

Retard de paiement en droit musulman : étude comparative avec le droit malaisien et le droit européen

Abdelaziz EL HAMMAOUI*, Abdelmajid HMAITTANE*

** Université du Québec, Montréal, Canada*

** E.N.C.G – A - Université Ibn Zohr, Agadir*

ABSTRACT

If late payment is a serious problem for all companies in the economy, it is of particular importance for Islamic financial institutions. Their double submission to national laws and Islamic law complicates the problem and thereby requires that any solution has to be consistent with these two groups of laws.

Thus, although conventional laws propose solutions to late payments, these are interest-based and therefore do not conform to Islamic law. In Malaysia, the legislator has tried to fill this gap by amending the current regulations. Mainly, two elements have been introduced namely compensation (ta'widh) and penalty (gharamah) as specific equivalents for Islamic financial institutions. This paper evaluates this new Malaysian regulation by comparing it with the elements of the European directive in this area. This comparative approach shows that Malaysian solutions for late payment reproduce the essence of conventional resolutions.

Keywords: Late payment, Islamic financial institutions, interests, ta'widh, gharamah.

RÉSUMÉ

Si le retard de paiement constitue un sérieux problème pour l'ensemble des entreprises de l'économie, il revêt une importance toute particulière pour institutions financières islamiques. En effet, la double soumission aux lois nationales et au droit musulman complique le problème et impose que toute solution soit conforme à ces deux groupes de lois.

Ainsi, bien que le droit conventionnel propose des solutions aux retards de paiement, celles-ci sont basées sur les intérêts et par conséquent ne sont pas conformes au droit musulman. En Malaisie, le législateur a essayé de remédier à une telle lacune en amendant la réglementation en vigueur pour l'adapter aux institutions financières islamiques. Principalement, deux éléments ont été introduits à savoir la compensation (ta'widh) et la pénalité (gharamah)

comme des équivalents spécifiques pour ces institutions. Le présent papier évalue cette nouvelle réglementation malaisienne en la comparant aux éléments de la directive européenne en la matière. Cette approche comparative montre que les solutions malaisiennes de lutte contre le retard de paiement reproduisent l'essence des résolutions conventionnelles.

Mots clés: Retard de paiement, institutions financières islamiques, intérêts, ta'widh, gharama

INTRODUCTION

Depuis plus de quatre décennies, la croissance de la finance islamique (FI) n'a pas cessé d'impressionner¹. Les actifs islamiques ont atteint environ \$1.7 trillion en 2013 avec une croissance annuelle soutenue de 17,6%². Les produits financiers islamiques sont offerts non 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 Bank³. Celles-ci se trouvent dans certains pays majoritairement musulmans⁴ comme dans d'autres pays où les musulmans constituent une minorité visible⁵.

L'évolution spectaculaire que connaît la FI est accompagnée d'un nombre important de litiges et de problèmes impliquant directement le droit musulman. Entre autres, ces problèmes sont liés à la spécificité de la FI qui est appelée à respecter à la fois les lois nationales et le droit musulman⁶.

Parmi les problèmes posés à la FI, figure le retard de paiement. Celui-ci est défini par la directive européenne concernant la lutte contre le retard de paiement⁷ comme étant : tout paiement non effectué dans le délai de paiement contractuel ou légal.

Dans la langue arabe, on retrouve le mot «Al Matl» qui signifie le retard de paiement. Dans son sens strict, *AlMatl* veut dire retarder le paiement de la dette (Al Qadi 'Iyad)⁸. Dans son sens large, il signifie le retard de paiement de la dette sans raison valable alors

¹ Vijay Tata, «Development of Effective Insolvency Regimes for Islamic Financial Institutions» (2012) Fifth Islamic financial stability forum, Bahrain à la p 3 [Vijay].

² World Islamic banking competitiveness Report 2013-14 à la p 5; Dans un rapport de FMI, les actifs islamiques ont atteint environ \$1.7 trillion en 2013: Mohamed Norat, Marco Pinon & Zeine Zeidane, *The Promise of Islamic Finance: Further Inclusion with Stability*, IMF, 2015.

³ Zamir and Mirathor Abbas, *An introduction to Islamic Finance Theory and Practice*, 2nd Edition, Asia, John Wiley & Sons, 2011 à la p 3; Causse Geneviève, *La finance islamique*, Paris, Revue Banque, 2009 à la p 23 [Geneviève]; Hossein Askari, Iqbal Zamir and Abbas Mirakhor, *New Issues in Islamic Finance and Economies : Progress and Challenges*, Asia, John Wiley & Sons, 2009 à la p 30 [Askari, Iqbal and mirakhor]; M.Kabir Hassan and Mervyn K.Lewis, « Islamic banking: an introduction and overview », dans M.Kabir Hassan and Mervyn K.Lewis dir. , *Islamic Finance*, Cheltenham, 2007 1 à la p 1.

⁴ «Les plus grands centres de la finance islamique sont concentrés au Moyen-Orient, y compris en Iran, avec une part de 35,7% du total des actifs de la finance islamique, l'Arabie saoudite avec 13,9%, les Émirats arabes unis (EAU) 8,7%, le Koweït 7,3%, le Bahreïn 5,3%, et le Qatar 4,8%, en plus de la Malaisie, en Asie, avec une part de 12,3%. Les institutions financières islamiques opérant dans ces pays sont appelées à pousser la croissance future de cette industrie et son expansion vers de nouveaux marchés. L'industrie de la finance islamique se développe très rapidement dans d'autres pays membres de l'OCI, en Moyen-Orient, comme la Turquie, le Soudan, l'Égypte, la Jordanie et la Syrie» Organisation of Islamic Cooperation SESRIC, *Islamic Finance in OIC Member Countries*, 2012 à la p 4-5.

⁵ «Certains territoires non-musulmans, tels que l'Australie, l'Europe et les Amériques sont en train de devenir de nouveaux centres pour la finance islamique. Enregistrant une croissance moyenne de 21,6%, les actifs de la finance islamique dans ces régions ont plus que doublé au cours de la période 2006-2011, indiquant que l'industrie des services financiers islamiques est en train d'élargir sa base de clients à des régions non-musulmanes» Organisation of Islamic Cooperation SESRIC, *Islamic Finance in OIC Member Countries*, 2012 à la p 4.

⁶ Rodney Wilson, *Legal, regulation and governance issues in Islamic finance*, Croydon CRO, Edinburgh University Press, 2012 à la p 5 [Wilson].

⁷ Directives UE, Directive 2011/7/UE du parlement européen et du conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, [2011] J.O. L 48/1.

⁸ Al Qada 'Iyad Ibn Musa Al Yahsubi était un juge d'origine Andalouse, affilié à l'école juridique Malikite et à l'école théologique Ash'arite. Dans Mohamed al-Zaourqani, *Charh du Mouwatta de l'Imam Malik par Al-Zourqani*, maktabatthaquafadiniya, le Caire, 2003 (kitab alboyah, bab jamadain wahaw) à la p 485 [al-Zaourqani].

que l'on peut payer (Al-Qurtubi)⁹. En termes économiques, le retard de paiement engendre des soucis de trésorerie chez les entreprises, affecte leur rentabilité et même, dans certains cas, menace leur survie¹⁰. En effet, il est à l'origine de 20% de faillites¹¹.

Afin de lutter contre le retard de paiement, l'Union européenne a adopté la directive 2011/7/UE. Celle-ci fournit un cadre légal pour poursuivre les débiteurs. La solution proposée se résume en deux points : la réclamation des intérêts et le remboursement des frais liés au recouvrement¹². Cette directive s'accorde bien avec les principes d'un système financier basé essentiellement sur l'intérêt. Elle ne fait aucune distinction dans le traitement des IFI et leurs clients par rapport aux institutions financières conventionnelles (IFC). Néanmoins, il existe une différence majeure entre les IFI qui sont soumises à des injonctions religieuses et les IFC qui ne le sont pas¹³. A cet égard, dans le cadre du droit musulman nous citons le verset du coran 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 !»¹⁴.

En Malaisie, la FI a connu un grand développement depuis 1983. Malgré l'existence de l'Islamic Banking Act 1983¹⁵, les IFI sont régies parallèlement par d'autres lois séculaires antérieures à leur création comme l'Order 42 Rule 12 Rules of the High Court 1980. Ce dernier, à l'instar de la directive européenne, impose l'intérêt sur les retards de paiement. En l'absence de solutions appropriées pour les IFI, les jurisconsultes et juristes malaisiens ont puisé dans la jurisprudence islamique pour élaborer un mécanisme alternatif de lutte contre le paiement tardif. Cette tentative s'inscrit dans un débat qui a été lancé par les jurisconsultes contemporains après l'émergence de la FI¹⁶. L'académie islamique internationale de jurisprudence, un organisme subsidiaire de l'organisation de coopération islamique (OCI)¹⁷, prône une approche purement positiviste puisqu'elle

⁹ *Ibid*; Al Imâm Abu AbdAllah Muhammad Ibn Ahmad Ibn Abi Bakr Al-Ansari Al-Qurtubi est un célèbre savant sunnite, un théologien Ash'arite et un juriste Malikite. Il est le savant le plus connu de l'histoire de Cordoue.

¹⁰ Michel Glais, *Étude sur les délais de paiement*, Commission d'Examen des Pratiques Commerciales, 2005 à la p 2.

¹¹ R3 Association of Business Recovery Professionals en ligne :

<https://www.r3.org.uk/index.cfm?page=1114&element=19763>; [Palmer Solicitors, en ligne: http://www.palmerslaw.co.uk/articles/late-payment-causes-1-in-5-insolvencies-say-experts/](http://www.palmerslaw.co.uk/articles/late-payment-causes-1-in-5-insolvencies-say-experts/)

¹² Michel Herszbien, «L'encadrement juridique des délais et retard de paiement» 2013 ; Martin Winther Bolet, *Combating late payment in commercial transactions "A legal and economic analysis on the European Commission's Directive 2011/7/EU on late payment in commercial transactions"*, Master Thesis, Aarhus School of Business, University of Aarhus, 2011.

