

Particularisme des règles de gouvernance applicables aux banques islamiques

Rym Loucif¹

Avocat à la Cour
Gibson, Dunn & Crutcher

Dans le contexte actuel de crise mondiale, la gouvernance d'entreprise ainsi que la finance islamique sont plus que jamais au cœur des débats, la première en tant qu'instrument de régulation du secteur bancaire et la seconde en tant qu'alternative possible pour les financements de projets nationaux et internationaux.

Depuis bien longtemps, la gouvernance d'entreprise a été définie par l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE) comme un « ensemble de règles et de pratiques qui régissent les relations entre les dirigeants et les actionnaires des sociétés, ainsi que d'autres parties prenantes comme les salariés et les créanciers ». ² Ces règles et leur respect sont essentiels à l'intégrité des entreprises, des marchés et donc à la vitalité et la stabilité de nos économies.

Il s'agit là d'une définition large à l'instar de celle retenue par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire et qui se distingue des approches plus restrictives des pays anglo-saxons notamment celle du *Financial Services Authority (FSA)* au Royaume-Uni.

En raison de l'importance d'une gouvernance d'entreprise de qualité pour conserver la confiance du public dans le système bancaire et s'agissant d'une matière nouvelle telle que la finance islamique, il apparaît essentiel que la notion même de gouvernance d'entreprise soit conçue largement. C'est l'approche retenue dans les développements qui suivent.

A cet égard, il convient de noter l'initiative sur la gouvernance et l'investissement au service du développement menée par l'OCDE et la région du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord. ³

Par ailleurs, l'importance et la croissance du volume des transactions réalisées ces dernières années par les institutions financières islamiques ainsi que la multiplication de ces institutions à travers le monde militent pour un encadrement de leur fonctionnement par de solides règles de gouvernance.

Cet encadrement implique pour les institutions financières proposant des produits et des services islamiques (incluant ainsi les banques conventionnelles opérant *via* des « fenêtres islamiques »), désignées ci-après indifféremment par les termes génériques de banques islamiques ou institutions financières islamiques, un certain nombre de contraintes.

1 Avec mes remerciements à Maître Jean-Philippe Robé, Associé, Gibson Dunn, pour ses précieux conseils.

2 « Les principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE », Synthèse, septembre 2004 disponible sur le site Internet de l'OCDE www.oecd.org.

3 Les études et les manifestations relatives à cette initiative figurent sur www.oecd.org.

Les banques islamiques sont, en effet, soumises aux contraintes classiques pesant sur les banques conventionnelles en matière de gouvernance d'entreprise, mais elles sont également confrontées à des problématiques de gouvernance d'entreprise souvent inédites comparativement à celles du secteur bancaire classique en raison de la nécessité d'observer les principes de la finance islamique.

Ainsi, le particularisme des règles de gouvernance d'entreprise auxquelles sont soumises les banques islamiques s'explique d'une part par l'importance qu'elles revêtent dans cet environnement où la conservation de la confiance du public est primordiale (I.) et d'autre part par les exigences de la loi islamique applicables aux banques islamiques (II.).

I. Un particularisme lié à l'importance des règles de gouvernance pour les banques islamiques

A titre liminaire, l'importance des règles de gouvernance doit être appréhendée sous l'angle du secteur bancaire conventionnel afin de mieux apprécier leur importance dans le secteur particulier de la finance islamique.

Face aux risques auxquels sont exposées les institutions financières (notamment les risques de marché, de liquidité, de crédit, de taux d'intérêt dans le portefeuille bancaire, etc.), ⁴ la pratique d'une bonne gouvernance d'entreprise apparaît comme essentielle pour gagner et conserver la confiance du public dans le système bancaire.

En effet, en cas d'insuffisances dans ce domaine, le risque majeur encouru est celui de faillites bancaires en chaîne menaçant la stabilité monétaire et économique dans son ensemble, connu sous le nom de risque systémique. ⁵

Les règles de gouvernance apparaissent, aussi, comme un moyen de réguler certains comportements notamment en encadrant strictement les opérations auxquelles un dirigeant et/ou un actionnaire de la banque pourraient être directement ou indirectement intéressés. En effet, si de telles conventions devaient être conclues à des conditions différentes de celles

4 Les risques auxquels les banques sont traditionnellement exposées ont été décrits et commentés par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire dans son rapport intitulé, « Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace », octobre 2006, disponible sur le site Internet de la Banque des règlements internationaux www.bis.org/bcbs/index.htm.

