

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS – PARIS II

2015-16



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Master 2 Droit européen comparé Dirigé par Louis Vogel

**Les particularités du Takaful
(assurance selon l'islam)**

**Mémoire préparé sous la direction
de Monsieur le professeur émérite Sélim Jahel**

**Présenté et soutenu publiquement
par Edward Budd**

Séjour de recherche à l'université d'Oxford



L'université Paris II, n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

À Monsieur le Professeur émérite Sélim Jahel, pour avoir accepté de diriger ce mémoire et pour ses suggestions pertinentes.

À ma famille, notamment mes parents et mes frères.

À Helen, et mes colocataires d'Oxford.

Aux personnels de l'Institut de Droit Comparé de Paris II et de l'université d'Oxford.

Résumé

Dans le monde musulman, jusque dans les années 1970, la seule alternative d'assurance était l'assurance conventionnelle à l'occidentale.

En 1979, est apparu au Soudan, une assurance d'un nouveau genre mêlant Islam, éthique et principes de l'assurance traditionnelle : l'assurance Takaful qui signifie en arabe « entraide solidaire ».

L'assurance Takaful est une méthode de mutualisation des risques entre assurés, qui respectent les principes islamiques.

En effet, l'assurance conventionnelle (venant du système occidental) est considérée par les fuqahas (savants islamiques) comme contraire à l'Islam car comportant de l'aléa (gharar), des formes d'intérêts (riba), des possibilités de spéculation (maysir) et investissant dans des secteurs interdits (haram).

L'assurance Takaful prévoit l'existence d'un conseil religieux (sharia board) afin de vérifier du bon respect par les compagnies d'assurance des principes islamiques contenu aussi bien dans le Coran que dans les sources dérivées.

Cependant, l'assurance islamique connaît au niveau de sa réglementation des variantes aussi nombreuses que de pays musulmans, ce qui en fait sa richesse et sa complexité.

Ce mémoire met en exergue les débats concernant l'assurance conventionnelle, les structures du Takaful, ses variantes ainsi que la réglementation dans les principaux pays musulmans et présente le cas de la France.

Sommaire

Introduction

Titre I : L'assurance Takaful, une alternative islamique à l'assurance conventionnelle

Chapitre 1 : Une assurance éthique et islamique

Section 1 : Des prémices de l'assurance à l'arrivée de l'assurance Takaful dans le monde musulman

Section 2 : L'assurance conventionnelle, une assurance non conforme aux prescriptions islamiques

Chapitre 2 : L'assurance Takaful, une assurance hybride entre charia et système mutualiste

Section 1 : Une assurance charia compatible

Section 2 : Une assurance aux structures complexes

Titre II : L'assurance Takaful face aux enjeux réglementaires et économiques

Chapitre 1 : Une réglementation éparse selon les pays

Section 1 : Les cas des grands pays musulmans

Section 2 : Le cas particulier de la France

Chapitre 2 : Les variantes et déclinaisons du Takaful

Section 1 : Les différents modèles juridiques

Section 2 : Le Retakaful, une alternative islamique à la réassurance conventionnelle

Conclusion

Bibliographie

Annexe

Table des matières

Introduction

Dans un contexte de crise financière et de crise des valeurs morales, de plus en plus d'individus cherchent à se tourner vers des investissements qui se veulent éthiques, voir religieux comme le propose, l'économie islamique.

Si l'actualité économique est régulièrement tournée vers la finance islamique, un autre pendant moins connu existe concernant l'assurance.

En effet, il existe une alternative islamique à l'assurance conventionnelle dite à l'occidentale, élaborée par les fuqahas (savants islamiques) et nommée assurance Takaful.

L'assurance Takaful est arrivée postérieurement à la finance islamique, la première compagnie d'assurance islamique a été créée en 1979 par la compagnie d'assurance soudanaise Sudanese Islamic Insurance Company¹. Elle connaît de nos jours une forte croissance, la gestion d'actifs par les compagnies d'assurance Takaful a doublé entre 2007 et 2014 passant de 7 milliards à plus de 14 milliards de dollars. On attend pour l'horizon 2018 plus de dix-huit mille milliards de dollars d'actifs².

Le terme Takaful vient du mot arabe « *kafala* » signifiant responsabilité ou garantie³. L'assurance Takaful est basée sur les principes, tout d'abord islamiques, ensuite d'assistance et de contribution volontaire ainsi que sur un modèle mutualiste. Plus précisément, l'assurance islamique connaît différentes caractéristiques, l'unicité car les assurés (participants) sont à la fois assureur et assurés comme dans une assurance sous forme mutualiste ; ensuite une vocation sociale et solidaire car réaliser des bénéfices n'est pas le but premier.

L'assurance Takaful est une assurance islamique qui trouve ses fondements dans les prescriptions islamiques des textes sacrés, dans la science du fiqh ainsi que les coutumes et traditions musulmanes. Un conseil religieux ou « sharia board » vient vérifier le bon

¹ Mher, M. H., & Ahmad, T. P. (2011). CONCEPTUAL AND OPERATIONAL DIFFERENCES BETWEEN GENERAL TAKAFUL AND CONVENTIONAL INSURANCE. *Australian Journal of Business and Management Research*, 1(8), 23

² Rapport EY, *Global Takaful Insights*

³ Hymayon A. Dar, Umar F. Moghu (2009), *The Chancellor Guide to the Legal and Shari'a Aspects of Islamic Finance*, Chancellor Publications p.287

respect du droit musulman par les compagnies d'assurance dans leurs transactions et opérations commerciales.

L'assurance islamique est ainsi « charia compatible » et s'écarte des principaux torts de l'assurance conventionnelle comme nous allons le montrer.

Tout d'abord, en éliminant l'aléa (gharar) de l'assurance conventionnelle qui découle de l'incertitude de la réalisation d'un risque et de l'indétermination de l'indemnité. L'assurance Takaful évite l'aléa en reversant aux participants une part des bénéfices générés par l'opérateur Takaful sous la forme de la distribution de l'excédent⁴.

Ensuite, en évitant tout usure (riba) en faisant de la prime une forme de donation à la communauté des assurés pour leur intérêt mutuel.

Qui plus est, en s'écartant de toute spéculation et enrichissement injuste (maysir) car il peut y avoir une disproportion en assurance conventionnelle entre la prime payée par l'assuré et l'indemnité versé par l'assureur.

De plus, en n'investissant pas dans des investissements considérés comme illicites (haram) comme les armes, la pornographie, l'alcool⁵.

Enfin, avec la création et la séparation des fonds de celui des assurés (fonds des participants) qui est la propriété des assurés et qui est constitué des contributions de ces derniers ; et de celui de la société ou opérateur (fonds des actionnaires ou opérateur). Les surplus sont partagés équitablement après déduction de toutes les charges par l'opérateur. Nous verrons aussi que les primes sont plus considérées comme des contributions voir des donations, dans une optique d'intérêt mutuel solidaire des membres.

Toutefois nous montrerons que les débats concernant l'interdiction de l'assurance conventionnelle ne sont pas unanimes entre les fuqahas.

Nous soulignerons ensuite que l'assurance Takaful a une qualification difficile en raison du mélange d'un système religieux et occidentale. La forme mutualiste est privilégiée car celle-ci favorise l'entraide et le partage des risques entre assurés⁶.

⁴ Craig R.Nethercott, David M. Eisenberg (2012), *Islamic Finance: Law and Practice*, OUP Oxford.p.245

⁵ Serap O. Gönülal (2012), *Takaful and Mutual Insurance*, World Bank Publications, p. 117

⁶ Baudouin Valentine- Kader Merbouh (2015), *Le guide de l'assurance Takaful*, L'argus de l'assurance, p. 39

Nous verrons aussi que l'assurance Takaful est possible soit au sein d'une compagnie d'assurance conventionnelle avec un guichet islamique (Takaful window) ou au sein d'une compagnie Takaful pure.

Il existe différents modèles juridiques du Takaful qui ont une importance concernant la redistribution des surplus, la rémunération de l'opérateur et l'organisation de la gestion du fonds des participants par l'opérateur.

Tout d'abord, il y a le « *modèle mudaraba* » qui est une adaptation du contrat commercial islamique utilisé notamment dans le domaine bancaire, cette technique prône le partage équitable des risques et des bénéfices, en associant le prêteur et l'emprunteur (commandite française)⁷.

Ensuite, il y a le « *modèle Wakala* » qui est le modèle par défaut dans le domaine de l'assurance Takaful notamment au Moyen-Orient, l'équivalent en droit français serait le contrat de mandat.

De plus, il y a le « *modèle hybride* » qui est une combinaison entre les modèles Wakala et Mudaraba.

Enfin, il y a le modèle « *waqf Takaful* », le waqf est une tradition de charité, l'opérateur doit créer un fonds waqf au sein du fonds Takaful dont il sera le gérant pour aider les participants en difficultés ou pour reverser à des œuvres charitables.

Bien qu'une définition quelque peu unanime existe sur les fondements du Takaful, il existe une réglementation éparse du Takaful, comme nous le verrons au sein des pays musulmans.

Nous étudierons le cas des principaux marchés dans les pays musulmans ainsi que le cas particulier de la France.

L'alternative islamique existe aussi en réassurance sous le nom de Retakaful, qui est apparue plus tardivement et qui reprend les mécanismes de réassurance tout en étant « charia compatible ». Cette forme d'assurance existe soit avec une compagnie de réassurance conventionnelle qui a un guichet islamique (Takaful window) soit par une compagnie de réassurance pure Takaful.

⁷ Jaffer Sohail (2007), *Islamic Insurance : Trends, Opportunities and the Future of Takaful* Linnius., p.48

Comment le Takaful, arrive-t-il à concilier assurance moderne et religion ?

Nous verrons pour répondre à cette question, que l'assurance Takaful de par ses structures entre charia et assurance conventionnelle, constitue une véritable alternative à l'assurance conventionnelle (Titre I). De plus, une telle assurance fait face à des enjeux réglementaires et économiques dans le monde musulman que nous mettrons en exergue (Titre II).

Titre I : L'assurance Takaful, une alternative islamique à l'assurance conventionnelle

Nous verrons que l'assurance conventionnelle est une assurance laïque et ainsi ne respectant pas, les principes et l'éthique du droit musulman, à la différence de l'assurance islamique (chapitre 1).

Par la suite, pour avoir une vision précise de l'assurance Takaful, il convient d'en étudier ses fondements ainsi que son coté hybride, à cheval entre la charia et les principes mutualistes (chapitre 2).

Chapitre 1 : Une assurance islamique et éthique

L'assurance comme système d'entraide ou de dédommagement a des racines anciennes aussi bien dans les coutumes que dans le Coran, qui ont jeté les fondements de la formation du Takaful (section 1).

Ensuite nous verrons l'essor de l'assurance Takaful qui est l'assurance selon les principes islamiques (section 2).

Section 1 : Des prémices de l'assurance à l'arrivée de l'assurance Takaful dans le monde musulman

Nous verrons tout d'abord que les différentes formes d'assurances et d'entraides qui existaient dans la société musulmane, sont à la base de ce que constitue le Takaful (§1), puis nous verrons le développement et l'arrivée du Takaful (§2)

§1 : Des formes d'entraide à l'assurance conventionnelle

L'assurance telle que nous la connaissons aujourd'hui, c'est à dire se garantir contre un risque moyennant rémunération ou plus largement l'entraide dans la communauté, existe depuis toujours.

En effet, dès la période préislamique, c'est à dire avant la naissance du Prophète Mahomet (vers 570 après J-C), il existait des techniques de financement du risque

parmi les tribus d'Arabie⁸. Il existait la coutume « *Al Aqila* » : lors d'un meurtre d'un individu, une indemnité était versée aux héritiers de la victime d'un meurtre et ce par la tribu du meurtrier »⁹.

De plus, on retrouve des traces dans le code d'Hammourabi (1760-1750 avant J-C), de l'un des premiers systèmes de partage des risques pesant sur les biens.