¹³ « La plupart des institutions financières islamiques opèrent en vertu des lois et règlements bancaires existantes sans aucune disposition spéciale. Les exceptions incluent l'Iran, où tous les services bancaires est soumis à Law on Usury-Free Banking, et la Malaisie et l'Indonésie, où il y a des lois particulières régissant la finance islamique » Wilson, *supra* note 6 à la p 5.

¹⁴ Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 280.

¹⁵ L'Islamic Financial Services Act 2013 (IFSA) a abrogé l'Islamic Banking Act 1983 et le Takaful Act 1984.

¹⁶ «The wide participation in Islamic financial markets by both Islamic and conventional financial institutions has highlighted that, in the event of default by a borrower, there is insufficient clarity on the ranking and status of claims (i) of creditors against the borrower, or in respect of other Islamic financial transactions; and (ii) between the participants in the transaction» Vijay *supra* note 1 aux pp 4-5.

¹⁷ 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

considère tout type de frais de retard comme une forme de *Riba*¹⁸. Parallèlement, un certain nombre de jurisconsultes ont mené ce que nous pouvons considérer comme une analyse économique du droit¹⁹. Certains d'entre eux autorisent les frais de retard à condition d'en faire œuvre de charité²⁰. D'autres plaident pour une compensation des dommages réels subis par le prêteur²¹. Ce débat a été bien documenté dans la littérature (voir Muscati, Sina Ali²², Abd Allah Ibn Sulayman Al-Mani'²³). En 2010, et afin d'établir un système duel en Malaisie, le Conseil consultatif de la charia (SAC) de la Banque Negara Malaysia a suggéré que le savoir la compensation (*ta'widh*) et la pénalité (*gharamah*) peuvent être imposés au client défaillant qui ne respecte pas son obligation avec les IFI. Après de nombreux projets et réunions, la résolution est devenue un règlement. Ce dernier a été approuvé et publié le 26 juin 2012.

Une question centrale se pose à cet égard : Dans quelle mesure les solutions malaisiennes de lutte contre le retard de paiement sont-elles proches des pratiques bancaires conventionnelles?

Le processus historique de la décision malaisienne a été bien documenté par Tun Abdul Hamid dans son article *Latepayment charge on judgment debts arising from financial transactions in accordance with shariah*²⁴. En 2013, lors de la cinquième conférence internationale sur la criminologie financière (ICFC), il a été conclu que le mécanisme du *ta'widh* est différent des pénalités facturées par les banques classiques (l'intérêt)²⁵.

Dans le présent travail de recherche, nous soutenons, au contraire, que les solutions malaisiennes de lutte contre le retard de paiement reproduisent l'essence des résolutions conventionnelles, et nous affirmons que les autorités malaisiennes ont introduit des mécanismes similaires à ceux conventionnels. Si les intérêts de retard concordent parfaitement bien avec les principes d'un système financier basé sur l'intérêt, le *ta'widh*

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.

¹⁸ Le *Riba* qui veut dire étymologiquement surplus et usufuit. Au sens de la jurisprudence islamique signifie à la fois usure et intérêt.

¹⁹ Elle consiste à appliquer la théorie-économique, principalement la microéconomie et les concepts de base de l'économie du bien-être, pour examiner la formation, la structure, les processus et l'impact économique du droit et des institutions juridiques, dans Nicholas Mercuro & Steven G. Medema, *Economics and the Law, Second Edition: From Posner to Postmodernism and Beyond*, second edition, UK, Princeton University Press (2006) à la p 1.

²⁰ L'AAOFI, *Critère légitime N 3 : l'atarmoyeur*, à la p 42.

²¹ Mustafa Ahmad Al-Zarqa, *Hal yqbalu charan Alhokm alamadin almomatel bita'wid 'alada'in?*, Magazine de l'économie islamique, 1985, vol 2, 2eme ed, aux pp 94-95; cheikh sadek al darir Dans Abd Allah Ibn Sulayman Al-Mani', *The problem of late payment in Islamic banks*, Islamic Fiqh Academy (OCI), Doha, 2013 à la p 413 [Al-Mani']; Mohammed Zaki Abdelbar, *un autre avis sur le débiteur, sera-t-il tenu d'indemniser?(en arabe)*, magazine de l'université du roi Abdul Aziz, économie islamique, 1990 aux pp 150-155.

²² Muscati. Sina Ali, *Late Payment in Islamic Finance*, (2007) UCLA Journal of Islamic & Near Eastern Law, 6(1), pp. 47-67.

²³ Al-Mani', *supra* note 21.

²⁴ 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) », à la p1 [Tun Abdul Hamid].

²⁵ The 5th International Conference on Financial Criminology (ICFC) 2013 "Global Trends in Financial Crimes in the New Economies" à la p 5.

(compensation) que se rapproche de l'intérêt n'est pas compatible avec les principes de la FI qui interdisent entre autres le recours aux intérêts.

L'objectif de cette étude est de comparer les mécanismes de lutte contre le retard de paiement relatifs aux IFI à leurs homologues conventionnels. Pour cela, nous faisons appel à certaines normativités encadrant le retard de paiement. La comparaison portera principalement sur l'Order 42 Rule 12A 2012²⁶ et la directive européenne concernant la lutte contre le retard de paiement²⁷. Les raisons de ce choix sont les suivants. En ce qui concerne la Malaisie, c'est l'unique pays qui a mené une approche dualiste quant aux mécanismes de lutte contre le retard de paiement. Ceci, en modifiant la loi qui impose l'intérêt de retard et en adoptant un régime spécifique pour les IFI. Quant à la directive européenne, elle a été choisie parce que la législation européenne dans le domaine de lutte contre le retard de paiement est récente et devrait être appliquée dans plusieurs pays²⁸.

Nous suivons une approche positive de l'analyse économique du droit²⁹ qui consiste à utiliser les outils de la microéconomie pour prédire les effets des règles juridiques³⁰. L'analyse économique du droit remonte à 1960 avec la publication "The Problem of Social Cost" de Ronald Coase³¹. Elle a été enrichie par les travaux de Gary Becker³², Guido Calabresi³³, Richard Posner³⁴, Henry Manne, Armen Alchian, James Buchanan, Steve Cheung, Harold Demsetz, Richard Epstein, Friedrich A Hayek³⁵ et Gordon Tullock.

En droit musulman, la complémentarité entre le droit et la science économique a été au cœur des travaux des jurisconsultes traditionnels. On peut citer, à titre d'exemple, les

²⁶ L'Order 42 Rule 12A, Rules of Court 2012.

²⁷ *Supra* note 7.

²⁸ La directive doit être transposée par les pays de l'UE dans leur droit national en vue d'être appliquée, en vertu du principe de l'effet direct et de la primauté de droit européen. Ces principes ont été consacrés par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) respectivement dans l'arrêt Van Gend en Loos du 5 février 1963 et dans l'arrêt Costa contre Enel du 15 juillet 1964.

²⁹ Cette analyse se divise en deux catégories : d'une part, l'approche positive. D'autre part, une approche normative qui consiste à déterminer quelles devraient être les règles de droit des contextes spécifiques. Dans Richard Posner, «Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law», Chicago Working papers in Law and Economics NO.53 at 9 (1998) aux pp 2 et 4.

³⁰ Fabrice Rochelandet, «Introduction : l'analyse économique du droit (Law&Economics)» à la p 3, en ligne : <http://fabrice.rochelandet.free.fr/ecodroit_introductiongenerale.pdf> [Rochelandet].

³¹ R. H. Coase, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, Vol. 3, (Oct., 1960), pp. 1-44

³² Gary S. Becker, «Crime and Punishment: An Economic Approach», The Journal of Political Economy 76 (2). p. 169-217. 1968.

³³ Guido Calabresi, «Some Thoughts on the Risk Distribution and the Law of Torts», Yale Law Journal 70, p. 499-553. 1961.

³⁴ Richard A. Posner, Economic Analysis of Law, Boston: Little, Brown. 1972.

³⁵ Friedrich Hayek, The Constitution of Liberty, Chicago: University of Chicago Press. 1960.

travaux d'Alkassani sur la Modaraba³⁶ et la contribution d'Ibn Qudama³⁷ sur ce qu'on appelle dans la jurisprudence occidentale la levée du voile corporatif³⁸.

Au regard des normes islamiques, la recherche documentaire s'est limitée aux sources du droit de transaction financière islamique sunnite³⁹. Ceci est dû à deux facteurs : le premier est relatif aux controverses importantes sur les sources. Le deuxième, quant à lui, est lié à la part considérable du marché présenté par la majorité sunnite. Dans le même ordre d'idées, nous ne nous inscrivons pas dans une école juridique précise dans ce courant⁴⁰.

Cet article est divisé en cinq sections. Nous présentons, d'abord, ce que nous considérons comme droit musulman (1). Nous expliquons, ensuite, le cadre conceptuel du retard de paiement en droit musulman (2). Dans un troisième temps, nous exposons les obstacles juridico-économiques dans le cas de la Malaisie (3) et qui ont mené à l'adoption d'un régime spécifique pour les IFI (4). Enfin, nous analysons la notion de *Ta'with* et son équivalent en droit européen (5) avant de conclure.

1. Signification du droit musulman

Avant toute chose, nous éclairons le lecteur sur la portée de certains concepts : l'islam, la finance islamique, le droit musulman, la *Chari'a* et le *Fiqh*.

L'islam, au sens étymologique, veut dire soumission⁴¹. Chronologiquement, c'est la troisième religion monothéiste du monde et découle de la même origine que le Judaïsme et le Christianisme⁴². L'islam est la religion de ceux qui croient que le Coran est la parole de Dieu et que sa révélation a été transmise pour l'ensemble de l'humanité à travers Mohamed son messenger et dernier prophète⁴³. Il se divise en plusieurs courants. Les deux principales sont le sunnisme et le chiisme. La grande majorité des musulmans (87-90%) dans le monde appartient au courant sunnite.