5 Voir le rapport de Jean-François Lepetit sur « Le risque systémique » en date du 14 avril 2010 disponible sur le site Internet du ministère de l'économie de l'industrie et de l'emploi <http://www.economie.gouv.fr>. Egalement, dans son rapport sur le « Renforcement de la gouvernance d'entreprise dans les établissements bancaires », le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire insiste sur les autres conséquences du risque systémique à travers de possibles répercussions sur les systèmes d'assurance des dépôts, avec potentiellement des effets macroéconomiques plus larges (par exemple, risque de contagion ou d'incidence sur les systèmes de paiement (Comité de Bâle sur le contrôle bancaire intitulé « Renforcement de la gouvernance d'entreprise dans les établissements bancaires », février 2006, disponible sur www.bis.org/bcbs/index.htm).

du marché au détriment de la banque (par exemple un prêt accordé à un proche d'un dirigeant à des conditions défavorables pour la banque), la banque pourrait subir de graves difficultés si de telles opérations venaient à se multiplier surtout en cas de défaillance de l'emprunteur. Les procédures de contrôle interne et les règles de transparence revêtent à cet égard une importance particulière dans une gestion rigoureuse du secteur bancaire.

Ce rappel de l'importance des règles de gouvernance dans le secteur bancaire classique est essentiel pour mieux comprendre le fait que les exigences et les attentes en matière de gouvernance d'entreprise soient renforcées dans une matière nouvelle, teintée de principes moraux et religieux, dont la légitimité et la crédibilité reposent principalement sur la confiance du public.

Les banques islamiques sont soumises en tant que banques aux mêmes risques que les acteurs du secteur bancaire classique. Néanmoins, en tant que banques islamiques, elles doivent en plus respecter des principes religieux islamiques ainsi que des recommandations d'ordre éthique et moral prévues par la *Charia* (terme défini au paragraphe II.1. ci-après).

Les exigences tenant au maintien d'une certaine crédibilité et réputation sur le marché sont ainsi sensiblement renforcées s'agissant de banques islamiques (1.), la spécificité du rôle des banques islamiques expliquant également ces exigences (2.).

1. Des exigences de crédibilité et de réputation renforcées

Il est essentiel pour une banque islamique - vis-à-vis de ses clients et d'investisseurs potentiels soucieux du respect de leurs convictions religieuses - de s'assurer de la compatibilité de ses produits et de son fonctionnement avec les prescriptions de la *Charia*. Dans le cas contraire, elle s'exposerait au risque de perdre la confiance de ses clients et d'investisseurs potentiels, ce qui se traduirait *in fine* par une perte de crédibilité sur les marchés.

A cet égard, le Conseil des Services Financiers Islamique (CSFI)⁶ - organisation de standardisation siégeant à Kuala Lumpur dont l'objet est la mise en place de normes prudentielles et de standards internationaux conformes à la *Charia* afin de promouvoir le développement d'une finance islamique régulée et transparente - recommande qu'une institution financière islamique soit capable de justifier d'une gouvernance efficace conforme aux principes de la *Charia* et qu'elle se comporte de façon socialement responsable. Ainsi, les banques islamiques se doivent-elles d'embaucher des spécialistes chargés de définir en interne une politique de conformité avec les principes de la *Charia* des activités et du fonctionnement de la banque et de veiller à sa mise en œuvre effective.

Corrélativement, une bonne gouvernance d'un point de vue islamique est susceptible de constituer un « bon argument marketing » permettant ainsi à une banque de faire sa promotion en montrant l'efficacité avec laquelle elle gère les problèmes liés à la compatibilité avec la *Charia*.

6 Voir le principe 7 du rapport du Conseil des Services Financiers Islamique (*Islamic Financial Services Board, IFSB*) intitulé « *Guiding principles on conduct of business for institutions offering islamic financial services* », décembre 2009, disponible sur le site Internet du CSFI www.ifsb.org.

2. La spécificité du rôle des banques islamiques

L'importance des règles de gouvernance applicables aux banques islamiques s'explique aussi par la spécificité du rôle des banques islamiques qui dépasse souvent, dans le cadre de leurs relations avec leurs clients, celui d'un simple intermédiaire financier.

Plus précisément, s'agissant des modalités de financement, la finance islamique se singularise par la nécessité de l'adossément de tout financement à un actif tangible et par le partage entre la banque islamique et son client des profits et des pertes en résultant. Ainsi, contrairement à une banque conventionnelle, la banque islamique doit mettre en place un véritable partenariat avec son client dont l'objet est le financement d'un projet licite au regard des principes de la *Charia*.