A la suite de l'apparition du Prophète, la coutume de « *Al Aqila* » a continué à perdurer et est mentionnée dans le Coran : « *Il n'appartient pas à un croyant de tuer un autre croyant, si ce n'est par erreur. Quiconque tue par erreur un croyant, qu'il affranchisse alors un esclave croyant et remette à sa famille le prix du sang, à moins que celle-ci n'y renonce par charité* » dans la (sourate 4, verset 92). Par la suite, au temps du second calife Omar 1^{er} (634-644), le système de l'« *Al qila* » fut étendu aux ressortissants des corporations de métiers, ce système perdure encore dans certains pays (Arabie Saoudite, Emirats Arabes Unis).

De plus, nous pouvons énumérer d'autres citations explicites du texte sacré montrant une volonté d'entraide au sein de l'«*Umma* » (communauté des musulmans) « *Aidez vous les uns et les autres à l'accomplissement du bien et de la piété, ne vous entraidez pas à commettre le péché et l'agression* » (Sourate 5 Verset 2).

En outre, le principe de la compensation et de la responsabilité mutuelle se retrouve dans l'accord qui fut conclu entre les exilés de la Mecque (Al-Mohajiroun) et les partisans de Médine (après l'arrivée du prophète), entraînant la création d'un fonds spécial « *Al-Kanz* » dans lequel les membres de la communauté faisaient des dons¹⁰.

De plus, nous pouvons retrouver plusieurs Hadith où l'entraide est également évoquée ainsi que le principe de responsabilité : « *celui qui s'endort avec une trace d'aliments sur sa main, qu'il ne blâme personne d'autre que lui même s'il un lui arrive un malheur ensuite* » (rapporté par Abu Daoud, n°5041) ; « *Dieu vient à l'aide de celui qui aide son frère* » (Hadith n°2099/Sahih Mouslim).

Enfin, il convient de rappeler l'institution de la « *Zakat* » qui se traduit par « aumône légale », ce dernier constitue l'un des cinq piliers de l'Islam. Les autres piliers étant de témoigner que nul autre que Dieu ne peut être adoré, que Mahomet est le prophète de

⁸ Charbonnier Jacques (2011), *Islam : droit, finance et assurance* 2011, Larcier.p.150

⁹ I.Karich, *Finances et Islam*, Bruxelles, Le Savoir Editions, 2004 p 211

¹⁰ Baudouin Valentine- Kader Merbouh, *op. cit.*, p.40

Dieu ; d'effectuer la prière obligatoire (consciencieusement et parfaitement) ; d'effectuer le Hajj (Pèlerinage à la Mecque) ; enfin de jeûner pendant le mois du Ramadan. Le musulman est tenu de calculer chaque année lunaire (hégire) cette aumône et de le donner aux plus pauvres dans son pays de résidence. Historiquement, dans les pays islamiques, c'était l'État qui récoltait la Zakat et qui la redistribuait.

Le Zakat est une obligation pour les musulmans¹¹ et est cité dans 80 versets du coran et comprend une large palette de biens (espèces, métaux précieux, dépôts ou titres bancaires, Fonds de commerce, les bestiaux).

Ainsi se dégage la volonté d'une société d'entraide au sein de la communauté musulmane qui a existé tant dans les coutumes que par l'influence du Coran. Les jurisconsultes musulmans appelés les « *fuquahas* » se serviront des textes évoqués précédemment pour dire qu'Allah ne s'oppose pas au système d'assurance.

Le développement de l'assurance dans sa forme moderne dans le monde Musulman est lié à l'érudit Hanafite Ibn Abidin (1784-1836) auteur du livre « *La réponse aux égarés* ». Dans son livre, il y décrit le cas d'un commerçant qui a loué un navire auprès d'un armateur, en plus du fret, le marchand a payé une somme d'argent dite « *Sukra* » (prime) et ce pour être indemnisé par l'armateur en cas de survenance d'un accident durant le voyage.

Enfin, il est nécessaire de rappeler enfin l'influence européenne qui, de par sa présence coloniale, a structuré et largement influencé le droit dans les pays musulmans mais aussi le système des assurances¹².

De nombreux juristes arabophones ont été formés en Europe, tel le jurisconsulte égyptien El-Sanhouri (1895-1971) qui après des études en France, rédigea en 1949 le Code civil Egyptien (en langue française), le code fut repris par la Libye et puis en Syrie¹³. L'histoire moderne de l'assurance en Afrique date de l'arrivée des Européens et de l'expansion mondiale du marché londonien, au XIX^e siècle, lorsque le Lloyd's et les grandes compagnies anglaises ont envoyé leurs courtiers et leurs experts maritimes dans tous les ports du monde pour y accompagner les progrès du commerce

¹¹ A.A. Ousama A.H. Fatima, (2010), "Voluntary disclosure by Shariah approved companies: an exploratory study", Journal of Financial Reporting and Accounting, Vol. 8 Iss 1 p 38

¹² Charbonnier Jacques, *op. cit.*, p.152

¹³ Cours du Professeur M. Jahel, *Droit des pays arabes*, Paris II 2016

international. D'abord installés pour les besoins de leurs clients dans la branche transports, les assureurs anglais ont peu à peu étendu leur offre de garanties pour couvrir les risques des entreprises étrangères installées sur place et de leurs dirigeants expatriés.

Pendant longtemps les contrats d'assurance proposés en Afrique ont donc été rédigés à Londres, puis progressivement à Paris ou à Lisbonne, à l'intention des entreprises appartenant aux colonisateurs et à leur personnel. Aucun contrat spécifique n'était envisagé pour répondre aux besoins de la population africaine qui, sauf exception, n'était pas considérée comme susceptible d'être assurée.

À la suite de l'indépendance des États africains, ces derniers ont voulu réorganiser le marché des assurances tout en nationalisant les entreprises d'assurances existantes notamment dans les pays ayant suivi le modèle socialiste. Cependant, il faudra attendre les années 1970 pour voir les premières compagnies d'assurance de droit national.

Les États africains francophones, ont créé le 17 juillet 1962, avec l'aide de la France, la Conférence internationale des contrôles d'assurance (CICA). La CICA a eu rôle majeur dans le développement de l'assurance en Afrique francophone, d'une part en créant un institut de formation, l'Institut international d'assurance, à Yaoundé (chargé de doter les marchés de cadres compétents); d'autre part en encourageant la création de sociétés de droit national¹⁴.

Plus précisément, dans les pays du Maghreb on retrouve parmi les premières sociétés d'assurances des compagnies françaises tel « L'Union Incendie » créée en 1845 en Algérie ou en Tunisie avec la compagnie « Phénix Vie » de 1874¹⁵. A la suite de la décolonisation française, les pays anciennement colonisés garderont largement les anciennes structures mises en place par les français. L'Algérie, après son indépendance le 5 juillet 1962, nationalisera et créera deux entreprises nationales : la « *Société algérienne d'assurance* » (SAA) et la « *Caisse algérienne d'assurances et de réassurances* » (CAAR) tout en procédant à une socialisation de la gestion.

Dans le reste de l'Afrique du Nord, nous pouvons citer le cas de l'Égypte avec une influence du colonisateur anglaise et l'implantation de la première agence d'assurance en 1880 avec la compagnie « *Gresham Life* ».

Enfin, au Moyen-Orient, l'Empire Ottoman dont le droit a été fortement influencé par le

¹⁴ <http://www.politique-africaine.com/numeros/pdf/031102.pdf>

¹⁵ Charbonnier Jacques, *Origines et développement des pratiques d'assurances en Afrique du Nord* p.59

droit européen et notamment français a connu l'installation de sociétés européennes d'assurances vers 1883¹⁶.

§ 2 : L'essor du Takaful, une assurance islamique

Dans les années 1960-70, les pays africains musulmans nouvellement décolonisés et du Moyen-Orient ont commencé à mettre en œuvre ce que certains ont appelé une « économie islamique ».

Le fondateur et principal théoricien de l'économie islamique est le théologien fondamentaliste pakistanais, Sayyid Abul Ala Maududi (Maulana Maududi).

Dans sa contribution principale, « *The Economic Problem of Man And Its Islamic Solution* », il avance une troisième voie entre le capitalisme et le communisme visant à établir un ordre économique juste. Pour cela, il défend qu'il est nécessaire de se conformer à la Loi révélée de l'islam, la Charia.

En 1963, la première banque islamique, octroyant des prêts sans intérêt, recevant des dépôts et ayant un fonds zakat (« aumône légale ») est née en Egypte à Mit Ghamr¹⁷

En 1970, est créée l'Organisation de la Conférence Islamique, les bases de la banque islamique y sont définies. Cette économie est contrôlée par des « *shariah boards* » qui sont composés de docteurs en religion islamique (Sharia scholars) qui ont tous une compétence avancée en matière bancaire et financière (juristes spécialisés en fiqh al mouamalat et en finance/économie)¹⁸.

La finance islamique a connu par la suite une croissance importante ces dernières années passant de 700 milliards d'actifs à plus de 1 600 milliards de dollars en 2012 et ils devraient atteindre 6 100 milliards de dollars en 2020¹⁹.

L'assurance islamique ou Takaful quant à elle a été créée vers la fin des années 1970, répondant à un besoin de lier assurance vertueuse et islam.

¹⁶ L'argus, 15 mars 1914, p 167

¹⁷ Brack Estelle, *Systèmes bancaires et financiers des pays arabes*, Editions L'Harmattan, p.75

¹⁸ Chibab Mohammed Himeur et Nedra Abdelmoumen, *La finance islamique face au droit français*, L'Harmattan p.82

¹⁹ *Revue d'économie du développement* 2015/1 (Vol. 23) p 60.

Le terme Takaful vient du mot arabe « *kafala* » signifiant responsabilité ou garantie.²⁰ L'assurance takaful est basée sur les principes d'assistance mutuelle et de contribution volontaire. Le risque est partagé collectivement et volontairement par le groupe de participants. L'incertitude et la prise de risque excessive sont éliminées du contrat par le paiement d'un don volontaire et la définition claire du type de sinistres.

Ainsi, le Takaful s'écarte des torts de l'assurance conventionnelle car cette dernière est aléatoire (al gharar), usuraire (riba), comporte de la spéculation (maysir) et investit dans des secteurs interdits comme l'alcool, les armes qui sont « haram » (interdits par l'Islam).

L'AAOIFI (Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions) est une organisation composée de 200 pays membres basée au Bahreïn qui s'occupe de réguler la finance et l'assurance islamique. Dans sa Norme 26, l'AAOIFI donne la définition suivante de l'assurance Takaful²¹ : « *L'assurance islamique est un accord entre un groupe de personnes contre des risques spécifiques imprévisibles qu'ils peuvent affronter. Cet accord, ainsi introduit, porte sur le versement des contributions à titre de donations, et conduit à la création d'un fonds d'assurance qui jouit du statut d'une entité juridique et a la responsabilité financière indépendante. Les ressources de ce fonds sont utilisées pour indemniser tout souscripteur contre un risque prescrit dans le contrat, conformément aux règles et procédures de la police d'assurance. Alors que l'assurance conventionnelle est un contrat aléatoire qui a pour but la réalisation de bénéfices sur l'opération d'assurance elle même* ».

Nous pouvons donner de manière non exhaustive, la définition de l'organisme IFSB (The Islamic Financial Services Board) qui fut créée a posteriori de l'AAOIFI en 2002 et qui est basée à Kuala Lumpur : « *Le Takaful est l'alternative islamique à l'assurance conventionnelle et existe dans ses formes vie (couverture des personnes) et générale (couvertures des biens). Il est basé sur les concepts de solidarité mutuelle* ».

La première compagnie d'assurances islamique a été créée en 1979 au Soudan (Sudanese Islamic Insurance Company) laquelle était fondée sur un modèle coopératif²².

²⁰ Wahab A, Lewis M, Hassan M. Islamic takaful: Business models, Shariah concerns, and proposed solutions. *Thunderbird International Business Review* [serial online]. May 2007;49(3):371-396

²¹ Norme 26, AAOIFI concernant l'assurance Takaful

²² Mher, M. H., & Ahmad, T. P. (2011). CONCEPTUAL AND OPERATIONAL DIFFERENCES BETWEEN GENERAL TAKAFUL AND CONVENTIONAL INSURANCE. *Australian Journal of Business and Management Research*, 1(8), 23

Par la suite, d'autres compagnies ont vu le jour principalement au Moyen-Orient.