La finance islamique est une nouvelle expression composée de deux mots «finance» et «islamique». D'une part, la finance qui se définit comme l'ensemble des activités qui

³⁶ Al-Kasani, Abu Bakr Ibn Masud, *Badai' al-Sana'i Fi Tartib al-Sharai'*, 2eme éd., Cairo, Dar al- Kutub al-Ilmiyyah, 1986.

³⁷ Ibn Qudama al-Maqdisi, *Al-mughni*, 1er., Bei rut, Dar Ihya al-Turath al-Arabi, 1985, à la p 322 [Ibn Quadama].

³⁸ *Salomon v A Salomon & Co Ltd* [1897]; Stéphane ROUSSEAU et Nadia SMAÏLI, « La levée du voile corporatif sous le Code civil du Québec: des perspectives théoriques et empiriques à la lumière de dix années de jurisprudence », (2006) 47 Cahiers de droit 815-861.

³⁹ Le sunnisme est le courant religieux majoritaire de l'islam. Il représente 85 à 90 % des musulmans. Il possède plusieurs écoles juridiques, ayant toutes les mêmes croyances. Les quatre principales écoles étant le Hanafite, Malikite, Shaféite et Hanbalite. Le chiisme constitue aussi une branche importante de l'islam, pour plus d'information voir notamment Devin J. Stewart, *Islamic Legal Orthodoxy: Twelver Shiite Responses to the Sunni Legal System*, University of Utah Press, 2007; Haider Ala Hammoudi, *You Say You Want A Revolution: Interpretive Communities and the Origins of Islamic Finance*, 48 Va. J. Int'l L. 249, 264-267 (2008).

⁴⁰ Wilson, *supra* note 6 à la p 31.

⁴¹ Lachemi Siagh, *Le fonctionnement des organisations dans les milieux de culture intense, le cas des banques islamiques*, Thèse de doctorat en administration, HEC Université de Montréal, 2001, à la p 9 [Siagh].

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

organisent le financement des agents économiques ayant besoin de capitaux (comme les entreprises ou les États) par les agents ayant des surplus (typiquement les ménages épargnants)⁴⁴. D'autre part, le mot «islamique» renvoie à l'objectif de cette finance qui suppose le respect de l'ensemble des principes de la *Chari 'a* en la matière.

L'expression «droit musulman» ne fait pas partie du vocabulaire islamique, elle vient de l'influence occidentale⁴⁵. Elle est généralement utilisée en référence à l'ensemble du système de droit et de jurisprudence islamiques, y compris les sources primaires du droit (*Chari 'a*), les sources subordonnées de celui-ci ainsi que la méthodologie utilisée pour le déduire (*jurisprudence islamique "fiqh"*)⁴⁶.

La *Chari 'a* signifie en langue arabe le chemin ou la voie, "*Puis Nous t'avons mis sur la voie de l'Ordre (Chari 'a). Suis-la donc et ne suis pas les passions de ceux qui ne savent pas*"⁴⁷. Elle est plus qu'une simple loi au sens normatif. Elle fait référence à la loi canonique de l'islam et comprend tout ce qui a été révélé par Dieu comme législation pour ses serviteurs, telles que les règles concernant la croyance, le culte et le comportement et les transactions. "*A chacun de vous Nous avons assigné une législation (Chari 'a) et un plan à suivre*"⁴⁸. Lesdites normes se trouvent dans les principales sources de la *Chari 'a* à savoir le Coran⁴⁹ et la Sunna⁵⁰.

Le *Fiqh* intervient en cas d'absence de solutions expressément mentionnées dans les sources primaires, ou lorsque ces dernières ont fait l'objet d'interprétations diverses et contradictoires⁵¹. C'est un processus qui permet de déduire et d'appliquer les principes et les injonctions de la *Chari 'a* dans des cas et situations réelles ou hypothétiques⁵². Ceux-ci utilisent des méthodes souvent appelées sources secondaires : consensus des jurisconsultes (*Ijmaa*), raisonnement par analogie à l'une des sources primaires (*Qiyas*)⁵³, l'opinion personnelle (*Istihsan*), la prise en considération de l'intérêt général (*Istislah*) et la coutume⁵⁴.

⁴⁴ Définition tirée de vemimmen, en ligne: <<http://www.vemirnmen.net/>>.

⁴⁵ Irshad Abdal-Haq «Islamic Law : An Overview of Its Origin and Elements» dans Hisham M. Ramadan dir. , Understandingislamiclaw, AltaMiraPress, US, 2006 1 à la p 3 [Irshad]; Abdal-Haqq, Irshad, Islamic Law: An Overview of Its Origin and Elements, 1 J. Islamic L. 5 (1996) à la p 5[Irshad]; René David et Camille Jauffret-Spinosi, Les grands systèmes de droit contemporains, 11e édition, paris, Dalloz, 2002 aux pp 349- 350.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Coran, sourate 45 : l'Agenouillée, verset 18.

⁴⁸ Coran, sourate 5 : La table servie, verset 48.

⁴⁹ Le Coran est le livre saint des musulmans

⁵⁰ Faits et dires et approbation du Prophète Mohamed.

⁵¹ Abed Awad & Robert E. Michael «Ifilas and Chapter 11: Classical Islamic Law and Modern Bankruptcy» (2010) 44 Int'l Law. 975 à la p 977.

⁵² Irshad, *supra* note 45 à la p 7.

⁵³ Il existe une divergence sur la validité de *Qiyas*, pour plus d'informations voir : Imam Ibn al-Qayyim al-Jawziyyah, *I'lam al-Muqi'in 'an Rabb al-'Aalamin*, Dar al Kotob al Ilmiyyah, Beirut, 1^{er} Ed, 1991.

⁵⁴ Pour plus d'information sur la théorie de sources du droit musulman voir Irshad, *supra* note 45 aux pp 19-21 et 30-40; René David et Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11e édition, paris, Dalloz, 2002 aux pp 351- 358.

Ce processus a évolué dans un système jurisprudentiel sans hiérarchie, puisqu'il n'existe pas de monopole institutionnel sur la vérité divine ou de l'intention divine dans le courant sunnite⁵⁵. Cet environnement a favorisé l'émergence de différentes écoles juridiques (madahibes). Quatre seulement ont survécu dans le courant sunnite à savoir : Hanafi, Maliki, Shafi'i et hanbali⁵⁶.

Certains auteurs utilisent, de façon interchangeable, les termes du droit musulman, la chari'aet la jurisprudence (fiqh), alors qu'ils n'ont pas toujours la même signification⁵⁷. Dans cet article, le droit musulman est utilisé comme l'ensemble des règles juridiques développées par les juristes musulmans dans l'interprétation du Coran et de la Sunna et des textes religieux de l'Islam⁵⁸. Ce droit ne doit pas être confondu avec le droit positif qui peut être en vigueur dans les États majoritairement musulmans, dans la mesure où ce dernier, qui diffère selon les pays, réduit l'étendue du droit musulman au statut personnel (droit du mariage, etc.)⁵⁹.

2. Cadre conceptuel du retard de paiement en droit musulman

Pour bien cerner les caractéristiques du retard de paiement dans le droit musulman, on commence par exposer les textes auxquels il est assujéti. Ceux-ci peuvent être catégorisés dans cinq concepts à savoir : la directive divine d'accorder un sursis pour le débiteur en difficulté, l'interdiction de *Riba*, la directive divine de rembourser ses dettes, la dette et la vente de la dette.

Le retard de paiement est soumis à plusieurs textes qui relèvent des sources principales du droit musulman. Lesdits textes prennent la forme de deux discours qui s'adressent respectivement au débiteur et au créancier.

Les IFI, en tant que créanciers, sont tenues de prendre en considération la directive divine d'accorder un délai de grâce «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 !»⁶⁰. Ce texte est composé de deux éléments : le premier est le caractère obligatoire d'accorder un sursis conformément au principe de la solidarité sociale. Tandis que le deuxième constitue une simple recommandation qui renvoie aux principes de la charité.

Dans la même perspective, le retard de paiement est lié aux versets coraniques qui interdisent la pratique de la *Riba*. L'interdiction de la *Riba* provient essentiellement des

⁵⁵Awad& E. Michael, *supra* note 51 à la p 977.

⁵⁶*Ibid.*

⁵⁷Irshad, *supra* note 45 à la p 5.

⁵⁸ Kilian Bälz, «Sharia Risk? How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law» (2008), Occasional Publications, à la p 1.

⁵⁹ Rodney Wilson, *Shari'a Governance for Islamic Financial Institutions*, Warwick, Venice, 2009 aux pp 1-2 «Saudi Arabia, despite its central position in the Islamic World, has no specific legislation on Islamic finance,.....The Banking Control Law is silent on the question of interest, and contains no reference to shari'a, and several articles in the law, notably article 16, specifically refer to loans on which interest will presumably be charged».

⁶⁰ Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 280.

versets coraniques et des hadiths du Prophète suivants : (...Alors qu'Allah a rendu licite le commerce, et illicite l'intérêt...) ⁶¹(il n'y a de riba que dans la nasi'a) ⁶². Ce hadith illustre un type de riba connu sous le nom de al-nasi'a (retard) ou sous une autre dénomination riba al-jahiliyya, riba al-qurud et riba abdelmotalib ibn abbas ⁶³. Ce type de Riba, pratiqué avant même l'apparition de l'islam, prend effet en cas de défaut de paiement d'un débiteur, ce dernier se trouve devant une obligation de remboursement à l'échéance ou l'augmentation de la dette initiale en contrepartie d'un rééchelonnement dans le paiement de cette dernière.