Pour mieux comprendre cette spécificité de la banque islamique, il convient de décrire brièvement les principaux comptes bancaires qu'elle propose, à savoir les comptes de dépôt et les comptes d'investissement.

Les fonds issus des comptes de dépôt (*Amanah, Wadiah*) ne sont pas conçus comme des prêts des déposants à la banque, puisque ces comptes ne sont pas rémunérés, mais les fonds sont en quelque sorte gardés par la banque qui a une obligation de conservation à leur égard et qui ne peut les utiliser sans obtenir l'accord préalable de son client. Si la banque islamique venait à investir les fonds de ses clients après avoir obtenu leur accord et que ces placements s'avéraient fructueux, aucune rémunération contractuelle ne serait versée aux titulaires de ces comptes de dépôt à l'exception d'un éventuel geste commercial de la part de la banque à leur égard.

Historiquement, afin d'instituer un substitut aux comptes de dépôt conventionnels qui soit conforme aux principes de la *Charia*, les banques islamiques ont mis en place des comptes hybrides appelés « comptes d'investissement » (restreints et non restreints). Les fonds déposés sur ces comptes sont investis par la banque islamique pour financer des projets conformes à la *Charia* dont les profits seront partagés entre la banque islamique et le client déposant ; les pertes étant supportées exclusivement par le client en sa qualité d'investisseur lorsque le compte d'investissement repose sur le contrat de *Mudaraba*.

Techniquement, les comptes d'investissement se basent le plus souvent sur un contrat de partenariat nommé le contrat de *Mudaraba* conclu entre le client déposant et la banque islamique aux termes duquel, le client en qualité d'investisseur (*Rab al Mal*) confie ses fonds à la banque islamique en qualité de gérant (*Mudarib*), chargée de les placer et de les gérer selon des modalités et moyennant une commission contractuellement définies. En pratique, la banque islamique investit ces fonds dans des opérations conformes à la *Charia*, en qualité cette fois-ci d'investisseur (*Rab al Mal*) en partenariat avec un entrepreneur ayant un besoin de financement qui agira en qualité de gérant du projet (*Mudarib*) en contrepartie d'une commission.

Les comptes d'investissement reposent ainsi sur une technique de financement participatif à deux niveaux reflétant la double qualité de la banque islamique, agissant dans sa relation avec son client « déposant » en qualité de gestionnaire et dans sa relation avec son client « entrepreneur » ayant un besoin de financement en qualité d'investisseur.

Les profits issus des investissements ainsi financés seront partagés entre la banque et ses investisseurs selon une répartition convenue dans le contrat. En revanche, dans l'hypothèse où le projet financé n'est pas rentable, les pertes seront supportées uniquement par les investisseurs (*Arbab al Mal*) qui courent le risque de voir leurs économies disparaître, d'où la nécessité d'une protection renforcée des titulaires de comptes d'investissement visant à assurer un certain nombre de droits de ces déposants au sein de la banque islamique (voir pour plus de détails le paragraphe II.2. ci-après).

Ainsi, contrairement à une banque conventionnelle qui réalise une marge sur la différence entre le taux auquel elle rémunère les comptes de dépôt de ses clients et le taux auquel elle leur consent des prêts, la banque islamique se rémunère sur la rentabilité générée par l'actif / le projet auquel le financement est adossé. La banque islamique se doit donc d'investir et de placer les fonds de ses clients en évaluant minutieusement les risques auxquels elle les expose. Ceci implique des obligations corrélatives renforcées en termes de gouvernance d'entreprise et de gestion des conflits d'intérêts en particulier.

Le particularisme des règles de gouvernance applicables aux banques islamiques tient également aux exigences de la loi islamique auxquelles elles doivent se soumettre. Concrètement les prescriptions et les encadrements de la *Charia* tels que décrits ci-dessous se traduiront par la nécessité pour les banques islamiques de se conformer aussi bien dans leur fonctionnement interne que dans la réalisation de leurs opérations et montages financiers aux préceptes de la *Charia* sous la supervision d'un comité de conformité à la *Charia* et sous la responsabilité ultime du conseil d'administration ou du directoire de la banque.