En 1985, l'académie du Fiqh (académie basée à Jeddah en Arabie Saoudite et composée de savants musulmans) adopta la résolution n°9 interdisant l'assurance conventionnelle et autorisant le Takaful²³.

Suite à cette décision, le Takaful prendra son véritable essor et de nombreuses compagnies d'assurance islamiques verront le jour.

Selon un rapport de la compagnie de consulting EY, la gestion d'actifs par les compagnies d'assurance Takaful a connu une forte progression, ces derniers ont doublé entre 2007 à 2014 passant respectivement de sept milliards à plus de quatorze milliards dollars. Le même rapport prévoit que cette croissance continuera et prévoit pour l'horizon 2018 plus de dix-huit milliards de dollars d'actifs. ²⁴

²³ Kabir Hassan, Mervin K. Lewis, *Handbook of Islamic Banking*, Edward Elgar Publishing, p. 401

²⁴ Rapport compagnie EY, *Global Takaful Insights, 2014*

Section 2 : L'assurance conventionnelle, une assurance non conforme aux prescriptions islamiques

L'assurance Takaful étant une assurance non laïque mais religieuse, à la différence des assurances conventionnelles, il convient de rappeler les sources du droit musulman classiques et les normes internationales qui servent de bases à une telle assurance (§1). Nous détaillerons ensuite, les raisons du rejet de l'assurance conventionnelle (§2) et les débats suscités entre les savants musulmans autour d'une telle assurance (§3).

§1 : Les sources islamiques du Takaful

La notion de source est très différente de celle que nous connaissons dans la famille continentale ou dans la famille de Common Law. Dans les systèmes juridiques comme le notre, les sources sont autonomes et sont susceptibles de donner naissance à des règles à tout moment. Ce sont des sources vivantes, à l'inverse du droit musulman.

Les sources dans le droit musulman résultent d'opinions, de révélations faites à l'époque du prophète, qui n'ont pas bougé depuis le temps. On invoque souvent l'immutabilité du droit musulman.

Plus précisément, le droit musulman, parfois appelé droit coranique, est un système dans lequel la science du droit (*fiqh*) fait corps avec la théologie²⁵. Ce droit, d'origine révélée qui trouve sa source dans les prescriptions du Coran, ne doit pas être confondu avec le droit positif qui peut être aussi en vigueur dans les États de tradition musulmane, dans la mesure où ce dernier, qui diffère selon les pays, s'écarte souvent de celui-ci.

Selon le juriste Jean-Paul Payre, « *Le droit musulman est un système de devoirs comprenant des obligations rituelles, morales et légales, mises sur le même plan, toutes soumises à l'autorité du même impératif religieux* ».

Le but des prescriptions islamiques vise le maintien de l'entente général entre musulmans (*maslaha*)²⁶ ce qui nécessite de veiller à la sauvegarde des droits et des intérêts de chacun en préservant leurs biens et en réparant les dommages subis.

²⁵ *Assurances et gestion des risques*, vol. 78(3-4), octobre 2010-janvier 2011

²⁶ Ismail Cebeci, (2012), "Integrating the social *maslaha* into Islamic finance", *Accounting Research Journal*, Vol. 25 Iss 3 p. 166

On distingue quatre sources différentes dans le droit musulman au sens large (sources classiques composées des trois premières sources et les normes internationales) : les sources primaires constituées du Coran et de la sunna (a) ; les sources juridiques dites secondaires (b) ou encore dérivées ; la coutume et la jurisprudence (c) et les normes internationales (d).

a) Les sources primaires

Les sources primaires sont constituées du Coran et de la Sunna

Le Coran est le livre sacré révélé pendant 23 ans à Mahomet et fut achevé peu après la mort de Mahomet survenue en 632.

Le Coran est de révélation divine, il fut révélé par Allah par l'intermédiaire de l'ange Gabriel.²⁷ La révélation aurait eu lieu dans une grotte proche de la Mecque où Mahomet avait pour coutume de se retirer, afin de méditer. L'archange Gabriel (*Jibril* en arabe) lui aurait transmis le par la suites premiers versets du Coran : « *Lis ! (ou récite !)* Au nom de ton Seigneur qui a créé » (Coran 96 :1).

Le Coran constitue un ensemble indissociable de principes de foi et de règles de vie politico-sociales. Il est divisé en 114 sourates ou chapitres qui comportent 6.219 « ayat » ou versets. Il y a environ 550 verset qui ont un caractère juridique directe : on les appelle les versets légaux²⁸.

Les thèmes traités au sein de ces versets sont variés : statut personnel (environ 70 versets), droit civil (pareil), procédure judiciaire (autour de 13 versets), droit pénal (environ 30 versets), droit constitutionnel (environ 10 versets), économie et finances (même estimation), droit international (environ 25 versets).

Il convient de rappeler enfin que de par son caractère sacré, il est considéré comme ayant un caractère définitif, qui ne doit pas être complété même s'il est lacunaire. Toute solution doit pouvoir découler du coran. Ce texte a fait l'objet de rédactions successives, car la transmission était orale. La première rédaction est intervenue dans les années 776, puis il a été restructuré pour tenter d'ordonner les sourates ce qui a donné lieu au texte définitif

²⁷ Charbonnier Jacques, *op. cit.*, p. 22

²⁸ Baudouin Valentine- Kader Merbouh, *op. cit.*, p. 12

L'assurance Takaful, possède de nombreuses références aux prescriptions du Coran, ces dernières servent de bases à son fondement.

La Sunna, signifie en arabe « cheminement » ou « conduite » permet de répondre aux problèmes se posant face à certaines lacunes du Coran à la suite de la mort du Prophète. Quand le prophète est décédé, des disciples ont décrit certains comportements ou propos que Mahomet avait réalisé lors de sa vie. Ces observations furent transmises de génération en génération, puis furent transcrites par des savants du droit musulman dans le *Hadith*.²⁹

Le Hadith comporte deux parties principales : une chaîne de personnes va être citée rapportant le propos du prophète (téléphone arabe) ; le récit : le comportement du prophète, ses propos.

Les hadiths sont aussi au même titre que le Coran, une base importante pour l'assurance Takaful car ils vont compléter les fondements du Takaful.

b) Les sources dites secondaires

Les sources juridiques dites secondaires sont constituées de « l'Ijmaâ », des « Qiyas », et des « Hiyal ». Le rôle de l'homme y est plus important ici, cependant une des lacunes de l'assurance Takaful correspond au manque d'experts formés à une telle assurance³⁰.

L'Ijmaâ, correspond à la conclusion unanime des docteurs de la loi sur une question donnée.

Il est ainsi utilisé pour compléter et développer l'interprétation des sources principales que sont le Coran et la Sunna.

On distingue deux sortes d'« *Ijmaâ* ». Tout d'abord celui dit « explicite » qui correspond à la réponse à une question de manière unanime par un groupe de savants, et avec l'approbation tacite des autres docteurs contemporains. Un certain nombre de principes doivent être suivis : le principe de conformité ou la non contradiction avec les sources principales, le principe d'unanimité et le principe de l'irrévocabilité³¹. Ensuite il y a

²⁹ Cours de Madame Goré, Grands systèmes de droit contemporains, Paris II 2015

³⁰ Rapport Deloitte, *The way forward for Takaful Spotlight on growth, investment and regulation in key markets*

³¹ On trouve l'équivalent au sein de la doctrine catholique à propos de ce qui est accepté partout, par tous et pour toujours.

L'Ijmaâ « tacite », lui il est toujours révisable, et peut éventuellement être confirmé ou infirmé par un Ijmaâ explicite.

Les Qiyas est un outil d'analogie, utilisés par les savants musulmans en cas de silence du Coran ou de la Sunna³². Elle constitue une opération intellectuelle permettant de combiner la révélation divine et le raisonnement humain.

Son utilisation fut d'abord prescrite selon un verset du Coran : « *nous n'avons rien négligé dans le Livre* » (VI,38). Puis finis par être autorisé par Abou Ḥanīfah (699-767), (حنيفة أبو), qui fut un célèbre juriste musulman et fondateur de l'école hanafite de droit musulman.

Les Hiyals sont des subterfuges juridiques, « *ils sont constitués par la juxtaposition de deux ou plusieurs actes dont les effets cumulés se neutralisent réciproquement, ne laissant substituer que le profit recherché* »³³.

Ils sont assimilés à l'exercice de ruse, on retrouve des passages dans les textes sacrés de ceci : « *les fils d'Israël rusèrent contre Jésus. Dieu ruse aussi. Dieu est le meilleur de ceux qui rusent* ». (III,54).

Les Hiyals ont été utilisés en assurance par les fuqahas pour contourner les prescriptions rigoureuses de l'islam existant en assurance conventionnelle et ainsi créer l'assurance Takaful. Nous verrons que certains savants théologiens utilisent des expédients pour contourner la prohibition de l'intérêt (riba) et autres interdictions.

c) La coutume et la jurisprudence

La place de la coutume (urf en arabe) ne doit pas être négligée dans les pays de droit musulman, elle garde une place importante.

La jurisprudence (amal en arabe) sont composés des fatwas (avis juridique émis par les savants islamiques), il y en a de nombreuses comme nous allons voir en assurance Takaful, souvent limitées spatialement à un pays. De plus on retrouve toutes les

³² Charbonnier Jacques, *op. cit.*, p.25

³³ Cours du Professeur M.Jahel, *Droit des pays arabes*, Paris II 2016

décisions des tribunaux islamiques qui sont nombreuses à régler les assurances Takaful au niveau national notamment.

Enfin, Il ne faut pas confondre avec le droit positif d'un pays.

d) Les normes internationales

Après avoir vu, les sources classiques du droit musulman, nous allons voir que les acteurs internationaux ont aussi un rôle majeur dans la législation.

L'AAOIFI (Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions) est une organisation composée de 200 pays membres basée au Bahreïn qui s'occupe de réguler la finance et l'assurance islamique.

Depuis sa création, l'AAOIFI a publié 56 normes : normes comptables, normes d'audit, de gouvernance, de morale et de charia. Ces normes sont soit obligatoires selon les pays comme le Soudan, la Jordanie, la Malaisie, le Qatar, et l'Arabie Saoudite ou ont valeur de directives pour d'autres.

L'IFSB (The Islamic Financial Services Board) fut créée a posteriori de l'AAOIFI en 2002 et comprend 187 membres dont 46 autorités de supervision et est basé à Kuala Lumpur (Malaisie). L'IFSB a pour rôle de mettre en place des standards qui viendraient en complément des règles de surveillance édictées par le Comité de Bâle, les organisations internationales de contrôles des activités de marchés (IOSC) et d'assurance (IAIS). L'IFSB regroupe différents acteurs comme des banques centrales, des autorités monétaires ainsi que diverses organisations actives dans le domaine de la régulation et la supervision des institutions agissant dans la sphère de la finance islamique.

L'International Islamic Fiqh Academy (IIFA) est basé à Djeddah (Arabie Saoudite), c'est un conseil de la charia qui regroupe des juristes membres de l'Organisation de la Conférence Islamique. L'IIFA rend des avis juridiques (fatwas) ayant pour objectif de guider les acteurs en matière d'assurance Takaful et finance islamique.

§2 : L'assurance conventionnelle, une assurance proscrite suscitant des débats

L'assurance conventionnelle est interdite par les fuqahas car non compatible avec les prescriptions islamiques, nous allons en étudier les raisons (a). Nous verrons ensuite les débats entre les savants musulmans (b)

a) Les raisons du rejet de l'assurance conventionnelle

L'assurance conventionnelle fut introduite comme nous l'avons rappelé précédemment par les européens dans les pays musulmans suite à la colonisation.

Cependant, l'assurance conventionnelle ou assurance à l'occidentale se heurte à de nombreux principes religieux du droit musulman.