Les deux textes mentionnés plus haut rappellent les principes d'équité et de solidarité sociale. Ils ont été repris dans d'autres textes s'adressant, cette fois-ci, au débiteur dans le but d'établir les fondements de la responsabilité sociale. Parmi ceux-ci figurent deux versets coraniques qui obligent le musulman à rembourser ses dettes *«Ô les croyants! Remplissez fidèlement vos engagements»*. ⁶⁴ *«Certes, Allah vous commande de rendre les dépôts à leurs ayants droit, et quand vous jugez entre des gens, de juger avec équité»* ⁶⁵. Il s'ajoute à cette obligation légale un hadith prophétique qui qualifie d'injuste le débiteur retardataire ayant la capacité de rembourser : *«Le retard de celui qui a la possibilité de rembourser est une injustice»*. ⁶⁶ 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»* ⁶⁷.

En plus de ces exigences, le droit musulman, qui se différencie du droit occidental par l'encadrement aussi bien des affaires séculaires que des affaires 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.»* ⁶⁸

De plus, afin de clarifier la gravité du non acquittement de la dette, le prophète n'accomplissait pas la prière mortuaire sur le créancier endetté.

Enfin, en ce qui concerne la vente de la créance. Il existe certaines règles qui doivent être respectées. L'académie internationale de FIqh islamique, l'OCI ⁶⁹et l'académie de fiqh islamique (Ligue islamique mondiale) ⁷⁰ ont déterminé les formes licites de ladite vente :

⁶¹ Coran, sourate 2: Al. Baqarah (La Vache), verset 275.

⁶² L'authentique de Bukhari 3/98; l'authentique de Muslim 4/109.

⁶³ Sunan Ibn Majah, kitabatijarat 2257 à la p 759.

⁶⁴ Coran, sourate 5: Al. Maidah (La Table Servie), verset 1.

⁶⁵ Coran, sourate 4: An-Nissa ' (Les femmes), verset 58. 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...»*.

⁶⁶ L'authentique de Bukhari (Fath), N° 4 P 464; L'authentique de Muslim, N°: 1564, Ibn Majah, Sunan, N°: 2403; Al-Nasa'i, N°: 7 P 317; Résumé Sunan Abu Dawoud (Almondari), N°: 5 P17.

⁶⁷ Rapporté par Abou Dawoud, 3628 et par Al-Nasa'i, 4689 et par Ibn Majah, 2427.

⁶⁸ Al-Tirmidhi, sunan, 1078; Ibn Majah, sunan, 2413.

⁶⁹ OIC, Décision 158 (17 /7)/ AIF de l'académie du 28 juin 2006 relatives à la vente de créance, [2006], Magazine de l'académie. Voir aussi, la décision n 139 (15/5) et la décision n 101 (1 1/4).

⁷⁰ OCI de la Ligue islamique mondiale (LIM), Décision 1/ AIF de l'académie du 29 novembre 2004 relatives à la vente de créance, [2004]. En ligne : <http://islamtoday.net/nawateth/artshow-32-4620.htm>; OIC, Décision (4/1 1) 101/ AIF de

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

En conclusion, cet ensemble de textes fait l'objet de divergences d'interprétation entre les jurisconsultes musulmans. Ainsi, dans le prochain point, nous allons mettre la lumière sur celles-ci.

3. Lutte contre le retard de paiement entre position jurisprudentielle et obstacles juridico-économiques

Le retard de paiement n'a jamais fait l'objet de pénalités de nature financière chez les jurisconsultes traditionnels. Après l'émergence de la FI, certains jurisconsultes contemporains sont proposés d'instaurer ces pénalités de retard comme solution (3.1). Ce point tournant est dû à la fois aux obstacles économiques et juridiques auxquels doivent faire face les IFI (3.2).

3.1. Position jurisprudentielle

Le cœur du problème pour les jurisconsultes traditionnels et contemporains n'est pas uniquement le retard de paiement mais également l'atermoiement. En effet, ils ont distingué le créancier retardataire de bonne foi de celui de mauvaise foi⁷¹. Aux premiers, il est possible d'accorder un délai de grâce⁷² alors que les seconds se verront infliger une peine. Le nombre des peines ont été recensées par un auteur⁷³. Ils ont un caractère dissuasif et punitif, et non pas compensatoire.

En raison du développement de la FI, les textes mentionnés plus haut ont été analysés par plusieurs jurisconsultes contemporains 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. Par conséquent, elle l'interdisait pour ceux qui portent sur une dette. L'académie de fiqh

l'académie du 19 Novembre 1998 relative à la vente de titres de créance, le prêt et les alternatives islamiques dans le domaine public et privé [1998], Magazine de l'académie, n.11, c.1, p. 53.

⁷¹ Les jurisconsultes ont attribué à la coutume la définition du débiteur en difficulté, pour plus de détail voir : EssamKhalaf Al-Enezi, «ta'atoralmo'asatalmaliyaalislamiya 'naqsasoyola' watoroqalmoqtarahalimo'Alajatihi», (2009) 3eme Congres de fiqh des IFI, Koweït à la p 3.

⁷² As-Sarkhassi, Almabsot (24/164). Al bajji, almontaqua (5/66), Charhnawawialasahihmoslim (10/218), Ibn qudamah, *supra* note 37 (4/499).

⁷³ Nazihhammad, *Questions doctrinales contemporaines dans la finance et l'économie (en arabe)*, Dar al-qalam, Damas, 2001 aux pp 335-351.

islamique (Ligue islamique mondiale) et l'Organisation de Comptabilité et d'Audit pour les Institutions Financières Islamiques (AAOFI) font partie dans ce courant.

L'autre, proposée par l'AAOFI est basée sur l'obligation de donation (iltizam al-tabaru') dans l'école juridique malikite⁷⁴. 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 dommage-intérêts destinés obligatoirement aux œuvres de charité.

Une troisième, proposée par certains jurisconsultes⁷⁵, autorise une compensation financière dans les contrats de prêt. Ces jurisconsultes convergent sur deux conditions : la solvabilité, 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 soi.

*Il a ensuite déclaré: nous pensons qu'il s'agit d'une peine et non d'une compensation indépendante».*⁷⁶

D'autres auteurs, Al Zarqua et Al Darir ne sont pas d'accord avec cette assertion et considèrent plutôt les dommages-intérêts comme étant une compensation.

En ce qui concerne l'autorité compétente, Al Zarqua s'accorde avec Al-Mani' car ils attribuent au juge la saisine de l'affaire et l'évaluation du montant de la réparation. Quant à l'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.

En somme, ces avis sont apparus dans un contexte juridique et économique qui ne favorise pas la compétitivité des IFI.

3.2. Obstacles juridico-économiques : cas de la Malaisie

La FI en Malaisie a réalisé un progrès remarquable puisque le marché des *sukuk* a dépassé le marché des obligations en termes de taille et de volume en 2013⁷⁷. Les actifs de la FI ont représenté une part de marché de 24,7% en 2013 par rapport à 8,9% en

⁷⁴ 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 aux pp 31-32 [al Qura-Daghi].

⁷⁵ *Supra* note 20; *supra* note 21.

⁷⁶ Al-Mani', *supra* note 21 à la p 30.

⁷⁷ Bank Negara Malaysia, Law Harmonisation Committee Report, Bank Negara Malaysia, 2013 à la p 3.

2001⁷⁸. Il devrait être souligné que lorsque les règles qui encadrent les activités financières ont été rédigées, la FI n'avait pas encore été introduite en Malaisie, raison pour laquelle les IFI dans ce pays sont régies non seulement par l'Islamic Financial Services Act 2013 (IFSA), mais aussi par plusieurs lois séculaires⁷⁹ et les questions relatives au secteur bancaire et financier, y compris la FI sont soumises à la cour civile. Si on prend, à titre d'exemple, les règles qui encadrent le retard de paiement, on trouve l'Order 42 Rule 12 Rules of the High Court 1980 et l'Order 29 Rule 12 Subordinate Courts Rules 1980⁸⁰ qui remontent aux années 80. Ces textes 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 qu'aux IFI, sachant que l'intérêt est interdit par le droit musulman. 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 c'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 peu aisés⁸¹.

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.

La constitution de certains pays prévoit que la Chari'a est une source principale de la législation et que cette dernière interdit l'intérêt et entre autres, son corolaire les pénalités

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Les IFI en Malaisie sont régies non seulement par l'Islamic Financial Services Act 2013 (IFSA) mais aussi par le Banking and Financial Institutions Act 1989, the Takaful Act 1984, the Companies Act 1965, the Securities Commission Act, the Stamp Duty Act 1949, the National Land Code, the Contracts Act 1950, the Real Property Gains Tax Act 1967, the Hire Purchase Act 1967, The Sale of Goods Act 1957, the Development Financial Institutions Act 2002 dans Fakhah Azahari, «Islamic banking: perspectives on recent case development», Malayan Law Journal [2009] 1 MLJ à la p 18.

⁸⁰ «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.

⁸¹ Voir notamment Al Qura-Daghi, *supra* note 70 à la p 5.

contre le retard de paiement. Parallèlement, on constate qu'en Égypte, le Code civil dans son article 226 stipule

(Art. 226 Lorsque l'objet de l'obligation consiste en une somme d'argent dont le montant est fixé au moment de la demande en justice, le débiteur sera tenu, en cas de retard dans l'exécution, de payer au créancier, en réparation du dommage occasionné par le retard, des intérêts au taux de 4% en matière civile et de 5% en matière commerciale. Ces intérêts courent depuis la date où ils sont demandés en justice, à moins que la convention ou l'usage commercial ne fixent une autre date. Le tout, sauf dispositions contraires.).

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 identiques⁸².