II. Un particularisme lié aux exigences de la loi islamique applicables aux banques islamiques

La conformité à la *Charia* suppose la mise en place d'un système de gouvernance au sein des banques islamiques qui se singularise d'une part par le rôle central du comité de conformité à la *Charia* (1.) et d'autre part par la nécessité d'une protection spécifique de certains dépositaires (2.).

1. Le rôle central du comité de conformité à la *Charia*

Le CSFI recommande⁷ aux institutions financières islamiques d'organiser un système de gouvernance permettant de s'assurer de la compatibilité de leurs activités à la *Charia*. Pour se faire, une sélection devra s'opérer *via* un système de filtres éthiques permettant de définir « l'univers investissable »⁸ dans lequel se construira le portefeuille final de l'institution financière islamique ; système devant être complété par un mécanisme de purification des revenus issus d'activités illicites au regard de la *Charia* (par exemple provenant d'une

entreprise ne respectant pas les ratios d'endettement prescrits par les principes islamiques).

Au centre de ce système de gouvernance se trouve un organe spécifique, le comité de conformité à la *Charia*, qui comme son nom l'indique veille au respect par la banque islamique des prescriptions édictées par la *Charia* qu'il convient de rappeler.

Rappel des principes de la *Charia* applicables aux institutions financières islamiques

Les règles d'éthique et de morale religieuses auxquelles les banques islamiques doivent se soumettre sont dérivées de la *Charia*, communément définie comme un corpus de lois islamiques issues des textes du Coran lui-même, des actes, des paroles et des enseignements du Prophète Mohammed (*Sunnah*), des règles obtenues par le consensus de la communauté des juristes à l'époque du Prophète Mohammed (*Ijma'*), des principes acceptés du *Qiyas* (raisonnement par analogie) et enfin des interprétations retenues par la doctrine islamique (*Ijtihad*).

La *Charia* édicte un certain nombre de prohibitions, de restrictions et de recommandations parmi lesquelles figure au premier plan l'interdiction de la perception d'intérêts considérée comme de l'usure (*Riba*), l'argent étant un simple vecteur d'échange et ne pouvant être en lui-même créateur de richesses. Viennent ensuite, la prohibition de l'incertitude (*Gharar*) - les éléments fondamentaux du contrat tels que le prix ou l'objet devant être connus avec certitude au jour de sa conclusion - de la spéculation (*Maysir*), de la thésaurisation et de certains secteurs d'investissements comme celui des boissons alcoolisées ou de l'armement, d'où la mise en place d'un système de filtres éthiques permettant de s'assurer de la licéité des activités sur lesquelles portent le financement.

Plus généralement, la *Charia* recommande de faire preuve d'honnêteté, de justice, d'avoir un comportement socialement responsable dans la conduite de ses affaires et de mettre en œuvre des politiques d'équité, de justice et de développement social.⁹

Afin de veiller au respect de ces principes, la plupart des institutions financières proposant des produits islamiques (en ce compris les banques conventionnelles opérant *via* des « fenêtres islamiques ») disposent en interne d'un comité chargé de vérifier la conformité des transactions et produits bancaires aux principes de la *Charia*.

Rôle et composition du comité de conformité à la *Charia*

Le comité de conformité à la *Charia* est un organe collégial composé notamment de spécialistes de la *Charia* (*Fuqaha*) qui en amont émettent des avis juridiques (*Fatawa*) relatifs aux conditions de licéité des opérations et des produits proposés par la banque et qui en aval vérifient la mise en œuvre de ces *Fatawa*.

Dans certains pays, comme la Malaisie ou le Soudan, le rôle du comité de conformité à la *Charia* peut se limiter à la vérification du respect des *Fatawa* émises en amont par une

⁷ Voir le principe 3 § 21 du rapport du CSFI intitulé « *Guiding principles on governance for islamic collective investment schemes* », janvier 2009, disponible sur www.ifsb.org.

⁸ « Du filtrage islamique », I. Cekici, Cahiers de la finance islamique numéro 1, février 2009, p.38.

⁹ « La gouvernance des banques islamiques au Liban », G. Abi Rizk, revue de droit bancaire et financier, numéro 1, janvier 2008, étude 5.

autorité centrale à l'attention de toutes les institutions financières islamiques du pays. Une telle approche présente l'avantage d'éviter l'écueil des divergences d'interprétation des principes de la *Charia* entre les comités *Charia* de différentes institutions. Il convient toutefois de préciser que les *Fuqaha* dont les avis font autorité sur le marché sont très peu nombreux, ce qui se traduit en pratique par une harmonisation de fait des interprétations entre les institutions financières islamiques.