En effet, l'assurance conventionnelle est considérée comme : aléatoire ou « gharar » (a-1), usuraire ou « riba » (a-2), comporte de la spéculation ou « maysir » (a-3) et investit dans des secteurs interdits ou « haram » (a-4).

a-1) Une assurance comportant de l'aléa

L'assurance conventionnelle serait « gharar » ou aléatoire et donc jouerait sur l'incertitude, ce qui est interdit par l'Islam.

Le juriste Ibn Taymia définit le « gharar » comme : « ce dont on ignore le devenir, dont on a peur des conséquences ou ce qui est opaque de nature »³⁴

On retrouve des prescriptions de Mahomet confirmant ceci : « N'achetez pas un poisson dans l'eau car nul n'est certain de le prendre » ; ainsi que du coran « *O vous qui croyez, les substances enivrantes et les jeux de hasard ne sont qu'une saleté, l'œuvre du démon ; évitez-les par conséquent afin de connaître le succès* » (sourate Al-Maida, verset 90). De plus, on retrouve l'interdiction du Gharar dans certains hadith :

³⁴ Cheikh Ali Mohyeddin (2011), *L'assurance islamique : étude des fondements juridiques, approche comparative avec les assurances commerciales et cas pratiques*, Bayane Editions p.116

« *Le prophète a interdit l'achat d'un animal non né dans la matrice de sa mère, la vente du lait dans la mamelle sans mesure, l'achat d'un butin de guerre avant sa distribution, l'achat des dons de charité avant leur réception, et l'achat de ce qu'a péché un pécheur avant sa pêche.* »

La notion d'aléa est par nature écartée par la charia du fait de la prohibition de l'incertitude (gharar), portant à la fois sur l'occurrence de l'événement et sur la valeur des indemnités futures.

Cette interdiction vise à promouvoir la prévisibilité et l'équilibre dans les rapports contractuels. Cet éventuel déséquilibre de l'assurance classique est résolu dans le modèle takaful en reversant au participant une part des bénéfices générés par l'opérateur takaful sous la forme de la distribution de l'excédent.³⁵

Plus précisément, ces aléas résultent de différents aspects de l'opération d'assurance, à savoir : l'incertitude quant à la survenance du risque, l'indéterminabilité de l'objet du contrat constitué par la garantie, l'assureur n'est pas en mesure de définir le montant de sa prestation, une imprécision de l'étendue de la prestation de l'assuré, il est dans l'impossibilité de connaître le montant total des primes à verser.

Pour résoudre les problèmes évoqués, les fuquaha préconisent non pas un transfert de risque à un tiers mais un partage de risque entre les assurés participants³⁶. La charia consent ainsi à la couverture d'un risque aléatoire pour autant que cet aléa ne soit pas de nature à occasionner un déséquilibre trop important entre assureur et assurés et que leurs relations soient dominées par un objectif d'entraide et de solidarité.

Ainsi, pour les savants musulmans ces contrats sont inévitablement incertains dans la mesure où il est difficile de savoir si un dommage se réalisera ou non³⁷. Il peut aussi y avoir de l'incertitude quant à la somme que l'assureur donnera en cas de dommage.

³⁵ Craig R.Nethercott, David M. Eisenberg, *op. cit.*, p. 245

³⁶ Serap O. Gönülal, *op. cit.*, p.102

³⁷ Yuosef Abdullah Alhumoudi, *Islamic insurance takaful and its application in Saudi Arabia*, Thèse 2012, Brunel University, p 99

Cependant, Il convient d'être nuancé et de rappeler que l'Islam ne prohibe pas l'interdiction du risque dans les affaires, ce qui serait impossible car c'est un caractère intrinsèque des affaires mais cherche à éviter tous rapports contractuels déséquilibrés.

a-2) Une assurance usuraire

Pour la doctrine islamique l'intérêt ou « riba » est un « zulm » c'est à dire injuste et dégradant³⁸. Cependant l'Islam encourage le commerce et demande un prêt d'honneur sans intérêt (*Qard Hasan*) au lieu d'un prêt usuraire.

Dans le Coran nous pouvons voir de nombreuses références à l'interdiction du riba :

Dans la Sourate 2 :

2. 245. « *Quiconque prête à Dieu de bonne grâce, Il le lui rendra multiplié plusieurs fois. Dieu restreint ou étend (Ses faveurs). Et c'est à Lui que vous retournerez* ».

2.280. « *Si votre débiteur est dans la gêne, accordez-lui un délai jusqu'à ce qu'il soit en mesure de se libérer de sa dette. Si vous pouviez savoir pourtant quel mérite vous auriez en lui consentant une remise gracieuse, totale ou partielle !* ».

2.276. « *Dieu réduira à néant le profit usuraire et fera fructifier le mérite des aumônes. Dieu n'aime pas tout impie endurci et tout pécheur* ».

« *O vous qui croyez, ne dévorez pas l'usure, en doublant et en redoublant, et observez votre devoir envers Allah, afin de pouvoir connaître le succès. Et protégez-vous contre le feu qui a été préparé pour les croyants* » (Sourate Al-amran versets 130-131)

« *Ceux qui pratiquent (mangent) l'intérêt ne se lèvent qu'à la manière de celui qui, frappé de folie, est rossé à tort et à travers par le Diable. Et ce parce qu'ils ont dit que le commerce n'était rien d'autre qu'une forme d'intérêt. Or Dieu a permis le commerce et a interdit l'intérêt* » » (Sourate 2, verset 275).

« *Ô vous qui croyez, observez votre devoir envers Allah et renoncez ce qui (dû) de l'usure,*

³⁸ Mohammad Omar Farooq, (2012), "Exploitation, profit and the riba-interest reductionism", International Journal of Islamic and Middle Eastern Finance and Management, Vol. 5 Iss 4 pp. 292 - 320

si vous êtes croyants. Mais si vous ne le faites pas, alors soyez prévenus de la guerre de la part d'Allah et de son messager ; et si vous vous repentez, alors vous aurez votre capital. Ne faites pas de tort, et l'on ne vous fera pas de tort. » (Sourate Al-bakara versets 278-279)

« Ceux qui avalent l'usure ne peuvent pas se lever sinon comme se lève celui que le démon prosterne par son toucher. C'est parce qu'ils le disent, le commerce n'est qu'une forme d'usure. Et Allah a permis le commerce et interdit l'usure ». (Sourate al-bakara verset 275)

De même dans les propos rapportés du Prophète : *"De l'or contre de l'or, de l'argent contre de l'argent, du blé contre du blé, de l'orge contre de l'orge, des dattes sèches contre des dattes sèches, du sel contre du sel : quantité égale contre quantité égale, main à main. Celui qui donne un surplus ou prend un surplus tombe dans l'intérêt..."*

On peut souligner que l'on retrouve aussi des prohibitions à l'usure dans la religion chrétienne comme avec par ex le *pecunia pecuniam non parit* de saint Thomas d'Aquin.

On distingue deux types de *riba*, le *riba an-nasîah* (à terme) qui est la somme payée pour l'usage de capitaux empruntés ou en contrepartie d'un rééchelonnement dans le paiement d'une dette et le *ribâ al-fadl* qui est la vente ou l'échange d'un bien contre un autre de même nature avec un surplus: voir les détails qui vont suivre).³⁹

Les compagnies d'assurances conventionnelles exploiteraient l'ignorance d'autrui en faisant un profit non mérité et investiraient les primes dans des investissements usuraires telles que les prêts à intérêts et les dépôts en banque contre intérêts. Ensuite, les contrats d'assurance étant des contrats d'adhésion, il en résulte un déséquilibre d'information et de choix pour les consommateurs. De plus, certains contrats d'assurance vie sont soumis à l'obligation légale d'une participation aux bénéfices, équivalant à un intérêt.

³⁹ Nehmé Aline (2015), *L'assurance entre loi islamique et droit positif : l'exemple des droits français et libanais*, IRJS Editions, p.77

a-3) Une assurance se fondant sur un risque spéculatif

L'assurance conventionnelle se fonde sur le pari et de ce fait entrainerait un risque spéculatif⁴⁰ ou « maysir ».

Plus précisément le « maysir » vient de l'arabe « Yasîr », il désigne le fait que le hasard et la chance ont primé sur l'effort et qu'ainsi les fruits récoltés ne sont pas mérités.

On retrouve une telle prohibition dans les prescriptions du Coran « *O croyant, je dis : agis pour que j'agisse avec toi et ne reste pas inactif en espérant que je te nourrisse* » (Sourate 92, verset 1-4).

Dans l'assurance conventionnelle, l'assuré paie une prime pour un dommage qui peut être ne se réalisera pas, ainsi l'assureur ferait un bénéfice non mérité.⁴¹

De plus le versement de la prime s'effectue dans l'espoir éventuel de se voir attribuer une somme plus élevée et il y a une disproportion entre la prime payée par l'assuré et l'indemnité versée par l'assureur. Dans l'assurance Takaful, ceci est limité car il y a le partage plutôt que le transfert de risque et une partie des bénéfices est reversée aux participants du fonds Takaful.

a-4) Une assurance aux investissements interdits

Les investissements ne sont pas purement et simplement interdits. Ce qui est reproché est que les assurances conventionnelles réalisent parfois des investissements qui sont prohibées par le droit et l'éthique musulmane, on parle d'investissements « haram ». Un conseil religieux est parfois mis en place dans les entreprises islamiques (sharia board) mais ceci n'est pas tout le temps obligatoire comme nous le verrons.

Les produits haram sont : l'alcool, les produits avec du porc, les jeux de paris et de hasard, pornographie, armes, tabac⁴².

⁴⁰ Kai Aaron Clarke, (2015), "A critical analysis of Islamic equity funds", Journal of Islamic Accounting and Business Research, Vol. 6 Iss 1 p. 109

⁴¹ Craig R.Nethercott, David M. Eisenberg, op. cit, p 275

⁴² Serap O. Gönülal, op. cit. p. 117

De plus, les pratiques suivantes sont illicites : la dissimulation, la falsification, le dol, la tromperie, le fait de cacher les défauts, de taire à propos de la marchandise, ce dont la mention déplairait à l'acheteur ou diminuerait le prix de vente. De même, la vente entachée de lésion ainsi que la vente où les termes sont inconnus.

Il y a des indices boursiers compatibles avec la sharia qui ont été créés comme le Socially Aware Muslim Index (SAMI), le Dow Jones Islamic World Index (DJIW).

b) Les débats entre les savants concernant l'assurance conventionnelle

Les contrats d'assurance n'existant pas du temps du prophète, les juristes musulmans ne sont pas tous d'accord sur l'assurance à plusieurs niveaux : tout d'abord faut-il ou non interdire l'assurance conventionnelle ? Ou peut-on en garder certains aspects ?

De nombreux fuqahas s'opposent et des fatwas ont été prises avec des avis divergents, nous allons mettre en exergue ce débat en énumérant les partisans interdisant totalement (b-1), interdisant partiellement (b-2) et ceux étant sans réserves sur une telle assurance (b-3).

b-1) Les savants interdisant totalement l'assurance conventionnelle

Les savants interdisant toutes formes d'assurance de manière absolue restent minoritaires.

Un des arguments consiste à dire que le contrat d'assurance ne ressemble à aucun contrat type élaboré par les fuqahas.

De plus, ces érudits soulignent qu'aucun texte coranique n'y fait référence expressément et que le droit musulman est un droit figé et que tous les actes doivent être préétablis⁴³.

Il y a certains érudits qui adoptent ces positions extrêmes comme le Cheikh Azmi Atyya de Lybie qui dit « *tous les types d'assurance sont interdits du point de vue de la*

⁴³ Chibab Mohammed Himeur et Nedra Abdelmoumen, *op. cit.* p.85

Charia, car le contrat en lui même est vicié » ; de même le Cheikh Mohammed Djawed Abdessalam, doyen de la faculté de la Charia de Fez au Maroc « Tous types d'assurance privée sont chariatiquement illicite ».

Enfin, les fuqahas se fondent comme nous l'avons vu sur le fait que le contrat d'assurance conventionnelle comporte de l'incertitude (gharar) et un risque d'intérêt (riba), un risque spéculatif (maysir) et réalise des investissements illicites (haram).

b-2) Les savants interdisant partiellement l'assurance conventionnelle

Les savants soutenant partiellement l'assurance conventionnelle, c'est à dire selon certaines formes sont majoritaires.