En Malaisie, lors d'un litige entre les IFI et leurs clients lié aux défauts de ces derniers, les IFI se sont vus refuser l'intérêt imposé aux défaillants en vertu de la loi sur l'intérêt⁸³, considérant tout type de frais de retard comme une forme de *Riba*⁸⁴. En conséquence, les IFI ont dû faire face à deux défis : d'une part, leur désavantage compétitif par rapport aux IFC qui profitent de ce remboursement et d'autre part, la négligence de la part des clients ayant des contrats avec les banques islamiques et conventionnelles. En effet, ceux-ci pourraient accorder une priorité au remboursement de leurs prêts fondés sur les intérêts en premier plutôt que d'honorer leurs obligations de financements islamiques⁸⁵.

Il s'ajoute à cette complexité le fait que les IFI ne peuvent pas émettre des titres de créance négociables comme les certificats de dépôt. Par ailleurs, elles ne peuvent tirer profit des facilités accordées par le mécanisme de rééchelonnement ni de l'avantage offert par la technique de l'affacturage⁸⁶.

La normalisation du retard de paiement est donc un enjeu à la fois économique et juridique primordial pour les IFI.

4. Mise sous tutelle juridique de retard de paiement par les autorités malaisiennes

Conscients de l'enjeu majeur que représente le retard de paiement sur les IFI, le conseil consultatif de la Chari 'a de la banque Negara (SACs) et le conseil consultatif de la Chari

⁸² Voir notamment, Saleh Majid & Faris Lenzen, «Worldwide: Interest And Islamic Banking», mondaq, 2011 aux pp 4-10.

⁸³ Bank Negara Malaysia, Law Harmonisation Committee Report, Bank Negara Malaysia, 2013 à la p 17; 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) », à la p1 [Tun Abdul Hamid].

⁸⁴ Intérêt et usure.

⁸⁵ Wilson, *supra* note 6 à la p 6.

⁸⁶ Voir Al Qura-Daghi, *supra* note 74 à la p 5.

‘a de la commission des valeurs s’engagent à réduire son impact par la mise en œuvre de recommandations et par la participation à son encadrement juridique.

Dans un premier temps, les deux conseils ont étudié individuellement le phénomène du retard de paiement. Chacun a conclu du caractère licite de réclamer des sommes qu’elle sont considérées comme une pénalité du retard de paiement⁸⁷. Il faut toutefois signaler que leurs recommandations n’ont pas un caractère obligatoire.

En 2011, les deux conseils consultatifs de la charia de la Bank Negara et de la Commission des valeurs mobilières ont conjointement résolu un mécanisme de frais de retard de paiement sur la base de *ta’with* et de *gharamah* qui peut être revendiqué sur les sommes de jugement.⁸⁸

Après, les conseils ont recommandé en outre : d’exclure l’application de l’imposition d’intérêts qui existe dans le règlement 42 pour les IFI.

La proposition a été approuvée par le Comité des règles et est entrée en vigueur le 1er Août 2012. L’Order 42 Rule 12 a été révisé et le nouveau Order 42 Rule 12A spécifique pour les IFI se lit comme suit :

Order 42 Rule 12

Interest on judgment debts

Subject to rule 12A, except when it has been otherwise agreed between the parties, every judgment debt shall carry interest at such rate as the Chief Justice may from time to time determine or at such other rate not exceeding the rate aforesaid as the Court determines, such interest to be calculated from the date of judgment until the judgment is satisfied.

Un autre paragraphe spécifique pour les IFI a été ajouté :

Order 42 Rule 12A

Late payment charge on judgment debts arising from financial transactions in accordance with Shariah

(1) Every judgment debt arising from financial transactions in accordance with Shariah shall carry a late payment charge calculated from the date of judgment until the judgment debt is fully satisfied at the rate provided under Order 42, rule 12 and subject to the following conditions:

(a) the Judgment creditor shall only be entitled to ta’widh as a result of late payment;

(b) the amount of late payment charge shall not exceed the outstanding principal amount; and

⁸⁷ La décision du conseil consultatif de la commission des valeurs mobilières a été publiée en 2006: Resolutions of the Securities Commission Shariah Advisory Council (2nd Edition), Securities Commission Malaysia, 2006; Guidelines on Late Payment Charges for Islamic Financial Institutions, effective 1st January 2012 for Islamic financial institutions other than Takaful Operators.

⁸⁸ A joint resolution achieved on the 13th special meeting on 25 July 2011. This resolution supersedes the resolution made by the SAC of BNM in its 50th meeting dated 26 May 2005, 61st meeting dated 24 August 2006 and 100th meeting dated 30 April – 1 May 2010.

(c) if the amount of ta'widh is less than the amount of late payment charge, the balance shall be channelled to any charitable organisations as determined by the Shariah Advisory Council.

(2) For the purpose of this rule

(a) "Shariah Advisory Council" means the Shariah Advisory Council established under the Central Bank of Malaysia Act 2009 [Act 701] and the Capital Markets and Services Act 2007 [Act 671]; and

(b) "ta'widh" means compensation for actual loss and shall be calculated at the rate determined by the Shariah Advisory Council."

Les mesures de lutte contre le retard de paiement spécifique pour les IFI contribue à l'harmonisation et à l'élaboration d'un cadre juridique approprié pour les IFI. Cependant, ils ont été critiqués par leurs ressemblances aux mécanismes conventionnels. Nous mettons de la lumière sur cela dans notre prochain point.

5. Mesures Malaisiennes et européennes dans le cas du retard de paiement : Ta'wid versus intérêt

Malgré l'adoption et la mise en œuvre de la directive 2000/35/CE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, le retard de paiement demeure une pratique courante dans l'Union européenne. Le 16 février 2011 une nouvelle directive européenne a été adoptée. La transposition de la directive a été parachevée dans le droit anglais par The Late Payment of Commercial Debts Regulations 2013⁸⁹. Cette directive encadre à la fois les délais et le retard de paiement. Dans ce paragraphe, nous nous focalisons sur les mécanismes de retard de paiement plutôt que sur les mesures de délais de paiement. Pour être plus précis, nous laissons de côté les modalités d'encadrement juridique des délais de paiement pour nous concentrer uniquement sur la mesure phare de la directive européenne contre le retard de paiement à savoir : la réclamation des intérêts⁹⁰. Nous adoptons une étude comparative avec les mécanismes Malaisiens (ta'widh et gharamah). Dans un premier point, nous allons présenter le champ d'application de la directive européenne et de l'ordre 422 Rule 12A (5.1). Puis, nous allons exposer les pénalités de retard utilisées par la directive et par les lignes directrices de l'ordre 422 Rule 12A, plus précisément la détermination de taux d'intérêt et le taux de *ta'widh* (5.2) et leur façon de calcul (5.3).

⁸⁹ Elle a été transposée en France par la loi n 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives. Elle a été transposée en Belgique par la loi du 22 novembre 2013 modifiant la loi du 2 août 2002 relative à la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales. La nouvelle loi est entrée en vigueur le 16 mars 2013.

⁹⁰ La directive édicte une deuxième mesure : le remboursement des frais liés au recouvrement de paiement. Cette dernière ne sera pas traitée dans notre article.

5.1. Champs d'application : soumission des IFI à la directive

La notion d'«entreprise» est un concept clé car il permet de préciser le champ d'application personnel de ladite directive. Dans son article 2.3, la directive stipule que l'entreprise est toute organisation, autre que les pouvoirs publics⁹¹, agissant dans l'exercice d'une activité économique ou professionnelle indépendante, même lorsque cette activité n'est exercée que par une seule personne. C'est une conception fonctionnelle et extensive de la notion d'entreprise qui a été dégagée par cet article. Elle concorde bien avec la définition proposée par la CJCE dans son arrêt du 23 avril 1991 *Höfner et Elser*⁹². En ce sens, une association à but non lucratif, une entreprise publique, une banque⁹³ ou une institution financière peut être considérée comme une entreprise, dès lors qu'elle exerce une activité économique.

Aussi, la directive détermine un autre champ d'application matériellement limité. Elle s'applique à tous les retards de paiement effectués en rémunération de transactions commerciales, soit toute transaction entre des entreprises ou entre des entreprises et des pouvoirs publics qui conduit à la fourniture de marchandises ou à la prestation de services contre rémunération. En revanche, elle ne s'applique pas aux paiements effectués à titre d'indemnisation de dommages, y compris les indemnisations payées par les compagnies d'assurance.

Les institutions financières sont donc soumises à la directive et aux lois nationales qui la transpose puisqu'elles répondent à la notion « d'entreprise ». Il faut cependant vérifier si l'opération concernée constitue bien le « paiement d'une transaction commerciale », ce qui n'est pas le cas de tous les actes posés par les institutions financières.

En Malaisie, les lignes directrices de l'ordre 422 Rule 12A s'appliquent uniquement aux banques islamiques autorisées, aux institutions bancaires autorisées, aux institutions financières de développement et aux banques islamiques internationales qui fonctionnent soit comme une filiale ou comme une branche.

Selon la directive, en cas de défaut de paiement ou de retard de paiement, le créancier est en droit de réclamer des intérêts de retard. De même, les lignes directrices imposent le *ta'with* comme un mécanisme pour éviter tout désavantage pour les banques islamiques.

5.2. Détermination du taux des pénalités de retard

La directive européenne pour la lutte contre le retard de paiement dans son article 2.5 a utilisé le mot « intérêts » pour retard de paiements. Elle les a définis comme des intérêts légaux pour retard de paiement ou les intérêts à un certain taux convenu par les entreprises concernées. Partant de ce fait, les entreprises disposent de plus de liberté afin

⁹¹ «Pouvoir public», tout pouvoir adjudicateur, tel que défini à l'article 2, paragraphe 1, point a), de la directive 2004/17/CE et à l'article 1er, paragraphe 9, de la directive 2004/18/CE, indépendamment de l'objet ou de la valeur du contrat;

⁹² CJCE, 23 avril 1991 « *Höfner et Elser c/ Macroton* », aff. C-41/90. Dans cet arrêt, la Cour de justice a défini la notion d'entreprise comme comprenant «toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ».

