhaj*, Beyrouth, Dar al-fikr, 1984.

Al-Razi Fakhr al-Din, *Al-Tafsir Al-Kabir*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiah, 2004.

Al-Sabki, *Al-Ashbah wal Nadha'ir*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiah, 1991.

Al-Sarakhsi, *Al-Mabsut*, Beyrouth, Dar Al Maarifa, 1989.

Al-Shawkani, Muhammad ibn Ali, *Fath al-Qadir*, Beyrouth, Dar al ma'rifa, 2004.

Al-Shawkani Muhammad ibn 'Ali ibn Muhammad, *Nayl al-awtar : sharh muntaqa al-akhbar min ahadith sayyid al-akhyar*, le Caire, Dar al Hadith, 1993.

Al-Shurunbalaali Hasan bin Ammar bin Al-Hanafi, *Maraqi Al Falah bi Imdaad Al Fatah Sharh Nur Al idah Wa Najat Al Arwah*, 1er éd, Tripoli, Al Matba'a al Asriya.

Al-Suhayli Abd al-Rahmân, *al-Rawd al-'Unuf fi Sharh Sirah al-Nabawīyah*, le Caire, Maktabat Ibn Taymiyya, livre 2.

Al-Suyuti Jalal al-Din, *Al itqan fi ulum al quran*, Beyrouth, Dar Al Kitab Al Arabi, 1999.

Al-Suyuti Jalal al-Din al-Mahalli et Jalal al-Din, *tafsīr al-jalalayn*. Damas, Dar ibn Kathir.

Al-Suyuti, *Al-Ashbah wal Nadha'ir*, 1er éd, Dar al kotob al 'ilmiah, 1990.

Al-Suyuti, *Al-Durr Al-Manthur*, le Caire, Markez al-Hajr, 2003.

Al-Syahaarazuri Taqiyyuddîn Abu 'Amr Utsman bin Abdurrahman bin Utsman bin Musa al-Kurdi, *Adab al-Mufti wa al-Mustafti*, 1<sup>er</sup> Ed, Médine, Maktabat al-'Ulūm wa-l-ḥikam, 1986.

Al-Tabary Ibn Jarir, *Tafsir at-Tabari*, le Caire, Dar al-Ma'arif, 1954.

Al-Tirmidhi, Abu `Isa Muhammad, *Sunan At-Tirmidhi*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiah.

Al-Zuhayli Wahbah, *Nazariyyat al-Darurah al-shar'iyah Muqaranatan ma'a al-Qanun al-Wad'I*, Bayreuth, mo-Asasat al rissala, 1985.

- Al-Zuhayli Wahbah, *Fiqh al-Islami wa-Adilatuhu*, Beyrouth, Dar Al-Fikr.
- Al-zuhayli Wahbah, *Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah wa Tatbiqatuha fi al-Mazahib al-Arba'ah*, Beyrouth, Dar al-Fikr, 2006.
- Al-Zayla'i Jamal al-Din 'Abd Allah, *Nasb al-Raya fi Takhrij Ahadith al-Hidaya*, le Caire, Dar al Hadith, 1995.
- Al-Wahidi An-Naisaburi, *les causes de la révélation du saint Coran*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiyah, 2010 (traduction Mohammed Ismail).
- An-Nawawi, *Al-Minhaj Charh Sahih Mouslim*, Beyrouth, Dar al Khair, 1996.
- An-Nawawi, *Sahih muslim: sharh Al-Imam An-Nawawi*, Beyrouth, Dar Al-Khair, 1996.
- An-Nawawi, *Al-Majmou' Charh al-Mouhaddhab*, Djeddah, Dar Al Fikr, -.
- Ash Shatibi Abu Is-haq Ibrahim Ibn Musa ibn Muhammad Al Andalusi, *Al Muwafaqat*, le Caire, Dar Ibn 'Affan, 2003.
- Ben Achour Mohamed Tahar, *Tafsir al-Tahrir wa'l-Tanwir*, Dar Sahnoun, Tunis, 1984.
- Ibn Abi shayba, *Al Moussannaf*, Beyrouth, Dar al-fikr, 1994.
- Ibn Abidin Muhammad Amin, *Radd al-Muhtar ala Ad-Durr al-Mukhtar*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmiyah, 1992.
- Ibn Atiya Al-Andalusi Abd al-Haq ibn Ghalib, *Tafsir Ibn Attiyah*, 2<sup>e</sup> éd, Doha, Qatar, Wizarat al-Awqaf wa-al-Shu'un al-Islamiyya, 2007.
- Ibn Hajar Al-Haytami, *Tuhfat Ul Muhtaj Li Sharh Il Minhaj*, Beyrouth, Dar Ihya' al-Turath al-Arabi.
- Ibn al-Humam Muhammad ibn 'Abd al-Wahid, *Sharh fath al-qadir*, Beyrouth, Dar Al-Fikr, -.
- Ibn Hanbal Ahmed, *Musnad Ahmad ibn Hanbal*, Beyrouth, Dar ihya' al-turath al-arabi, 1993.
- Ibn Hazm, *Al-Mouhalla*, Beyrouth, Dar al-fikr.
- Ibn Hazm, *Al-Ihkam fi Usul al-Ahkam*, Beyrouth, Dar al-Afaq al-Yadida, 1985.
- Ibn Hisham, *Sira Nabawiya*, Djeddah, Mo'asasat 'Ulum al-Qur'an, 1981.
- Ibn Kakhir, *tafsir ibn kathir*, Dar Taibah, Riyad, 2002.
- Ibn Kathir, *Al-Bidaya wa An-Nihaya*, Riyadh, Dar A'alam al-Kotob, 2003.
- Ibn Majah Muhammad ibn Yazid, *Sunan Ibn Majah*, Beyrouth, Al maktaba al 'ilmiyah.
- Ibn Muflih al-Maqdissi, *Mubdi' Sharh al-Muqni'*, Beyrouth, al-Maktab al-Islami, 2000.
- Ibn Nujaim al-Hanafi, *Al-Bahr al-Raiq Sharh Kanzud Daqa'iq*, le Caire, Dar al-Kitab al-Islami, -.
- Ibn Nujaym, *Al-Ashbah wal Nadha'ir*, 1er éd, Dar al kotob al 'ilmiyah, 1999.