La première fatwa date de l'an 740 de l'hégire par l'érudit Ahmed Ibn Yahia Mourtada dans son ouvrage « El bahr ezzakhar » où il déclare « *assurer des choses qui peuvent noyer n'est pas permis par la charia* ». Cette fatwa se limite ainsi aux bateaux et autres objets flottants.

De plus, un autre grand fuqaha Ibn Abidine de l'an 1252 de l'hégire nuance sa position, il considère que le contrat d'assurance est non conforme au droit musulman entre musulmans à moins que le commerce soit réalisé avec un non musulman⁴⁴.

Qui plus est, un nombre important de jurisconsultes musulmans établissent la licéité chariatique de l'assurance sous forme mutualiste, ce qu'est le Takaful⁴⁵. Dans l'assurance mutualiste, les assurés sont aussi les assureurs et il y a un partage des risques et surplus.

Le royaume d'Arabie Saoudite grand pays wahhabite par l'intermédiaire de son haut conseil des grands érudits a établi le 28 décembre 1975 la licéité de l'assurance conventionnelle sous forme mutualiste.

Nous pouvons citer de même le célèbre jurisconsulte Mustafa Ahmed el Zarka qui, lors du séminaire du fiqh de Damas du 6 avril 1961 a réservé l'acceptation de l'assurance conventionnelle au fait qu'elle ne comporte pas de techniques usuraires (riba).

⁴⁴ Cheikh Ali Mohyeddin, *op. cit.*, p.102

⁴⁵ Les Echos, *Le Takaful ce mutualisme oublié*, 2015

Une autre nuance agite la doctrine islamiste, concernant le cas particulier de l'assurance vie.⁴⁶La cour religieuse égyptienne s'est immiscée dans ce débat et prononça dans son verdict du 4 décembre 1906 concernant l'assurance vie, son refus : « *réclamer un montant du en vertu d'un contrat d'assurance vie est non recevable du point de vue de la charia, car cette réclamation porte sur une chose non permise par la loi musulmane* ».

Cependant l'érudit égyptien Cheikh Abdallah Syam déclara en 1932 que l'assurance est conforme à la Charia.

Le Cheikh Zohdi Yakan du Liban permet l'assurance conventionnelle en cas de nécessité sociale.

Concernant les biens du waqf, pour le cheikh Mohammed Faraj Sanhaouri, on ne pourrait pas les assurer contre le cas précis de l'incendie.

On voit ainsi qu'il y a autant d'avis divergents que de savants musulmans.

b-3) Les savants soutenant sans réserves l'assurance conventionnelle.

Nous pouvons citer le président de la république tunisienne Habib Bourguiba (1903-2000) qui dans un discours de 1965 qualifié l'assurance « de critère de progrès, signe de prospérité »⁴⁷.

D'autres savants se fondent sur le fait qu'aucun texte islamique ne l'interdit expressément donc la règle devrait être la permission⁴⁸.

Lors du deuxième congrès de l'Académie des recherches de droit islamique entre mai et juin 1965, le Cheikh Ali Khafif autorise l'assurance conventionnelle notamment lorsqu'elle est sous forme mutualiste car celle-ci favorise l'entraide et le partage des risques (ce qui est le cas de l'assurance Takaful).

Les fuqahas de l'école Jaafarite qui est une école juridique (madhhab) chiite d'interprétation *fiqh* du Coran et fondée par Ja`far bin Muhammad al Sâdiq (702-765), a

⁴⁶ Nehmé Aline, *op. cit.*, p. 84

⁴⁷ Charbonnier Jacques, *op. cit.*, p.165

⁴⁸ Chibab Mohammed Himeur et Nedra Abdelmoumen, *La finance islamique face au droit français* p.85

émis une fatwa considérant l'assurance conventionnelle comme licite.

Quant aux savants des quatre écoles sunnites, ces derniers semblent plus partagés⁴⁹

Ainsi nous avons vu dans ce chapitre, que le Takaful est une assurance islamique ayant ses bases dans les sources variées du droit musulman. De même, nous avons démontré les raisons du rejet de l'assurance conventionnelle, et mis en exergue les avis divergents entre fuqahas.

Nous allons désormais voir le caractère hybride du Takaful résultant d'un mélange des principes islamiques et de l'assurance conventionnelle mutualiste.

⁴⁹ Nehmé Aline, *op. cit.*, p. 84

Chapitre 2 : L'assurance Takaful, une assurance hybride entre charia et assurance conventionnelle

Nous allons montrer que l'assurance Takaful est une assurance islamique (section 1). Nous verrons ensuite les structures et le mode de fonctionnement du Takaful (section 2).

Section 1 : Une assurance charia compatible

L'assurance Takaful en raison de son caractère hybride connaît une qualification délicate car à cheval entre un système religieux islamique et un système d'assurance conventionnel (§1). Nous verrons ensuite, que c'est une assurance d'inspiration mutualiste (§2).

§ 1 : Une assurance islamique à la qualification difficile

Tout comme il existe des divergences entre savants pour savoir ou non s'il faut interdire l'assurance conventionnelle, la définition de l'assurance Takaful n'en demeure pas moins aisée. En effet l'assurance Takaful apparaît comme une assurance d'un nouveau genre mêlant religion et assurance à l'occidentale.

L'assurance Takaful a cette particularité d'avoir autant de variantes que de pays utilisant cette assurance⁵⁰. En effet, chaque pays a réglementé selon ses principes, en fonction de sa mouvance religieuse parfois (chiite ou sunnite). Ainsi certains pays n'imposent pas de « Sharia board » qui est un organe religieux de contrôle des produits Takaful, ou privilégient certains modèles juridiques à d'autres concernant les rapports opérateur/assurés.

De surcroit, l'assurance islamique ou Takaful a une histoire récente, celle-ci ayant débuté en 1979 avec la création de la première assurance islamique (Sudanese Islamic Insurance Company). En décembre 1985, avec la conférence de l'académie du Fiqh (

⁵⁰ Serap O. Gönülal, *op. cit.*, p. 62

académie basée à Jeddah en Arabie Saoudite qui est composée de savants musulmans) fut adoptée la résolution n°9 interdisant l'assurance conventionnelle et autorisant le Takaful pour que des clarifications soit adoptées.⁵¹

Nous pouvons donner une définition conciliatrice d'une telle assurance : le terme Takaful vient du mot arabe « kafala » signifiant responsabilité ou garantie⁵². L'assurance takaful est basée sur les principes du « ta'Awun » : d'assistance mutuelle et de contribution volontaire.

L'assurance Takaful qui est une assurance islamique trouve ses fondements dans de nombreuses prescriptions islamiques notamment dans le verset 2 de la sourate Al Maidah « *entraidez-vous dans l'accomplissement des bonnes et de la piété et ne vous entraidez pas dans le péché et dans la transgression* » (Coran : Sourate 5, verset 2). De plus, nous pouvons retrouver plusieurs Hadith où l'entraide est également évoquée ainsi que le principe de responsabilité : « *celui qui s'endort avec une trace d'aliments sur sa main, qu'il ne blâme personne d'autre que lui même s'il un lui arrive un malheur ensuite* » (rapporté par Abu Daoud, n°5041) ; « *Dieu vient à l'aide de celui qui aide son frère* » (Hadith n°2099/Sahih Mouslim).

L'assurance Takaful est aussi une assurance éthique et moral⁵³ par opposition à l'assurance conventionnelle selon les fuqahas. Voici ces principales valeurs : l'unicité car les membres (participants) sont à la fois assureur et assurés ; l'équité ; la vocation sociale et solidaire car réaliser des bénéfices n'est pas la finalité d'une telle assurance ; la démocratie car les décisions sont prises par les participants.

Concernant les définitions des grandes organisations islamiques internationales, nous pouvons citer la norme de l'AAOIFI (Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions) et du IFSB (The Islamic Financial Services Board).

Dans sa Norme 26, l'AAOIFI⁵⁴ donne la définition suivante de l'assurance Takaful : « *L'assurance islamique est un accord entre un groupe de personnes contre des risques spécifiques imprévisibles qu'ils peuvent affronter. Cet accord, ainsi introduit, porte sur le*

⁵¹ Kabir Hassan, Mervin K. Lewis, *op. cit.*, p. 401

⁵² Hymayon A. Dar, Umar F. Moghu (2009), *The Chancellor Guide to the Legal and Shari'a Aspects of Islamic Finance*, Chancellor Publications p.287

⁵³ Baudouin Valentine- Kader Merbouh, *op. cit.*, p. 44

⁵⁴ Norme 26 de l'AAOIFI concernant le Takaful

versement des contributions à titre de donations, et conduit à la création d'un fonds d'assurance qui jouit du statut d'une entité juridique et a la responsabilité financière indépendante. Les ressources de ce fonds sont utilisées pour indemniser tout souscripteur contre un risque prescrit dans le contrat, conformément aux règles et procédures de la police d'assurance. Alors que l'assurance conventionnelle est un contrat aléatoire qui a pour but la réalisation de bénéfices sur l'opération d'assurance elle même ».

Nous pouvons donner de manière non exhaustive la définition de l'IFSB⁵⁵ qui fut créée a posteriori de l'AAOIFI, en 2002 et qui est basé à Kuala Lumpur : « *Le Takaful est l'alternative islamique à l'assurance conventionnelle et existe dans ses formes vie (couverture des personnes) et générale (couvertures des biens). Il est basé sur les concepts de solidarité mutuelle* ».

Plus précisément, nous pouvons dire que c'est une alternative islamique à l'assurance conventionnelle, se basant sur les principes de la Charia éliminant tout risque d'aléa (gharar), spéculation (maysir), l'usure (riba) et les investissements illicites (haram).

De plus, le risque est partagé collectivement et volontairement par le groupe de participants. L'incertitude et la prise de risque excessive sont éliminées du contrat par le paiement d'un don volontaire et la définition claire du type de sinistres.

Dans une tentative de conciliation nous pouvons dire que l'assurance conventionnelle et Takaful se retrouve dans les secteurs/types de bien assurés. L'assurance Takaful se divise entre le « Takaful General » qui est l'alternative à l'assurance IARD (Incendies, Accidents, et Risques Divers) et le « Takaful Family ou life » qui est l'alternative à l'assurance vie conventionnelle (toutefois opposition de la doctrine musulmane à couvrir le risque du suicide en se fondant sur le verset 29 de la Sourate An-Nissaa).

Il existe différents moyens de distribuer des produits Takaful. Tout d'abord, on distingue les compagnies d'assurance ne faisant que distribuer des produits Takaful (donc des compagnies d'assurances islamiques) et les compagnies d'assurances conventionnelles disposant au sein de leur département d'un « guichet islamique (Takaful window).

⁵⁵ Définition Takaful selon l'IFSB

Ensuite il y a le « micro Takaful » qui est l'alternative islamique à la « microassurance conventionnelle », ce sont des produits d'assurances proposés aux personnes défavorisées⁵⁶.

Enfin, il y a la « bancaTakaful » qui est la distribution de produits Takaful par le biais des banques.

§2 : Une assurance d'inspiration mutualiste

Une des questions qui a agité la doctrine était, quelle forme une telle assurance devait revêtir sans qu'aucun modèle soit préétabli dans les textes islamiques ?

La doctrine a considéré comme nous l'apprend le professeur émérite Mustapha Zarqa que « *la majorité des juristes pensent que l'assurance doit être selon le modèle mutualiste qui permet de partager les risques et sinistres et à les répartir sur l'ensemble des assurés. Il s'agit de verser un dédommagement au sinistré pris sur le capital récolté des cotisations de l'ensemble, plutôt que de laisser le sinistré subir seul* ».

On retrouve l'engouement pour un tel modèle dans les déclarations du centre européen des fatwas qui a déclaré en 1998 « *qu'un musulman devrait s'assurer auprès d'une mutuelle* ».