⁹³ Arrêt du 14 juillet 1981, affaire 172/80, *Zoechner*, Rec . p 202.

de déterminer le taux de retard dans les limites de la directive et des lois qui la transpose :

- Méthode taux BCE : le taux pour calculer les pénalités peut être le taux directeur de la BCE majoré de huit points de pourcentage en Belgique⁹⁴ et majoré de dix points de pourcentage en France.
- Méthode de taux d'intérêt légal : les entreprises ont la possibilité de déterminer comme référence le taux d'intérêt légal soit le taux de référence de la Banque centrale d'un pays. Toutefois, il faut signaler que ce taux doit être majoré de certains points de pourcentage. Au Royaume-Uni, le taux de la Banque centrale doit être majoré de huit points de pourcentage. En France, le taux d'escompte de la banque de France appelé aussi le taux légal⁹⁵ ne peut pas être inférieur à 3 fois le taux d'intérêt légal. Ce taux est fixé par Décret pour la durée de l'année civile.
- La méthode du taux fixe : la directive a déterminé un taux minimum, en revanche, elle n'a pas fixé un taux maximum. De ce fait, les parties peuvent choisir un taux fixe assez élevé.

En Malaisie en dépit des décisions et des critiques du conseil consultatif de la Chari'a Negara Malaysia et le conseil consultatif de la Chari'a de la commission des valeurs, un système dual sera finalement concrétisé par l'ordre 42 Rule 12 et l'ordre 42 Rule 12 A.

L'ordre 42 Rule 12 lié aux IFC utilise le mot « intérêt » pour désigner les pénalités de retard de paiement. Alors que l'ordre 42 Rule 12 A emprunte deux éléments à savoir la compensation (*ta'widh*) et la pénalité (*gharamah*) comme équivalant spécifiques pour les IFI. Ce règlement n'a pas défini les deux éléments mais ce sont les lignes directrices de l'application de ce règlement qui les explicitent.

Le *ta'widh* réfère à la compensation sur la perte réelle supportée par l'IFI à cause d'un retard de paiement tandis que la *gharamah* est une pénalité supportée par les créanciers en défaut en plus de *ta'widh*. Le *gharamah* ne peut pas être reconnu comme une source de revenu pour les IFI, par opposition *auta'widh*. Par conséquent, tous les montants de la *gharamah* doivent être acheminés à une organisation de bienfaisance.

Le SACs se base sur un hadith prophétique «*Le retard de celui qui a la possibilité de rembourser est une injustice*».⁹⁶ Et un autre hadith «*Les tergiversations du solvable*

⁹⁴ Ce taux d'intérêt est publié au Moniteur belge et est consultable sur http://treasury.fgov.be/rente_fr.htm. Pour le premier semestre de 2014, le taux est de 7,5% pour les contrats conclus avant le 16 mars 2013 et de 8,5% pour les contrats conclus, renouvelés ou prolongés à partir du 16 mars 2013 (communication au Moniteur belge du 23/01/2014).

⁹⁵ Le taux de l'intérêt légal est défini par la loi 75-619 du 11 juillet 1975. Son article premier prévoyait: "Le taux de l'intérêt légal est, en toute matière, fixé pour la durée de l'année civile. Il est pour l'année considérée, égal au taux d'escompte pratiqué par la Banque de France le 15 décembre de l'année précédente"

⁹⁶ L'Authentique de Bukhari (Fath), N° 4 P 464; L'authentique de Muslim, N°: 1564, Ibn Majah, Sunan, N°: 2403; Al-Nasa'i, N°: 7 P 317; Résumé Sunan Abu Dawoud (Almondari), N°: 5 P17.

justifient qu'on le dénonce et lui inflige une peine»⁹⁷. « Tout préjudice est illégal, qu'il soit involontaire (darar) ou volontaire (dirar) » hadith et règle juridique⁹⁸

Pour eux ces textes sont des normes morales qui doivent se transformer en règles juridiques. L'outil pratique avancé par le SACs pour atteindre la compensation est (shart aljazaee)⁹⁹, clause pénale, qui est une clause contractuelle qui a pour but de déterminer à l'avance quelle sera la sanction pécuniaire applicable au cas où l'une des parties n'exécuterait pas ses obligations.

Ses autorités ont utilisé le même outil emprunté par le système conventionnel afin de déterminer le montant de la perte réelle : le taux. Le SACs dans sa résolution a conclu que le taux de la perte réelle doit être déterminé par un tiers. Dans ce sens, elle a utilisé la même méthode de la directive européenne, celle de la banque centrale. De plus, Le SACs a mandaté cette dernière comme autorité qui détermine le taux de la perte réelle. De ce fait, d'un point de vue pratique, le SACs a accepté d'adopter le taux journalier interbancaire islamique publié dans le site web de l'Islamic Inter Money Market (<http://iimm.bnm.gov.my/>).

Le principe général en matière de conditions est qu'elles sont autorisées. Conséquemment, toute condition qui n'interdit pas ce qui est autorisé ou permet ce qui est interdit est permmissible¹⁰⁰ chez les jurisconsultes. Partant de ce fait, la clause pénale est a priori autorisé. Mais la cause pénale est devisée en plusieurs catégories :

- en cas d'inexécution défectueuse des obligations
- en cas de retard d'exécution d'une obligation de faire
- en cas de résolution du contrat pour inexécution fautive
- en cas de retard de paiement d'une dette de somme¹⁰¹.

Ceux-ci, nous obligent à examiner chaque type de façon individuelle.

Les trois premiers types sont autorisés, à cet effet nous rappelons la décision 40-41 de l'académie islamique internationale de jurisprudence (OCI)¹⁰². Au contraire, la dernière catégorie qui porte sur les dettes comme le prêt sans intérêt, la mourabaha et la vente à tempérament est problématique. Il s'oppose la règle du fiqh : *(tout prêt par lequel on obtient un profit est de Riba)*. Les jurisconsultes dans ce genre de contrat ont prohibé même la donation sauf s'il avait eu une habitude de la faire avant de se contracter.

En ce qui concerne les deux premiers hadiths, ils n'ont pas déterminé les types de la pénalité. En revanche, ils nous ont aidés à distinguer entre deux types de retardataires : ceux de mauvaise foi et les autres qui subissent une difficulté temporaire. Le verset

⁹⁷ Rapporté par Abou Dawoud, 3628 et par an-Nasa'i, 4689 et par Ibn Majah, 2427.

⁹⁸ Imam Malik, *Al-Mouwatta*, Dar ihiaalolomalarabyia, 1994, n 1461.

⁹⁹ L'Authentique de Bukhari (Fath), (4-379), L'authentique de Muslim (3-1208).

¹⁰⁰ «Celui qui stipule une condition qui n'est pas dans le livre d'Allah, elle n'est pas valable, même s'il la stipule une centaine de fois.» Rapporté par al-Boukhari (2155) et Mouslim (1504)

¹⁰¹ Christine Biquet_Mathieu, «Les clauses pénales-Rapport belge», Association Henri CAPITANT, 2010 à la p 2.

¹⁰² OIC, Décision (3/5, 2/5) 41-40/ AIF de l'académie du 10-15 Décembre 1998 relative à la mourabara [1988], Magazine de l'académie, n.5, c.2, pp 754-965.

coranique peut être qualifié de général puisqu'il demande d'accorder un délai de grâce aux personnes en difficulté. En revanche, les deux hadiths ont été spécifiques. Ils font la distinction en qualifiant d'injuste et en demandant d'infliger une peine seulement aux retardataires de mauvaise foi.

Certains se basent sur ses hadiths pour critiquer la décision des autorités malaisiennes, celle d'ignorer la distinction entre l'atermoyeur et le créancier que ne l'est pas. D'autres critiquent le fait d'attribuer à une autorité administrative indépendante, soit la banque centrale, la détermination de la compensation. Selon eux, l'autorité judiciaire doit être la seule compétente de statuer la dessus.

5.3. Calcul et exigibilité des pénalités de retard.

Dans le domaine de la finance conventionnelle, en cas de retard de paiement, la date d'échéance et le taux d'intérêt de retard constituent deux valeurs importantes qui permettent de calculer le montant des intérêts dus par le débiteur.

La règle pour calculer les pénalités de retard est la suivante :

$$\text{Intérêts de retard} = \text{montant du (TTC)} * \text{taux intérêt} * \frac{(\text{nombre de jours de retard})}{365}$$

Pour bien illustrer la formule nous prenons un exemple : Monsieur Dupond a contracté un prêt hypothécaire de 100 000€ auprès d'une institution financière ABC, le montant impayé est de 90 000€. Monsieur Dupond n'a pas payé ses mensualités pendant une durée de trois mois. La banque ABC devra le relancer pour obtenir son paiement 90 jours plus tard. Le contrat a été signé en France. Les deux parties n'ont pas déterminé le taux d'intérêt du retard de paiement.

Dans un premier temps, il faut déterminer le bon taux, soit le taux de refinancement de la BCE¹⁰³ : 0,05 majoré de 10 points soit 10,05% ou le taux d'intérêt légal, fixé chaque année par décret, c'est-à-dire 0,93% pour les entreprises au 1 janvier 2015. En respectant le seuil fixé par le code de commerce,¹⁰⁴ le dernier taux doit être multiplié par 3 et donc sera égale à 2,79%. Dans notre exemple nous prenons en considération le taux BCE car les deux parties n'ont pas déterminé préalablement le taux¹⁰⁵.

ABC peut alors réclamer :

$$\text{Montant dû (90 000 €)} * \text{Taux d'intérêt (10,05\%)} * \frac{(\text{Nombre de jour de retard})}{90 \text{ jours}}$$

$$90\,000 \text{ €} * 10,05\% * \frac{(90)}{365} = 2\,239,27 \text{ €}$$

Principal	Du	Au	Jours	Taux	Montant
90 000,00\$	01/03/2015	30/05/2015	90	10,05%	2 239,27E

¹⁰³ Taux BCE également très bas cette année (0,05 % au 1er semestre 2015),

¹⁰⁴ L'article L. 441-6 du Code de Commerce indique que le taux d'intérêt peut être librement fixé, sans toutefois être inférieur à 3 fois le taux d'intérêt légal.