Ibn Qayyim al-Jawzīyah Muḥammad ibn Abī Bakr, *Madārij al-sālikīn*, Beyrouth, Dar Al Kitab Al Arabi, 1996.

Ibn Qayyim Al-Jawzīyah, *al-Turuq al-hikmiyah*, Damas, Maktabat dar al-bayan, -.

Ibn Qudama al-Maqdissi, *Almogħni*, 1<sup>er</sup> ed, Beyrouth, Dar ihya' turath al-'arabi, 1985.

Ibn Qudama al-Maqdissi, *Al-Kafi fi Fiqh al-Imam Ahmad*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmīyah, 1994.

Ibn Qudama al-Maqdisī, *Rawḍat al-nāzīr wa-jannat al-manāzīr*, 2<sup>e</sup> éd, Beyrouth, Muasasat Al-Rayan, 2002.

Ibn Rushd, *Bidāyat al-Mujtahid wa Nihāyat al-Muqtaṣid*, Beyrouth, Dar Ibn Hazm, 1999.

Ibn Ruchd Abu Al-Walid, *Al-Bayan wa-al-Tahsil wa-al-Tawjih wa-al-Ta'lif fi Masa'il al-Mustakhrajah*, 2<sup>e</sup> éd, Beyrouth, Dar al-Gharb al-Islami, 1988.

*Illich* Mohammed bin Ahmed, *Charh Moukhtasar Khalīl*, Beyrouth, Dar al-fikr, 1989.

Malik Ibn Anas, *Al-Mouwatta'*, le Caire, Dar ihya' al 'ouloum al 'arabiya, 1994.

Malik Ibn Anas, *Al-Mudawanah*, Beyrouth, Dar al Kotob al Ilmiyah 1995

Ministère des Awqaf et des affaires islamiques au Koweït, *al-Mawsoo'ah al-Fiqhiyyah*, 2<sup>e</sup> éd, Koweït, le ministère des Awqaf et des affaires islamiques au Koweït, 1989.

Muslim ibn al-Hajjaj al-Naysaburi, *l'authentique de Muslim*, Beyrouth, Dar ihya' al kotob al 'arabiya, 1991.

Muslim ibn al-Hajjaj al-Nisaburi, *Le sahih de muslim : Recueil des hadithes authentiques du prophète avec commentaire d'al-Nawawi*, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmīyah, 1971.

Qasimi, Jamal al-Din, *Tafsir al-Qasimi*, Beyrouth, Dar ihya' al kotob al 'arabiya, 1957.

Rida, Muhammad Rashid, *Tafsir Al-Manar*, le Caire, Al hayaa al misriya al 'ama lil kitab, -.

Zayla'i, Uthman ibn Ali, *Tabyin al-Haqa'iq Sharh Kanz al-Daqa'iq*, le Caire, Dar al-Kitab al-Islami.

Zein Ed-Dine Ahmed ibn Abdul-Latif A-Zoubaidi, *Le sommaire du sahih al-Boukhari*, 5<sup>e</sup> éd, Beyrouth, Dar al kotob al 'ilmīyah, 2010.

### 3.6. Site internet

AAOIFI, en ligne : <<http://aaoifi.com/?lang=en>>.

Academie islamique du fiqh (jurisprudence), en ligne : <<http://www.iifa-aifi.org/>>.

Allianz Trade, en ligne :

<<https://www.allianz-trade.fr/actualites/defaillances-entreprises-2023.html>>.

Ansar Housing Cooperative, en ligne : <<http://www.ansarhousing.com/>>.

Arcapita, en ligne : <<https://www.arcapita.com/>>.

Assiniboine Credit Union, en ligne : <<https://www.acu.ca/en/personal/mortgages/specialty-mortgages>>.

Banque islamique de développement, en ligne : <<https://www.isdb.org/fr>>.

Banque mondiale, en ligne : <<https://www.banquemondiale.org/>>.

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international CNUDCI, en ligne :

< <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/index.html>>.

Conseil consultatif de la Charia de la commission des valeurs, en ligne :SC <<http://www.sc.com.my/>>.

Coopérative d'Habitation Qurtuba, en ligne : <<https://qurtuba.ca/fr/>>.

Dictionnaire Larousse, en ligne : < <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/fatwa/32988>>.  
Fonds Monétaire International, en ligne : <<https://www.imf.org/external/french/index.htm>>.  
IFSB, en ligne : <<https://www.ifsb.org/background.php>>.  
IjaraCDC, en ligne : <<https://ijaracdc.com/>>.  
Islamic Financial Services Board (IFSB), en ligne : <<https://www.ifsb.org/>>.  
Organisation de la coopération islamique (OCI), en ligne : <<https://www.oic-oci.org/home/?lan=fr>>.  
Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI), en ligne :  
< <https://www.wipo.int/publications/fr/details.jsp?id=4528> >.  
UM Financial, en ligne : <https://umgroup.ca/home/>>.