Au quatrième colloque du fiqh de la maison koweïtienne de finance sur les règles chariatiques de l'assurance mutualiste 1416 H/1995, les fuqahas ont donné des précisions concernant l'assurance mutualiste⁵⁷ :

« elle comprend l'assurance vie dans ses formes connues, protégeant les souscripteurs et leurs héritiers.

Elle est fondée sur la donation, les actionnaires ne participent pas à l'excédent (technique) de l'assurance.

Le compte des actionnaires et leurs droits doivent être séparés du compte et droits des assurés.

A la liquidation, les avoirs du portefeuille des assurés sont consacrés aux œuvres caritatives.

⁵⁶ Rapport du 3^{ème} séminaire Takaful des GTG/ICIMF/IFTI Takaful

⁵⁷ Extrait des fatwas du quatrième colloque du Fiqh de la maison Koweïtienne de Finance sur les règles chariatiques de l'assurance mutualiste 1416 H/1995

L'excédent (technique) de l'assurance est distribué proportionnellement aux primes. Il peut comprendre tous les assurés, inclus ceux qui ont reçu des indemnisations, ou bien les indemnisations peuvent être déduites de la part de ceux qui les ont obtenues.

Il est nécessaire d'avoir un conseil de Contrôle chariatique (Sharia board) pour toutes sociétés d'assurance ou de réassurance ».

Les sociétés d'assurance mutuelle se définissent en droit français selon l'article L.322-26-1 du Code des assurances⁵⁸ comme « *des personnes morales de droit privé ayant un objet non commercial. Elles sont constituées pour assurer les risques apportés par leurs sociétaires. Moyennant le paiement d'une cotisation fixe ou variable, elles garantissent à ces derniers le règlement intégral des engagements qu'elles contractent. Toutefois, les sociétés d'assurance mutuelles pratiquant les opérations d'assurance sur la vie ou de capitalisation ne peuvent recevoir de cotisations variables.*

Ces sociétés fonctionnent sans capital social, dans des conditions fixées, pour l'ensemble des catégories mentionnées à l'article L. 322-26-4, par décret en Conseil d'Etat »

Nous pouvons trouver des analogies entre l'assurance Takaful avec le modèle de l'assurance mutuelle à la française car l'assuré (takaful) paie une contribution à l'assureur qui peut être assimilée à une donation. En contrepartie, l'assureur s'engage à compenser la perte subie par l'assuré si l'événement redouté, objet du contrat, se produit. Si l'événement ne survient pas, l'assuré est en droit de recevoir la totalité de ce qu'il a versé initialement. En fait, c'est la collectivité des assurés qui bénéficie de ce droit : la totalité des donations est mutualisée, comme le sont les sinistres.

Concernant les analogies nous pouvons citer les suivantes :

Tout d'abord, l'assurance Takaful taauni ainsi que les compagnies d'assurances mutuelles ont un objet non commercial. Ensuite, la qualité d'associé-assuré se retrouve dans les deux types d'assurances car les participants sont aussi bien assureurs, qu'assurés. De plus, elles fonctionnent toutes les deux sans capital social.

Cependant il reste des différences entre l'assurance takaful qui s'inspire du modèle mutualiste et le modèle mutualiste français.

Tout d'abord, les compagnies Takaful peuvent en cas de difficultés financières

⁵⁸ Code des assurances français, art L.322-26-1

augmenter leurs fonds à la différence des compagnies mutuelles car l'unique source de ses capitaux propres viennent des bénéfices non répartis.

Ensuite, concernant la prise en charge du risque, une assurance Takaful va répartir le risque entre l'ensemble des assurés alors qu'une compagnie d'assurance mutuelle porte le risque elle-même. Les assurés dans une compagnie Takaful ne sont pas responsables des pertes de la compagnie car Il n'y a pas de rappel lorsque la mutuelle est à cotisation fixe et les rappels de cotisation sont limités à une certaine proportion.

De plus, concernant le nombre d'adhérents, l'assurance Takaful, n'impose aucun minimum de participants au fonds, alors qu'en droit français, il faut au moins cinq cents adhérents pour la création d'une société d'assurance mutuelle.

Nous pouvons ajouter de même que le système français est laïc et donc nécessiterait une certaine adaptation face à un système religieux comme l'assurance Takaful.

Enfin, en apparence, le takaful semble être similaire au concept de mutuelle d'assurance classique. Mais à y regarder de plus près, on s'aperçoit que la grande majorité des entreprises de Takaful fonctionnent aujourd'hui comme des sociétés anonymes. A la différence des mutuelles d'assurance classiques, ces entreprises sont en effet hybrides, à but lucratif et capitalisées comme n'importe quelle société anonyme ordinaire. L'élément de mutualité est réduit au fonds Takaful, où sont collectées les cotisations et les plus values de placements. Mais en octroyant un prêt au fonds Takaful en cas de déficit de souscription, ces entreprises se comportent comme des sociétés anonymes, au sens où elles utilisent des capitaux pour couvrir leurs engagements. Il s'agit du mécanisme de report de pertes.

	TAKAFUL	MUTUELLES	ASSURANCE CONVENTIONNELLE
Contrat	Donation et/ou contrat mutuel	Contrat mutuel	Contrat d'échange
Responsabilité de la compagnie	Paiement sur les fonds collectés ; en cas d'insuffisance peut emprunter sans riba (qard hassan)	Paiement sur les fonds collectés	Paiement sur les fonds collectés ; en cas d'insuffisance sur les fonds propres
Responsabilité des assurés	Paient des contributions	Paient des contributions	Paient des primes
Capitaux propres	Le fonds des participants	Le capital apporté par les participants	Le capital apporté par les actionnaires
Conditions d'investissements	Doivent être conformes à la charia	Pas de restrictions autres que prudentielles	Pas de restrictions autres que prudentielles

Tableau comparatif entre assurance Takaful, mutuelles et assurance conventionnelle provenant de la première conférence sur l'assurance Takaful en France organisée par l'IFPASS en novembre 2009

Section 2 : Une assurance aux structures complexes

L'assurance Takaful possède des structures comparables aux compagnies d'assurance conventionnelle car on retrouve aussi bien dans les deux cas une direction générale, une direction financière et comptable.

Toutefois, Il y a des différences concernant, la prime (§1) ; l'existence de deux fonds distincts (§2) ; et dans l'existence d'un conseil religieux (§3).

§1 : La prime dans l'assurance Takaful

En assurance Takaful, la prime est dite « valeur de participation » ou « contribution. Le participant/ assuré verse une contribution à la caisse des participants gérée par la compagnie d'assurance.

Les fuqahas s'accordent pour dire que le Takaful est basé sur le principe de donation (principe du *Tabarru'*) entre les participants pour être « sharia compatible » et ainsi respecter le principe d'entraide.⁵⁹

Il faut réserver une partie des primes (principe du *Tabarru'*) à ceux dans le besoin. Le concept de « *tabarru'* » qui est une forme de don, permet d'éliminer une partie de l'aléa (gharar) selon l'école du malikisme ou malékisme (en arabe : **م ا ل ك ي م ن ه ب**) qui est l'une des quatre madhhab, écoles classiques du droit musulman sunnite.⁶⁰ Il convient de préciser la notion de « *tabarru'* » car en droit musulman comme en droit français, le donateur n'acquière aucun droit au titre de la chose qu'il donne.

Le *tabarru'* étant une libéralité, l'acte est fait à titre purement gratuit et se caractérise en principe par l'absence de contrepartie ce qui peut poser certaines interrogations d'une telle intention.

Pour tenter d'atténuer les effets, certains proposent de conclure une donation sous réserves d'une condition à laquelle le donataire s'engage, c'est l'« *Iltizam bil-tabarru'* » ou « *tabarru-bi-awad* ». Par exemple une personne fait une donation à une autre à condition

⁵⁹ Simon Archer, Rifaat Ahmed Abdel Karim, Volker Nienhaus (2011), *Takaful Islamic Insurance: Concepts and Regulatory Issues*, John Wiley & Sons p. 3.3.1

⁶⁰ Yuosef Abdullah Alhumoudi, *ISLAMIC INSURANCE TAKAFUL AND ITS APPLICATIONS IN SAUDI ARABIA*, Brunel University, 2012 p.104

que cette dernière paye ses dettes conclues avant la donation.

L'AAOIFI a suggéré le principe de «l'engagement de faire un don», qui soulignerait plus la relation entre le participant et le fonds takaful . Selon ce concept, un contributeur peut faire don d'une somme d'argent pour l'aide mutuelle et la coopération, à condition que le solde, le cas échéant, lui soit retourné.

Les écoles du fiqh soutiennent majoritairement que la participation en Takaful est finalement plus un « Iltizam bil-tabarru » ainsi non pas un don mais une contribution. Ainsi on retrouve les principes de bases de l'assurance conventionnelle qui veut que l'assuré verse une prime en échange d'une couverture par l'assureur.

On retrouve le concept de tabarru dans divers sources du droit musulman.

Tout d'abord dans les prescription du Coran⁶¹ : *"La piété ne consiste point en ce que vous tourniez vos visages vers le Levant ou le Couchant. Vertueux sont ceux qui croient en Dieu et au jour dernier, aux Anges, au Livre et aux prophètes, qui donnent pour l'amour de Dieu des secours à leurs proches, aux orphelins, aux nécessiteux, aux voyageurs indigents et à ceux qui demandent l'aide, et pour délier les jougs, qui observent la prière, qui font l'aumône. Et ceux qui remplissent les engagements qu'ils contractent, se montrent patients dans l'adversité, dans les temps durs et dans les temps de violences. Ceux-là sont justes et craignent le Seigneur."* (Sourate 2, Verset 177).

Ensuite dans certains Hadiths ou Allah aurait dit *«Donnez (en charité) et ne donnez pas à contrecœur de peur qu'Allah devrait vous donner en une quantité limitée; et ne retenez pas votre argent à moins qu'Allah le retenient de toi. »* (Sahih Bukhari).

En cas de surplus de prime, ce surplus est placé dans un fonds de réserve, ou servira à rembourser un éventuel prêt fait par le fonds des actionnaires.

Le calcul de la prime pure en assurance Takaful est calculé de la même manière qu'en assurance conventionnelle c'est à dire en appréciant le risque couvert et en respectant les principes actuariels.

⁶¹ Coran

Selon l'article 7/2 des règles AAOIFI⁶² : « le montant de participation peut être fixé selon les principes actuariels basés sur les fondements techniques de la statistique, en tenant compte du risque qui peut être fixe ou variable, et du principe de la proportionnalité entre la participation et le risque lui-même, son genre, sa durée, et le montant de la prestation ».

De plus concernant la prime nette et totale il n'y a pas de différence car la prime totale est dite prime nette. Le calcul de la prime nette est basé sur l'addition de la prime pure, des dépenses et des frais, des taxes en sus des bénéfices issus de l'investissement du capital.

Enfin en cas de défaut de paiement de la contribution de l'assuré, la compagnie arrête de couvrir l'intéressé⁶³.

Plusieurs raisons sont possibles pour une résiliation du contrat, selon la norme AAOIFI numéro 26 et 8/2 relative à l'assurance islamique dispose qu' « *au cas ou le participant s'abstient ou s'attarde à payer ses participations à leurs termes prévus au contrat, il est du droit de la compagnie de résilier la police ou bien de le contraindre à payer par voie judiciaire* ».

Le paiement d'une prime par le souscripteur correspond à une obligation coranique. Ceci se retrouve plus généralement dans les principes coraniques qui énoncent le principe de l'obligation de l'exécution des contrats par le croyant « Ô vous qui croyez, remplissez les obligations » (Sourate Al-Maida).

§2 : Le fonctionnement des deux fonds

L'assurance Takaful est un modèle d'assurance islamique basé sur les principes d'assistance mutuelle et de contribution volontaire. Ce modèle implique la séparation des fonds des actionnaires et des assurés, et la distribution des bénéfices techniques aux assurés (résultant de la différence entre les frais prélevés par la compagnie d'assurance et les frais réels)⁶⁴.

⁶² Art 7/2 de l'AAOIFI

⁶³ Nehmé Aline, *op. cit.*, p.66

⁶⁴ Kettel Brian (2011), *Introduction to Islamic Banking and Finance*, John Wiley & Sons. p.130

Le premier des fonds est le fonds des participants/assurés et le deuxième est le fonds des actionnaires/opérateur.