¹⁰⁵ L'article L. 441-6 du Code de commerce stipule néanmoins que, sauf disposition contraire, le taux applicable est celui du taux d'intérêt de la Banque Centrale Européenne ("à son opération de refinancement la plus récente") majoré de 10 points.

Dans le domaine de la finance islamique en Malaisie, en cas de retard de paiement, les IFI emploient les modes de calcul adoptés par la directive.

Pénalités du retard = montant dû (TTC) * taux combiné*(nombre de jours de retard).

365

Pour bien illustrer la formule nous prenons l'exemple suivant :

Monsieur Mansour ressortissant malaisien, a contracté une morabaha auprès d'une IFI AL BALAD. La morabaha est définie comme étant un contrat par lequel un établissement de crédit acquiert, à la demande d'un client, un bien meuble ou immeuble en vue de le lui revendre à son coût d'acquisition plus une rémunération convenue d'avance.

En vertu de cette transaction, monsieur Mansour a donné un ordre accompagné d'une promesse d'achat auprès de l'IFI AL BALAD. L'ordre consiste à acheter une voiture. AL BALAD a conclu un contrat d'achat avec le fournisseur de la voiture contre 100 000RM. Par la suite, AL BALAD a signé un autre contrat de vente de la voiture achetée avec Monsieur Mansour. Le montant de la vente est 101 000 RM. Monsieur Mansour n'a pas payé le montant dû à la date convenue.

Le client a manqué de payer le montant restant 100 000 RM à la date d'échéance, 4 avril 2011. Le 4 Mai 2011, le client a effectué un règlement complet. Le calcul des frais de paiement tardif (ta'with et gharamah) sont les suivants :

1- La formule pour les paiements tardifs sur la dette après jugement est la suivante :

Montant d'achat de l'impayé * taux combiné * nombre de jour(s) en souffrance

365

Exemple de calcul de frais de retard de paiement pour le mois d'avril 2011 :

RM100, 000 * 9.50% * 30 = **RM780.82**

365

2- La formule du *ta'widh* pour la dette après jugement est la suivante :

Montant d'achat de l'impayé * le taux *duta'widh**nombre de jour(s) en souffrance

365

Exemple de calcul du *ta'widh* pour le mois d'avril 2011 :

RM100, 000 * 2.68% * 30 = **RM220.27**

365

3- La formule pour la *gharamah* sur la dette après jugement est la suivante :

Frais du paiement en retard – *Ta'widh*

Exemple de calcul de la *gharamah* pour le mois d'avril 2011 :

RM780.82 – RM220.27 = RM560.55

	Taux combiné	Ta'with	Gharamah
--	--------------	---------	----------

	Overdue principal	No. of overdue days	AFR rate	AFR Cost	IIM Rate	IIMM Cost	
On the date	(RM)	(days)	(%pa)	(RM)	(%p.a)	(RM)	(RM)
4/4/2011-3/5/2011	100,000	30	9,50	780.82	2.68	220.27	560.55

Comme il a été illustré plus haut, les mécanismes de lutte contre le retard de paiement spécifiques pour les IFI en droit malaisien ressemble à l'intérêt de paiement imposé par la directive européenne et le droit malaisien. Ils ont la même signification aussi bien dans la détermination du taux, que sur la façon de calculer. La seule différence est que le deuxième élément de pénalité à savoir *garamah* devrait théoriquement être acheminé à la charité. En termes pratiques et selon une étude réalisée par un chercheur de l'université internationale islamique de Malaisie, quatre banques sur dix-sept qui imposent la *garamah* à leurs clients défaillants, se contentent du *ta'with* qui est à leur avantage et négligent la *garamah* qui devrait fait profit aux pauvres¹⁰⁶.

CONCLUSION

Le retard de paiement constitue un sérieux problème pour toutes les entreprises y compris les IFI qui représentent une situation particulière. L'analyse de la pratique en la matière montre que ces dernières souffrent plus que les IFC puisqu'elles agissent dans un cadre juridique qui a été conçu pour les IFC. En l'occurrence, ce cadre englobent l'Order 42 Rule 12 Rules of the High Court 1980 et l'Order 29 Rule 12 Subordinate Courts Rules 1980 en Malaisie et la directive européenne transposé en Royaume-Uni par The Late Payment of Commercial Debts Regulations 2013 et en droit français par la Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives. Cette soumission à la loi nationale et pas à la Chari 'a a été confirmé par l'arrêt *Shamil Bank of Bahrain v Beximco Pharmaceuticals Ltd*¹⁰⁷ au Royaume-Uni et par l'arrêt *Bank Islam Malaysia Berhad v. Adnan bin Omar* (1994)¹⁰⁸ en Malaisie.

La Malaisie est le premier pays qui a mené une approche dualiste quant aux mécanismes de lutte contre le retard de paiement. Cela a été fait en modifiant la loi qui impose l'intérêt de retard et en adoptant un régime spécifique pour les IFI. Les mécanismes de

¹⁰⁶ Mohamed acharif Alomari, «adoyonal motaatira fi bonokalisamiyawakayfiatilajih min khilaltajribatalbonokalisamiyalamalizia», iium, à la p 18.

¹⁰⁷ Voir Georges Affaki, «L'accueil de la finance islamique en droit français : Essai sur le transfert d'un système nominalatif», Finance islamique, (2008), aux pp. 164- 167; Jeffry A. Talpis, « L'accommodement raisonnable en droit international privé Québécois », dans Jean-François Gaudreault-DesBiens (dir.), Le droit, la religion et le 'raisonnable', Montréal, Montréal, Editions Th émis, 2009, aux pp. 343 et s.

¹⁰⁸ Voir Ruzian Markom, Sharina Ali Pitchay & Zinatul Ashiqin Zainol, «Adjudication of Islamic banking and finance cases in the civil courts of Malaysia», (2013) Eur J Law Econ. 36:1–34; Umar A. Oseni & Abu Umar Faruq, dispute resolution in Islamic finance: a case analysis of Malaysia, 8th International Conference on Islamic Economics and Finance; Zulkifli Hasan and Mehmet Asutay, «An analysis of the courts' decisions on Islamic finance disputes» (2011) ISRA International Journal of Islamic Finance Vol. 3 Issue 2.

retard de paiement ont été inspirés d'une interprétation des normes religieuses. Ils ont été critiqués pour leur similarité aux mécanismes conventionnels. La détermination du taux de l'intérêt et le taux de ta'with d'un côté, et leur mode de calcul, nous en ont donné de véritables éléments de preuves de cette ressemblance. En effet, selon la règle fiqhique : *(Ce qui prime dans l'interprétation, c'est les intentions et le sens des termes, pas simplement le sens littéral des termes employés)*. L'existence d'une similarité d'usage entre l'intérêt de pénalité et la ta'with semble être imposée.

Enfin, nous signalons que le retard de paiement n'aurait pas dû poser de problème si les produits des IFI étaient basés sur le principe de la participation et du partage. Les juristes traditionnels et contemporains n'interdisent pas la clause pénale et les pénalités *ex post* de nature financière sur les contrats de service, d'entreprise comme celle de la modaraba et la mocharaka. Or, d'un point de vue pratique, la plupart des IFI orientent la majeure partie de leurs activités vers le financement avec dette; telle est la remarque de l'OCI dans une décision datée de 1988¹⁰⁹. En Malaisie, à titre d'exemple, la proportion des instruments de dette atteint 97,8% du total des opérations bancaires islamiques alors que les instruments de partage des bénéfices et des pertes ne dépassent pas 2%. Dans cette catégorie, l'unanimité des juristes traditionnels et une majorité contemporaine interdisent les pénalités de nature financières déterminées *ex-ante* ou *ex-post* sur les contrats de prêt. La relation entre ce choix de produits et l'interprétation des normes encadrant le retard de paiement pourrait faire l'objet d'une étude future.

BIBLIOGRAPHIE

1. Législation

1.1. Lois

1.1.1. Belgique

Loi du 22 novembre 2013 contre le retard de paiement dans les transactions commerciales entrée en vigueur le 16 mars 2013.

1.1.2. France

Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives (1).

Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

¹⁰⁹ OCI, *supra* note 102, le conseil de l'Académie, ayant constaté que la plupart des banques islamiques orientaient la majeure partie de leurs activités vers le financement par voie de (Mourabaha) pour le donneur d'ordre d'achat : Que l'activité de toutes les banques islamiques étendue à tous les mécanismes de développement de l'économie, et notamment au lancement de projets industriels ou commerciaux par des initiatives individuelles ou par voie de participation et de Mourabaha avec d'autres partenaires. Que les cas concrets d'Application de la Mourabaha au donneur d'ordre d'achat auprès des banques islamiques soient étudiés en vue de dégager les fondements propres à prévenir toute défaillance dans la pratique et à aider au respect des dispositions de la Chari 'a, tant générales que particulières, concernant la Mourabaha au donneur d'ordre d'achat.

1.1.3. Italy

Legislative Decree No 192 of 9 November 2012, published in the Italian GazzettaUfficiale on 15 November 2012.

1.1.4. Luxembourg

Loi du 29 mars 2013 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

Loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard.

1.1.5. Malaisie

Islamic Banking Act 1983(ACT 276)

Order 42 Rule 12 Rules of the High Court 1980

Order 29 Rule 12 Subordinate Courts Rules 1980.

1.1.6. Royaume-Uni

The Late Payment of Commercial Debts Regulations 2013.

1.1.7. Pays membres de l'Organisation de coopération islamique (OCI)

Article 226 du Code civil, Égypte.

Article 227 du Code civil, Égypte.