Le CSFI a émis une série de recommandations concernant le fonctionnement du comité de conformité à la *Charia* et l'élaboration de mécanismes de contrôle efficaces par celui-ci du respect des principes de la *Charia*.

Recommandations du CSFI concernant le fonctionnement du comité de conformité à la *Charia*

Le CSFI recommande que la désignation des membres du comité de la *Charia* respecte un certain formalisme nécessitant notamment l'établissement d'un écrit précisant clairement les termes de leur mandat. En effet, la compatibilité des opérations bancaires avec les principes de la *Charia* relevant *in fine* de la responsabilité du conseil d'administration ou du directoire de la banque, il apparaît crucial que les pouvoirs et les fonctions de chacun soient nettement délimités.¹⁰

Les procédures de consultation et d'organisation des réunions du comité de conformité à la *Charia* ainsi que les règles relatives à son processus décisionnel, et à la transcription de ses décisions devraient être clairement et précisément définies en particulier dans les statuts de la banque islamique.¹¹

Préalablement à toute consultation ou réunion, le comité de conformité à la *Charia* devrait pouvoir obtenir de la part des dirigeants de la banque islamique toutes les informations dont ils ont besoin ; ces informations devant bien entendu être complètes, exactes et communiquées dans un délai raisonnable.¹²

Le CSFI propose également les lignes directrices devant présider à l'élaboration d'un code de bonne conduite des membres du comité de conformité à la *Charia*. Il est recommandé que ce code de bonne conduite soit institué au sein de chaque banque islamique pour éviter les conflits d'intérêts et s'assurer de l'indépendance des membres du comité de conformité à la *Charia* vis-à-vis du conseil d'administration / directoire de la banque.¹³

En effet, dans la mesure où la mission du comité de conformité à la *Charia* est de valider les produits bancaires et les transactions financières proposés par le conseil d'administration ou le directoire de la banque, il est essentiel que ses

membres soient indépendants. Autrement dit, l'indépendance du comité de la conformité à la *Charia* est un préalable nécessaire à l'exercice d'un jugement objectif par ce dernier.

Une des méthodes proposée pour s'assurer d'une telle indépendance serait l'organisation de procédures transparentes et appropriées à la résolution des éventuelles divergences d'opinions entre le conseil d'administration / directoire et le comité de conformité à la *Charia*, qui pourrait, en cas de désaccord persistant, s'adresser directement aux actionnaires en qualité de « *whistle-blower* ».¹⁴

Le CSFI énumère, enfin, un certain nombre de situations dans lesquelles le comité de conformité à la *Charia* ne peut être considéré comme indépendant, par exemple, lorsqu'un actionnaire substantiel de la banque (détenant une participation d'au moins 5 % dans le capital de celle-ci) appartient à la famille proche d'un des membres du comité de conformité à la *Charia*.

Recommandations du CSFI concernant l'élaboration de mécanismes de contrôle efficaces

Concernant les mécanismes de contrôle par le comité de conformité à la *Charia*, le CSFI recommande la mise en place de la structure suivante :¹⁵

- ◆ *un contrôle ex ante* : comme décrit dans les développements ci-dessus, le comité de conformité à la *Charia* se chargerait d'émettre les *Fatawa* pour définir *a priori* les conditions de licéité des opérations envisagées par le conseil d'administration / directoire de la banque islamique.

Il est également fortement recommandé que la banque se dote en interne d'un département composé de spécialistes de la *Charia* ayant des qualifications et une expérience appropriées, afin d'agir en quelque sorte en tant que premier référent auquel les opérationnels pourront s'adresser pour leurs problématiques de compatibilité avec la *Charia*, et qui se chargerait de diffuser les *Fatawa* auprès des dirigeants et du personnel opérationnel et d'en contrôler l'application quotidiennement.¹⁶

- ◆ *un contrôle ex post* : il conviendrait qu'un auditeur en interne vérifie périodiquement le respect des *Fatawa* et que tout manquement soit noté et indiqué au comité de conformité à la *Charia*. Puis la réalisation d'un second audit, dit externe, est recommandée pour s'assurer de façon indépendante et objective que l'audit interne a été correctement effectué. Cet audit externe peut être confié au comité de conformité à la *Charia* ou à un cabinet de consultants spécialisé dans les questions de compatibilité à la *Charia* en matière de finance islamique.