Une telle séparation est reprise dans la Norme 5/2 du standard numéro 26 de l'AAOIFI⁶⁵ : « *La société organisatrice de l'assurance établie deux comptes distincts l'un propre à la société elle-même : ses droits et engagements, et l'autre propre à la caisse des assurés : leurs droits et leurs engagements* ».

Le fonds des participants est la propriété des participants et est composé des contributions de ces derniers. Ce fonds des assurés fournit les liquidités pour couvrir les charges techniques alors que le fonds du gestionnaire est séparé du premier et est composé du capital de la société, de la rémunération des assurés et des bénéfices de ses investissements.

Les souscripteurs des contrats Takaful en tant qu'apporteurs de fonds, bénéficient en fin d'exercice comptable des surplus sur les opérations d'assurance (taux à distribuer déterminer par un conseil d'administration). Ainsi les souscripteurs ont droit aux bénéfices réalisés à la suite des opérations d'assurance (à savoir les bénéfices de souscription ainsi que tout le revenu des placements du fonds des participants). En revanche, ils sont également tenus à le recapitaliser en cas de résultats négatifs.

Dans une assurance conventionnelle, les assurés font un transfert d'argent vers la compagnie d'assurance ; dans le cas du takaful, les participants sont les propriétaires du fonds de garantie et l'opérateur se contente de gérer les fonds détenus par les participants contre rémunération.

De plus, conformément au concept de l'assurance islamique Takaful, il n'y a pas de transfert des risques des participants à la compagnie, les risques sont partagés entre les participants avec un principe de garantie mutuelle.

Dans le modèle d'assurance conventionnelle, le risque est transféré à la compagnie d'assurance conventionnelle contre une prime, ce qui n'est pas le cas du Takaful où le risque est partagé entre les participants.

⁶⁵ Norme 5/2 du standard numéro 26 de l'AAOIFI

Plus précisément les actionnaires ne doivent ni profiter, ni réaliser une perte sur les opérations d'assurance. Afin de contourner l'interdiction liée à l'aléa (Al gharar) et aux intérêts (al Riba), la prime prend la forme d'une donation (*Tabarru'*) à la communauté des assurés pour leur intérêt mutuel.

Ces donations doivent couvrir l'ensemble des charges techniques et les frais de gestion. L'opérateur n'est qu'un gérant des contributions des participants et doit calculer toutes les charges d'exploitation et les faire supporter par le fonds.

Le fonds des participants peut s'avérer déficitaires en fin d'exercice, le gestionnaire du fonds devra alors, fournir un emprunt sans intérêts (Qardh Hasan) car sinon il y aurait une forme d'enrichissement injuste⁶⁶.

Un prélèvement des surplus du fonds des participants sera prélevé afin de payer ce prêt sans intérêts.

Enfin nous verrons que la rémunération de l'opérateur dépend de la relation contractuelle entre l'assuré et l'opérateur : il existe le modèle Mudaraba, Wakala et le modèle hybride, et le modèle Waqf.⁶⁷

§3 : L'existence d'un conseil religieux ou « sharia board »

Le gestionnaire du fonds a l'obligation de s'assurer que tous les aspects des opérations soient conformes avec les principes de la Sharia par la mise en place d'un comité de conseil religieux indépendant ou « sharia board » composé de plusieurs membres ayant une expertise dans les domaines de la loi islamique et de la finance.

Ceci ressort de l'article numéro 5/9 des normes de l'AAOIFI⁶⁸ relative à l'assurance islamique « *la nomination d'un conseil de surveillance chari dont les fatwas sont obligatoires pour la société, en plus de la présence de contrôle de gestion et d'audit interne* ».

⁶⁶ Serap O. Gönülal, *op. cit.*, p. 132

⁶⁷ Kumar Rajesh (2014), *Strategies of Banks and Other Financial Institutions: Theories and Cases*, Elsevier, p.264

⁶⁸ Norme 5/9 AAOIFI relative à l'assurance islamique et le sharia board

Ainsi la présence d'un sharia board est obligatoire (bien que parfois non respecté) mais aussi une nécessité car cela ajoute de la crédibilité aux institutions financières islamiques.⁶⁹

Il est composé de trois membres au minimum ayant la qualité d'uléma (théologiens) appelés sharia scholars.⁷⁰

Il convient de rappeler que face aux nombres importants de sharia board, les normes édictées varient selon les compagnies et les pays.⁷¹

Il existe en effet, différents modèles de sharia board.

Il y a tout d'abord le modèle malais. La Malaisie, a créé puis rattachée un « sharia board central » à sa Banque Centrale. Chaque boards doit se conformer aux prescriptions édictées par le sharia board central.

Il y a ensuite le modèle du Golfe Persique où chaque établissement possède son propre sharia board, il y a une certaine homogénéité car la plupart des sharia scholars siègent dans divers sharia board de différentes compagnies.

Le *sharia board* a pour principales missions⁷² :

- De conseiller les entreprises que ce soit des compagnies d'assurance islamique ou des banques islamiques qui désirent réaliser des opérations de finance islamique dans l'élaboration des contrats et des produits afin qu'ils soient en conformité avec les principes du droit musulman.
Pour cela il faut éviter qu'il y ait toute forme d'aléa (gharar), spéculation (maysir), usure (riba) et d'investissements interdits (haram) ainsi qu'un partage juste des risques.
- De rendre des fatwas (*avis*) de compatibilité.

⁶⁹ Financial Times, *lexique*

⁷⁰ Nehmé Aline, *op. cit.*, p.165

⁷¹ Craig R.Nethercott, David M. Eisenberg, *op. cit.*, p. 168

⁷² Hymayon A. Dar,Umar F. Moghu , *The Chancellor Guide to the Legal and Shari'a Aspects of Islamic Finance* p. 188

- De procéder à l'audit de manière régulière des produits afin de s'assurer que ces derniers restent « sharia compatibles » car, il suffit parfois d'une modification mineure dans le déroulement des différentes phases composant une transaction pour rendre celle-ci illicite.
- De prendre des mesures en cas de non respect avéré des conditions imposées dans la mise en application d'un produit au sujet desquels un avis de *sharia* compatibilité a été émis.

Dans cette première partie nous avons pu montrer que l'assurance Takaful, constituait une alternative islamique crédible à l'assurance conventionnelle. Nous avons d'abord rappelé les débuts des formes d'assurance et mis en exergue le caractère récent du Takaful. Ensuite, nous avons rappelé les raisons du rejet de l'assurance conventionnelle par les fuqahas malgré le fait que l'opinion ne soit pas unanime.

Enfin nous avons montré que l'assurance Takaful était une assurance fondée sur les prescriptions islamiques et qu'elle possédait des structures originales d'inspiration mutualiste pour certains spécialistes.

Nous allons désormais analyser dans une deuxième partie, la réglementation du Takaful ainsi que son développement économique à travers les législations existantes et les différents produits et variantes proposés par une telle assurance.

Titre II : L'assurance Takaful face aux enjeux réglementaires et économiques

Nous allons désormais voir les réglementations du Takaful au sein des principaux marchés musulmans et étudier le cas français (chapitre 1). Ensuite, nous verrons les variantes du Takaful à travers ses modèles juridiques et ses déclinaisons notamment en réassurance (chapitre 2).

Chapitre 1 : Une réglementation éparse selon les pays

Nous allons étudier maintenant le cas des principaux marchés musulmans (section 1), ainsi que le marché français (section 2).

Section 1 : Les cas des grands pays musulmans

Nous décomposerons notre étude entre la zone du Moyen-Orient et du Golfe persique (§1), la zone asiatique (§2) et la zone africaine du Nord (§3).

§1 : Au Moyen-Orient et du Golfe persique

Tout d'abord le cas de l'Arabie Saoudite.

L'Arabie saoudite, est une monarchie de type islamique dirigée depuis 1932 par la famille Saoud. De plus, c'est un pays important dans le monde musulman non seulement de par sa superficie d'abord en occupant 80 % de la péninsule arabique (plus grand pays du Moyen-Orient) avec plus de deux millions de kilomètres carrés de superficie) mais surtout en étant un des pays leader du mouvement sunnite (par opposition aux chiites dominés par l'Iran).

Le pays a l'islam pour religion d'Etat, l'arabe pour langue officielle et abrite les deux plus importants lieux saints de l'islam, que sont la Mecque et Médine.

Concernant l'assurance Takaful, l'Arabie Saoudite représente 48% des contributions mondiales et a connu une forte croissance ces dernières années en doublant de volume

avec des contributions passés de 3,89 milliards de dollars en 2009 à 6,8 milliards de dollars en 2014.⁷³

Cependant strictement parlant, il n'y a pas de sociétés takaful en Arabie Saoudite le terme n'apparaissant pas dans le *Cooperative Insurance Companies Control Law or the Implementing Regulations*. Toutefois beaucoup de sociétés ont le mot « takaful » dans leurs dénominations et tous les assureurs saoudiens sont considérés comme des sociétés coopératives, ce qui est un modèle hybride de plein takaful et d'assurance conventionnelle⁷⁴. Les sociétés ont été ainsi autorisés à conserver le mot Takaful dans leurs dénominations car compatible avec la législation islamique du pays. En 2008, plus d'une quarantaine de sociétés d'assurances « takaful compliant » étaient dénombrées notamment en assurance dommages.⁷⁵

Enfin, les entreprises de takaful sont présentes dans toutes les branches, le takaful famille connaît une forte croissance, notamment avec des produits combinant épargne & protection en lien avec des événements de la vie (éducation, mariage) pour les particuliers.

Ensuite le cas de l'Iran

La République islamique d'Iran (en persan: جمهوری اسلامی ایران, *Jomhuriye Eslâmiye Irân*), est un pays islamique de 80 096 604 habitants en octobre 2015, majoritairement chiite doté d'une large superficie de 1 648 195 km².

Le pays possède un large marché de l'assurance Takaful mais les informations sont sporadiques en raison de la fermeture du pays suite aux sanctions occidentales, qui ont entraîné un isolement économique du pays⁷⁶. Les experts s'attendent, à la suite de la récente levée des sanctions, à un développement important du Takaful. Il y a une quinzaine d'opérateurs Takaful sur le marché⁷⁷

Enfin, il n'y a pas d'obligation réglementaire d'avoir un sharia board.

⁷³ Rapport EY, *Global Takaful Insights, 2014* »

⁷⁴ Rapport Axco sur l'assurance Takaful

⁷⁵ Charbonnier Jacques, *op. cit.*, p.175

⁷⁶ <http://www.bsabh.com/takaful-in-iran-new-frontier-or-false-dawn/>

⁷⁷ http://www.takaful.coop/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=40

Le cas du Qatar.

Le Qatar, est un petit émirat du Moyen-Orient d'une superficie de 11 586 km. Cependant il possède de par ses richesses dues au pétrole et au gaz, une aura importante au niveau international et islamique.

Le Qatar a représenté 4% de part de marché dans la région du golfe en 2014 et a connu une croissance des contributions moyenne brute de 26,6% sur la période 2009-2013⁷⁸.

De plus, le total recueilli de contributions Takaful brut étaient de US384mln en 2014. La contribution takaful brut devrait doubler de USD273.4mln (QAR995.6mln) en 2011 à USD577mln (QAR2.1bln) en 2016⁷⁹.

Les experts s'attendent à une forte croissance du marché Takaful de par la forte croissance économique du pays (développement de l'assurance en vue du Qatar national plan de 2030) et par une législation favorable pour l'industrie du Takaful.

Enfin, la Law of the Qatar Central Bank and the Regulation of Financial Institutions (loi n°13 de 2002) qui, à l'article n ° 205 a imposé une pénalité spécifique (jusqu'à trois ans d'emprisonnement et amende)à ceux qui proposent des services financiers fournissant sans être dûment autorisé par le régulateur, s'impose à l'industrie Takaful aussi.

§2 : En Asie

Le cas de la Malaisie.