Article 231 du Code civil, Égypte.

Article 228 du Code civil, Égypte.

Article 171 du Code civil, Irak.

Article 172 du Code civil, Irak.

Article 173 du Code civil, Irak.

Articles 227 à 229du Code civil,Syrie.

Article 547 du Code civil, Koweït.

Article 550 du Code civil, Koweït.

Article 110 du Code de commerce, Koweït.

Article 111 du Code de commerce, Koweït.

Article 714 du Code civil, l'Émirats Arabes Unis.

Article 76 du Code de Commerce, l'Émirats Arabes Unis.

Article 88 du Code de commerce, l'Émirats Arabes Unis.

1.2. Directives

Directives UE, Directive 2011/7/UE du parlement européen et du conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, [2011] J.O. L 48/1.

Directives UE, Directive 2000/35/UE du parlement européen et du conseil du 29 Juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, [2000] J.O. L200/35.

2. JURISPRUDENCE

2.1. Jurisprudence des Émirats arabes unis

Dawlat al-Imarat al-'Arabiyya al-Muttahida al-Mahkama al-Ittihadiyya al-'Ulya [Federal Supreme Court of the United Arab Emirates], 15 MAFQ 299 (1994).

2.2. Jurisprudence de la Malaisie

Bank Islam Malaysia Berhad v. Adnan Omar [1994] 3 CLJ 735; [1994]3 AMR 44.

Dato' Nik Mahmud Bin Daud v. Bank Islam Malaysia Berhad [1996]4 MLJ 295.

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.

2.4. Jurisprudence islamique

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.

OCI de la Ligue islamique mondiale (LIM), rencontre 11. Décision 8 AIF de l'académie du 19-26 Février 1989 relative au retard de paiement, [1989]. Enlinge :

<<https://uqu.edu.sa/lib/ar/121815>>.

3. DOCTRINE

3.1. Monographies

A. El-Gamal Mahmoud, *Islamic finance: law, economies, and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Al-Kasani, Abu Bakr Ibn Masud, *Badai' al-Sana'i Fi Tartib al-Sharai'*, 2eme éd., Cairo, Dar al- Kutub al-'Ilmiyyah, 1986

Causse Geneviève, *La finance islamique*, Paris, Revue Banque, 2012.

Devin J. Stewart, *Islamic Legal Orthodoxy: Twelver Shiite Responses to the Sunni Legal System*, University of Utah Press, 2007.

Hossein Askari, Iqbal Zamir and Abbas Mirakhor, *New Issues in Islamic Finance and Economies: Progress and Challenges*, Asia, John Wiley & Sons, 2009.

Ibn Qudama al-Maqdisi, *Al-mughni*, 1er., Bei rut, Dar Ihya al-Turath al-Arabi, 1985.

Mohemd al-Zaourqani, *Charh du Mouwatta de l'ImamMâlik par Al-Zourqani*, maktabatthaquafadiniya, le Caire, 2003.

Nazihhammad, *Questions doctrinales contemporaines dans la finance et l'économie (en arabe)*, Dar al-qalam, Damas, 2001.

René David et Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e édition, Paris, Dalloz, 2002.

Rodney Wilson, *Legal, regulation and governance issues in islamic finance*, Croydon CRO, Edinburgh University Press, 2012.

Zamir and Mirathor Abbas, *An introduction to Islamic Finance Theory and Practice*, 2nd Edition, Asia, John Wiley & Sons, 2011.

3.2. Articles publiés dans des ouvrages collectifs

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

Irshad Abdal-Haq «Islamic Law: An Overview of Its Origin and Elements» dans Hisham M. Ramadan dir., *Understanding islamic law*, AltaMira Press, US, 2006.

Jeffrey A. Talpis, « L'accommodement raisonnable en droit international privé Québécois », dans Jean-François Gaudreault-DesBiens (dir.), *Le droit, la religion et le 'raisonnable'*, Montréal, Montréal, Editions Th émis, 2009, aux pp. 343 et s.

3.3. Dictionnaires

Dictionnaire du droit privé de serge braudo.

Dictionnaire de la langue arabe.

3.4. Documents historiques légaux

Coran, Traduction en langue Française, RiwayaHafs, Complexe Roi Fahd pour l'impression du Noble Coran, Arabie Saoudite, 2006.

L'Authentique de Bukhari (Fath).

L'authentique de Muslim.

Ibn Majah, Sunan.

Al-Nasa'i.

Résumé Sunan Abu Dawoud (Almondari).

Abou Dawoud.

Ibn Madia.

Al-Albani dans Irwa al-Ghalil.

Fath Al Bari 360-4.

Omdata Al Qari 189-11.

3.5. Thèses et dissertations

LachemiSiagh, *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.

Martin WintherBolet, *Combating late payment in commercial transactions “A legal and economic analysis on the European Commission’s Directive 2011/7/EU on late payment in commercial transactions”*, Master Thesis, Aarhus School of Business, University of Aarhus, 2011.

3.6. Revues

Abdal-Haqq, «Irshad, Islamic Law: An Overview of Its Origin and Elements» (1996) 1 J. Islamic L. 5.

Abdellatif Abderrahim Janahi, «la problématique des retards de paiement dans les institutions financières islamiques (en arabe)» (2003) Qatar, OCI.

Abd Allah Ibn Sulayman Al-Mani’, «the problem of late payment in Islamic banks» (2003) Islamic Fiqh Academy (OCI), Doha.

Abed Awad& Robert E. Michael «Ifilas and Chapter 11: Classical Islamic Law and Modern Bankruptcy» (2010) 44 Int’l Law. 975.

Ahmed Ali Abdullah, «Les procédures proposées relative aux remboursements des dettes des banques islamiques (en arabe)» (2003) Qatar, OCI.

Azam Mohamed, Syed Yusuf and Mahdavi Ardekani, «the Legal Framework of Islamic Banking and Finance in Malaysia and Iran» (2012) Oxford, Islamic Banking, Finance & Commerce Conference.

FakihahAzahari, «Islamic banking: perpectives on recent case development», Malayan Law Journal [2009] 1 MLJ.

Friedrich Hayek, «The Constitution of Liberty» (1960) Chicago: University of Chicago Press.

Gary S. Becker, «Crime and Punishment: An Economic Approach» (1968) The Journal of Political Economy 76 (2). p. 169-217.

Georges Affaki, «L’acceuil de la finance islamique en droit français : Essai sur le transfert d’un système nomlatif», Finance islamique, (2008), aux pp. 164- 167.

Guido Calabresi. «Some Thoughts on the Risk Distribution and the Law of Torts» (1961) Yale Law Journal 70, p. 499-553.

Haider Ala Hammoudi, «You Say You Want A Revolution: Interpretive Communities and the Origins of Islamic Finance» (2008)48 Va. J. Int’l L. 249, 264-267.

Kilian Bälz, «Sharia Risk? How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law» (2008) Occasional Publications.

Michel Glais,«Étude sur les délais de paiement» (2005) Commission d’Examen des Pratiques Commerciales.

Michel Herszbien, «L’encadrement juridique des délais et retard de paiement», (2013).

MohemedNorat, Marco Pinon &ZeineZeidane, The Promise of Islamic Finance: Further Inclusion with Stability, FMI, 2015.

Mohamed Ali Quri, «Athar Al Ikhtilafbainachakhsiyatabi’iyawal’tibariya fi ahkam al FiqhiyalimostajadatAlmasrifiya al Islamiya», 5 thShuraFiqh conference, Koweit, 2013.

Mohammed Zaki Abdelbar, «un autre avis sur le débiteur, sera-t-il tenu d'indemniser?» (1990) magazine de l'université du roi Abdul Aziz, économie islamique, aux pp 150-155.

Mousa Abdul Aziz Shehadeh, «Les problèmes du retard de paiement et les solutions proposées : point de vue bancaire (en arabe)» (2003) Qatar, OCI.

Muscati. Sina Ali, «Late Payment in Islamic Finance» (2007) UCLA Journal of Islamic & Near Eastern Law, 6(1), pp. 47-67.

R. H. Coase, «the Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics» (1960) Vol. 3, pp. 1-44.

Rafik Al Masri, «commentaire sur l'essai de Mustafa Al-Zarqa», MajaltAlAbhat fi Fiqh al-Iqtisad al-Islami, Vol 2, N 2.

Richard A. Posner, «Economic Analysis of Law» (1972) Boston: Little, Brown.

Richard Posner, «Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law» (1998) Chicago Work papers in Law and Economics NO.53 at 9.

Rodney Wilson, «Shari'a Governance for Islamic Financial Institutions» (2009) Warwick, Venice.

RuzianMarkom, Sharina Ali Pitchay&ZinatulAshiqinZainol, «Adjudication of Islamic banking and finance cases in the civil courts of Malaysia», (2013) Eur J Law Econ. 36:1–34.

Stéphane ROUSSEAU et Nadia SMAÏLI, « La levée du voile corporatif sous le Code civil du Québec: des perspectives théoriques et empiriques à la lumière de dix années de jurisprudence », (2006) 47 Cahiers de droit 815-861.

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) ».

Vijay Tata, «Development of Effective Insolvency Regimes for Islamic Financial Institutions» (2012) Fifth Islamic financial stability forum, Bahrain.

Umar A. Oseni& Abu Umar Faruq, «dispute resolution in Islamic finance: a case analysis of Malaysia» (2011) 8th International Conference on Islamic Economics and Finance.

Zulkifli Hasan and Mehmet Asutay, «An analysis of the courts' decisions on Islamic finance disputes» (2011) ISRA International Journal of Islamic Finance Vol. 3 Issue 2.

World islamic banking competitiveness Report 2013-14 à la p 5.

Organisation of Islamic cooperation SESRIC, Islamic Finance in OIC Member Countries, 2012.

Bank Negara Malaysia, «Law Harmonisation Committee Report» (2013) Bank Negara Malaysia.