La présence du comité de conformité à la *Charia* au cœur du système de gouvernance d'entreprise des banques islamiques

10 Voir le principe 1.2 § 21 et 22 du rapport du CSFI intitulé « *Guiding principles on Shari'ah governance systems for institutions offering islamic financial services* », décembre 2009, disponible sur www.ifsb.org.

11 Voir le principe 1.2 § 23 du rapport du CSFI intitulé « *Guiding principles on Shari'ah governance systems for institutions offering islamic financial services* ».

12 Voir le principe 3.2 du rapport du CSFI intitulé « *Guiding principles on Shari'ah governance systems for institutions offering islamic financial services* ».

13 Voir le principe 1.2 § 25 du rapport du CSFI intitulé « *Guiding principles on Shari'ah governance systems for institutions offering islamic financial services* ».

14 Voir le principe 3.1 du rapport du CSFI intitulé « *Guiding principles on Shari'ah governance systems for institutions offering islamic financial services* ».

15 Voir le principe 3 du rapport du CSFI intitulé « *Guiding principles on governance for islamic collective investment schemes* ».

16 Voir le principe 1.2 § 24 du rapport du CSFI intitulé « *Guiding principles on Shari'ah governance systems for institutions offering islamic financial services* ».

caractérise l'une de ses particularités, à côté de l'exigence de protection renforcée des titulaires de comptes d'investissement.

2. Une exigence de protection renforcée de certains dépositaires

Dans le secteur de la banque conventionnelle, les actionnaires constituent les principaux bénéficiaires de la protection des règles de gouvernance d'entreprise. En finance islamique, les titulaires de comptes d'investissement représentent la seconde grande catégorie de bénéficiaires.

Comme indiqué dans les développements précédents, les titulaires de comptes d'investissement courent le risque de perdre les fonds qu'ils y ont déposés en cas de mauvais placements effectués par la banque islamique. Il est ainsi indispensable d'instaurer des règles visant à assurer le droit des déposants dans les banques islamiques.¹⁷

Avant d'aborder les pratiques de gouvernance recommandées par le CSFI à cet égard, il est utile de rappeler la problématique de base à l'origine de la situation actuelle des titulaires de comptes d'investissement.

Problématique de base : réconcilier la fonction économique et le support juridique des comptes d'investissement

Les banques islamiques ont développé deux types de comptes d'investissement, les comptes d'investissement restreints - les fonds étant placés dans des investissements définis contractuellement dès l'origine - et les comptes d'investissement non restreints, pour lesquels la banque jouit d'une totale liberté dans l'investissement des fonds des déposants, pouvant même les mélanger avec ceux de ses actionnaires, sous réserve que ces investissements soient conformes à la *Charia*.

De cette coexistence peuvent découler des conflits d'intérêts potentiels notamment sur la stratégie d'investissement, les actionnaires étant des investisseurs plus « agressifs » que les titulaires de comptes d'investissement ayant une tendance à être plus « défensifs », ce qui peut également se traduire par de possibles conflits au niveau des obligations de la banque islamique à leur égard¹⁸.

Comme expliqué au paragraphe I.2. ci-dessus, à l'origine, les comptes d'investissement ont été créés par la pratique bancaire islamique pour tenter de trouver un équivalent aux comptes de dépôt conforme aux principes de la *Charia*, reposant juridiquement sur une technique de financement participatif, le contrat de *Mudaraba*.

Dans l'interprétation actuelle retenue par la jurisprudence (*Fiqh*) et la doctrine islamiques, aux termes du contrat de *Mudaraba*, l'investisseur (*Rab al Mal*) est considéré comme purement passif ne pouvant s'immiscer dans la gestion des projets dans lesquels ses fonds ont été investis.

Par ailleurs, contrairement aux comptes de dépôt classiques pour lesquels une banque conventionnelle garantit la restitu-

tion du capital initial et le paiement d'un taux de rendement fixe, une banque islamique, ne saurait garantir la restitution des fonds déposés sur un compte d'investissement et encore moins une rentabilité fixe décollée de tout actif sous-jacent puisque, par définition, le contrat de *Mudaraba* est basé sur un schéma de partage des profits et des pertes entre la banque islamique et son client.

Ainsi, les titulaires de comptes d'investissement se retrouvent dans une situation où bien que soumis au risque non négligeable de voir disparaître leur épargne, ils ne bénéficient pas de la protection corrélative en termes de droits de gouvernance.

Situation actuelle des titulaires de comptes d'investissement

Les problématiques soulevées par la situation actuelle des titulaires de comptes d'investissement s'articulent autour de trois types de droits traditionnellement reconnus en matière de gouvernance d'entreprise, à savoir les droits d'information, les droits financiers et les droits de contrôle.

Droits à l'information

Il convient de distinguer la situation des titulaires de comptes d'investissement restreints de celle des titulaires de comptes d'investissement non restreints.

Les titulaires de comptes d'investissement restreints disposent d'un certain contrôle sur l'investissement de leurs fonds par la banque islamique et sur l'évaluation du risque y afférent, puisque, dès l'origine, les placements sont contractuellement définis.

En revanche, les titulaires de comptes d'investissement non restreints disposent d'un accès à l'information très limité s'agissant de l'affectation des fonds investis, des stratégies d'investissement et du calcul de leur quote-part des profits en résultant.

Le manque de transparence sur le montant des éventuels profits distribués aux titulaires de comptes d'investissement non restreints s'explique par l'usage de réserves spéciales par la banque islamique destinées à garantir un certain rendement des comptes d'investissement non restreints tout en se conformant aux principes de la *Charia*.

En effet, parmi les pratiques qui servent à lisser les taux de rendements sur les comptes d'investissement et leur payer une rémunération comparable à celle du marché, figurent deux types de réserves spéciales, à savoir :

- la réserve d'égalisation des profits (*Profit Equalisation Reserve*) qui est constituée à partir du revenu brut de la banque islamique avant la répartition des profits entre les actionnaires et les titulaires des comptes d'investissement et le calcul de la commission de la banque en qualité de *Mudarib* ; et
- la réserve pour risques d'investissement (*Investment Risk Reserve*) qui est prélevée sur les profits attribués seulement aux titulaires des comptes d'investissement après déduction de la commission de la banque en qualité de *Mudarib*.

L'usage de ces réserves spéciales est à l'origine d'une certaine opacité, notamment dans les rapports financiers périodiques

17 « La gouvernance des banques islamiques au Liban », G. Abi Rizk.

18 Voir le principe 6 du rapport du CSFI intitulé « *Guiding principles on conduct of business for institutions offering islamic financial services* ».

destinés en principe à l'information des investisseurs et des actionnaires, puisqu'il n'y a pas de distinction claire entre les revenus issus de l'investissement des fonds des titulaires de comptes d'investissement et le calcul des profits qui leur sont distribuables.

Ainsi, les dirigeants de la banque disposent, par le biais de ces réserves spéciales, d'une large marge de manœuvre source d'éventuelles manipulations susceptibles d'impacter négativement les droits financiers des titulaires de comptes d'investissement.

Droits financiers

Comparativement aux droits des actionnaires dans les réserves classiques, les droits de titulaires de comptes d'investissement dans les réserves spéciales sont très limités.

En effet, ils n'ont pas le droit de voter pour ou contre l'usage de ces réserves, compétence relevant du domaine exclusif des actionnaires et du conseil d'administration / directoire de la banque islamique ; au mieux, leur contrat de *Mudaraba* pourra plafonner le montant de ces réserves spéciales.

Egalement, lors de la clôture de leur compte, les titulaires de comptes d'investissement ne disposent d'aucuns droits dans ces réserves, qui deviennent des réserves « orphelines » qui peuvent être distribuées aux actionnaires et titulaires de comptes d'investissement existants ou à des œuvres de charité.

En revanche, les banques islamiques subissant très peu de pression commerciale visant à garantir un certain rendement sur les comptes d'investissement restreints, leurs titulaires seront rarement confrontés aux mêmes problématiques de transparence sur la distribution des profits.

Droits de contrôle

Comme indiqué ci-dessus, selon l'interprétation actuelle du contrat de *Mudaraba*, les titulaires de comptes d'investissement non restreints ne doivent pas interférer dans la gestion des actifs dans lesquels leurs fonds ont été investis. Les actionnaires d'une banque conventionnelle ne doivent pas non plus interférer dans sa gestion, mais ils disposent du droit de désigner ou de révoquer les membres du conseil d'administration, de participer au vote des décisions relatives à la distribution de dividendes, de désigner un commissaire aux comptes, etc. ; tous ces droits de contrôle ne sont pas reconnus aux titulaires de comptes d'investissement non restreints.

S'agissant des titulaires de comptes d'investissement restreints, ils bénéficient de droits de contrôle contractuels dans la mesure où la banque islamique en qualité de *Mudarib* doit agir conformément aux stipulations du contrat de *Mudaraba* lui imposant certaines limites, par exemple, sur l'affectation des fonds déposés à des investissements préalablement définis.

Il apparaît donc que les titulaires de comptes d'investissement (en particulier non restreints) se trouvent dans une situation ambiguë ne leur reconnaissant aucun des droits de gouvernance des actionnaires ou des créanciers de banques islamiques, alors même qu'ils encourent substantiellement les mêmes risques de perte. Ainsi, le CSFI a émis une série de recommandations visant à renforcer leur protection.

Pratiques de gouvernance recommandées par le CSFI

Les propositions du CSFI s'articulent principalement autour de l'organisation d'une représentation des titulaires de comptes d'investissement au sein de la banque islamique *via* un comité de gouvernance et la communication d'un certain nombre d'informations à leur attention.

Le conseil d'administration / directoire de la banque islamique, qui est, *in fine*, responsable de la politique de gouvernance est invité par le CSFI à instituer un comité de gouvernance.¹⁹

Ce comité de gouvernance serait composé d'au moins trois membres comprenant un membre du comité d'audit, un *Fuqaha* (qui peut être membre du comité de conformité à la *Charia*) et l'équivalent d'un administrateur indépendant (sélectionné d'après ses compétences et son expérience en la matière).

Le comité de gouvernance serait chargé de veiller à l'application de la politique de gouvernance au sein de la banque islamique en collaboration avec les dirigeants, le comité d'audit et le comité de conformité à la *Charia*, et de produire au conseil d'administration / directoire des rapports et des recommandations sur ses conclusions dans le cadre de l'exercice de ses fonctions.

Spécifiquement, dans les hypothèses de conflits d'intérêts évoquées plus haut entre les actionnaires et les titulaires de comptes d'investissement, le comité de gouvernance pourrait examiner la situation de conflit au vu des intérêts exclusifs de ces derniers tandis que le comité d'audit le ferait uniquement au regard des intérêts des actionnaires, afin de résoudre le conflit sans léser les intérêts de l'une des parties.

Le CSFI insiste sur le fait que le comité de gouvernance doit avoir comme objectif premier de veiller à la préservation des intérêts des parties prenantes (*stakeholders*) autres que les actionnaires, en particulier ceux des titulaires de comptes d'investissement. Par exemple, relèverait de la responsabilité du comité de gouvernance, le fait de s'assurer que la banque respecte bien les restrictions contractuelles qui lui sont imposées dans la gestion des comptes d'investissement restreints.

Le CSFI²⁰ recommande aussi que préalablement à l'ouverture de leur compte d'investissement, les clients soient informés des droits et des risques relatifs à la souscription d'un tel compte, des politiques et des stratégies d'investissement de la banque ainsi que de la méthode retenue par celle-ci pour calculer les profits et les pertes attachés à leurs investissements.

Ensuite, les titulaires de comptes d'investissement seraient informés, notamment, du montant des revenus provenant de l'investissement de leurs fonds et de la part qui leur revient, du montant des sommes mises en réserves spéciales, des prélèvements effectués sur celles-ci afin de les distribuer, ainsi que des transactions équivalentes à des conventions régle-

19 Voir le principe 1 du rapport du CSFI intitulé « *Guiding principles on Shari'ah governance systems for institutions offering islamic financial services* ».

20 Voir le principe 2 du rapport du CSFI intitulé « *Guiding principles on Shari'ah governance systems for institutions offering islamic financial services* ».

mentées en droit français impliquant la banque, ses dirigeants ou ses actionnaires.

Leur information serait également assurée *via* le comité de gouvernance qui serait destinataire d'informations portant sur la stratégie d'investissement ou sur l'existence de pratiques de lissage des revenus par la banque se traduisant par la constitution de réserves spéciales. Il relèverait d'ailleurs de la responsabilité du comité de gouvernance de veiller à ce que les titulaires de comptes d'investissement aient accès à toute l'information qui devait leur être communiquée et ce dans les délais requis.

Enfin, le comité de gouvernance devrait être autorisé à contrôler l'usage des réserves spéciales par la banque et faire, si nécessaire, des propositions d'amélioration au conseil d'administration / directoire en ce sens.

En conclusion, les exigences de gouvernance d'entreprise s'inscrivent naturellement dans la tendance actuelle visant à renforcer la régulation des activités bancaires. Il faudra toutefois demeurer conscient des exigences propres au secteur de la finance islamique se caractérisant par le respect des principes de la *Charia* sous la supervision d'un comité de conformité à la *Charia*. ■