La Malaisie est un pays d'Asie du Sud-Est de 27 millions d'habitants où l'islam est la religion de la Fédération avec un courant sunnite important.

La Malaisie est reconnue comme un des leaders dans la régulation takaful , avec des réglementations spécifiques en place depuis 1984 comme le Takaful Act de 1984 (amendé en 2007), et des lignes directrices⁸⁰.

Le *Takaful Act* de 1984 définit le Takaful comme « *un système fondé sur la fraternité, la solidarité et l'assistance mutuelle* ». La Malaisie héberge le Islamic Financial Service Board (IFSB) qui comme nous l'avons vu réglemente la finance et l'assurance islamique

La Malaisie domine le marché takaful dans région de l'ASEAN (Association des nations

⁷⁸ Islamic financial news (IFN)

⁷⁹ Zawya, 2014; Insurance Research Centre, 2014

⁸⁰ Serap O. Gönülal, *op. cit.*, p. 111

de l'Asie du Sud-Est), représentant deux tiers de parts de marché takaful (71%)⁸¹.

De plus le pays a mis en place progressivement une législation favorable contribuant à la bonne santé des acteurs du marché Takaful comme la mise en œuvre du *Takaful Operational Framework* (TOF2012) et le *Islamic Finance Service Act* (IFSA) en 2013.

Le modèle le plus utilisé est celui de la moudaraba, mais le modèle de la wakala gagne du terrain.

La présence d'un sharia board est obligatoire et doit être constitué d'au moins cinq membres.

Enfin, on compte une quinzaine d'opérateurs Takaful sur le marché dont la compagnie française d'assurance Axa qui vend en Malaisie des produits d'assurance sous le nom d'Axa Affin et dispose de 79 succursales dans la région.

Le cas de l'Indonésie

L'Indonésie, est un pays d'Asie du Sud-Est de 250 millions d'habitants et possédant la plus grande communauté musulmane au monde.

De plus, le pays a représenté 23% de parts de marché Takaful dans la région de l'ASEAN pour 2014⁸². Il existe en Indonésie plus de 45 institutions d'assurance islamiques, offrant à la fois des produits *General Takaful* et *Family takaful*. Le marché indonésien a connu une croissance de 20% en 2015.

Enfin selon la loi n °40/2014 une société Takaful distincte devra être établie pour les assurances takaful ou retakaful si et lorsque les actifs Takaful dépassent 50% du total des assets de l'assureur conventionnel.⁸³

§3 : En Afrique

Le cas de l'Egypte

L'Égypte, se trouve en Afrique du nord-est, comportant 90 millions d'habitants avec une très grande majorité de la population se réclamant de l'islam sunnite (l'Égypte est un allié de la puissance sunnite qu'est l'Arabie Saoudite).

La compagnie *Egyptian Saudi Insurance House* fut en 2002 la première compagnie Takaful sur le marché égyptien.

⁸¹ Rapport EY, *Global Takaful Insights, 2014*

⁸² Reuters international

⁸³ Rapport Axco

Le pays comportait en 2007, quatre compagnies Takaful qui ne représentait que 0,5% du marché de l'assurance⁸⁴.

L'émergence d'opérateurs Takaful a entraîné l'introduction d'une licence Takaful et la l'EFSA (*Egyptian Financial Supervisory Authority*) a établi des exigences pour les entreprises Takaful :

1. La mise en place d'un conseil de la charia
2. La distinction des droits des actionnaires de ceux des assurés par le biais des comptes séparés.
3. Dans la répartition des excédents, l'affectation d'une partie à titre de provision technique pour la société, la distribution d'un minimum de 40 % de l'excédent ; le calcul de l'excédent doit être fondé sur l'excédent d'assurance alloué pour la distribution multipliée par les primes d'assurance des assurés et divisés par les primes d'assurance totales.

Le cas de la Tunisie

La Tunisie est un pays du Maghreb de 10 millions d'habitants et l'islam est la religion principale et officielle de la Tunisie. La grande majorité des musulmans tunisiens sont sunnites de rite malikites.

Selon la réglementation mise en place en 2014, le Takaful est défini comme « *un régime contractuel par lequel un groupe de personnes appelés adhérents s'engagent à s'entraider en cas de réalisation du risque ou au terme fixé au contrat d'assurance Takaful et ce à travers le paiement d'une somme en guise de donation appelée cotisation. La somme des cotisations constitue le fonds des adhérents qui sera dédié au paiement des indemnités tout en étant séparé des comptes de l'entreprise d'assurance Takaful* ».

En Tunisie les entreprises d'assurances ne peuvent avoir en même temps des activités d'assurances conventionnelles et d'assurances Takaful. On compte trois entreprises d'assurances Takaful et selon Amel Mari, chercheuse en finance islamique à l'université Zitouna de Tunis « *le marché tunisien ne supporterait pas la création d'une nouvelle société, Les trois existantes ont déjà du mal à s'assurer un bon bénéfice* ».

En effet, le marché Takaful en Tunisie est assez modeste, représentant 2% du marché de l'assurance et souffre un manque de normes comptables concernant le marché

⁸⁴ Charbonnier Jacques, *op. cit.*, p.150

Takaful⁸⁵.

Le cas de la Libye

La Libye est un pays d'Afrique du Nord de sept millions d'habitants, la grande majorité de la population (97 %) est de confession musulmane et le sunnisme y est prédominant

En 2012 des réglementations ont été introduites concernant la conduite des affaires takaful par l'Autorité de contrôle des assurances.

Toutes les entreprises qu'elles soient des assurances Takaful pures ou des compagnies d'assurance avec une Takaful window (guichet islamique) doivent avoir un sharia board⁸⁶. La législation reprend le fait de donner un prêt gratuit aux participants (qard hassan) par la compagnie d'assurance en cas de déficit du fonds des participants.

Section 2 : Le cas particulier de la France

La France, comportant une importante minorité musulmane, a tenté de rattraper son retard dans l'« économie islamique » (finance islamique et assurance Takaful).

Concernant la finance islamique.

La ministre de l'économie de l'époque Christine Lagarde a fait part le 2 juillet 2008 de la volonté du gouvernement de développer une telle finance. Un rapport fut remis à Paris Europlace le 14 novembre 2008. Cependant, en 2009 le Conseil Constitutionnel a censuré une loi portant des dispositions relatives à la finance islamique.

La finance islamique en France, reste ainsi à un état embryonnaire par rapport à d'autres pays européens.

Concernant l'assurance islamique ou Takaful.

Nous pouvons rappeler que le Royaume-Uni fut le premier pays européen à délivrer un agrément à une compagnie d'assurance Takaful (*Salaam Halal Insurance company*).

La France est à la traîne sur le marché du Takaful car la législation est lacunaire et les

⁸⁵ http://www.econostrum.info/La-progression-de-l-assurance-islamique-en-Tunisie-liee-a-celle-de-l-assurance-conventionnelle_a20634.html

⁸⁶ Rapport Axco sur la Libye

produits sont quasi inexistants.

Cependant, la France, grâce à son importante communauté musulmane a de nombreux atouts, comme le souligne Ezzedine Ghlamallah, directeur de Saafi, (qui est le premier courtier spécialisé dans l'assurance vie islamique en France) : « *La France pourrait devenir le second marché mondial pour l'assurance islamique derrière l'Arabie Saoudite* » ou comme Jacques Cessac, président de la Fédération méditerranéenne des courtiers en assurance (FMBA), qui souhaite créer une commission dans le domaine du Takaful.

Toutefois, des tentatives existent. Le 20 novembre 2009, la première Conférence Takaful organisée par l'IFPASS (Institut de la Formation de la Profession de l'Assurance) s'est tenue en France. Peu de temps après, le 9 décembre 2009, on a vu la création de l'Institut Français de Finance Islamique (IFFI) à l'occasion du IIIe Forum français de la finance islamique.

En outre, en 2010 a été créée à Paris le Cifie (Comité indépendant de la finance islamique en Europe) qui a pour mission de garantir le respect par les produits des principes de la charia.

Qui plus est, un groupe de travail sous l'égide de Paris EUROPLACE en 2011 composé de nombreux professionnels (assurance, banque, juristes) avaient conclu que le mutualisme français comportait de nombreuses similitudes avec le système du Takaful dont l'absence de capital social, le fait que les membres soient membres de l'entité mutualiste ou le fait de partager les profits.⁸⁷

En France selon certains spécialistes, le marché du Takaful tournerait autour de 2% du marché de l'assurance, soit entre 3 Md€ et 3,5 Md€, pour un marché aux environs de 200-300 milliards d'euros.

Les entreprises françaises sont déjà entrain de proposer des produits mais à l'international notamment en Algérie où BNP paribas lance une offre Takaful.

Dans les DOM-TOM, la Société générale qui, en 2000 avec Allianz, testait deux assurances vie takaful (*Alpha Vie et Global Islamic fund platform*) mais a finit par y renoncer, faute de clients.⁸⁸

⁸⁷ Baudouin Valentine- Kader Merbouh, *op. cit.*, p.56

⁸⁸ <http://www.argusdelassurance.com/acteurs/le-developpement-du-takaful-en-france-coince-entre-freins-et-opportunités-dossier.97764>

En France métropolitaine⁸⁹, *Swiss Life* a proposé en janvier 2013, la première offre française d'assurance conforme aux prescriptions islamiques. Selon Vincent Liégeon, directeur de *Swiss Life France*, il y a « *plus de 300 contrats souscrits. C'est plutôt au-dessus de nos prévisions. La prime moyenne pour les versements libres est de 50 000 euros et de l'ordre de 4 000 euros par an pour les versements programmés, ce qui est du même ordre que nos autres contrats d'assurance-vie. Les discussions en cours avec nos clients portent sur des montants parfois élevés. Ce qui nous laisse penser que nous pourrions doubler notre production* ». La société *Vitis Life* propose des offres d'assurance islamique (*Amâne Executive Life*), réservées à une clientèle fortunée, avec un montant minimal de souscription fixé à 250 000 euros. Le dernier arrivé sur le marché français est, *Ethra'a takaful famille* en janvier 2015 du courtier grossiste *Azurite courtage* (en partenariat avec *Atlanticlux*, filiale luxembourgeoise du groupe allemand *FWU AG*)

Ces trois sociétés ont comme point en commun de ne proposer que des assurances vie à la différence des entreprises de *Takaful* classique qui proposent des produits variés à l'instar des compagnies d'assurances conventionnelles.

Il convient de rappeler que l'on retrouve une certaine compatibilité juridique entre le droit français et musulman, en effet le droit français encadre l'usure aux articles L. 313-3 à L.313-6 du Code de la consommation⁹⁰ et l'article 313-5.1 du Code monétaire et financier⁹¹ (condamnation du *riba* en droit musulman); le droit français impose en principe d'avoir un objet déterminé ou déterminable à l'article 1129 du Code civil ; le droit français encadre les actions relatives aux jeux de hasard à l'article 1165 du Code civil⁹² (le droit musulman s'oppose aux jeux de hasard et de paris).

Enfin, l'assurance *Takaful* n'est pas réservée aux seuls musulmans comme le souligne certaines compagnies car bien que faisant référence aux principes islamiques, c'est une assurance basée sur des valeurs morales partagés par tous comme l'entraide.

Cependant le marché de l'assurance islamique en France connaît de nombreuses difficultés et obstacles à son développement.

En effet le marché en est à ses balbutiements, il y a un manque d'experts formés, bien

⁸⁹ voir annexe

⁹⁰ Code de la consommation français

⁹¹ Code monétaire et financier français

que des formations existent en Europe et en France à l'université de Dauphine par exemple.

Ensuite des obstacles juridiques importants existent car le marché français de l'assurance est fondé sur un droit laïc à la différence de l'assurance islamique ; le droit des assurances français est fondé sur le principe de l'aléa aux termes des articles 1104 et 1964 du Code Civil alors que comme nous l'avons vu l'aléa est prohibé en droit musulman. De plus certains avancent une peur du communautarisme. Enfin, un des problèmes majeurs des produits Takaful est le manque de connaissance des produits par le public musulman.

Ainsi nous avons vu dans ce chapitre, les différentes réglementations Takaful dans les principaux marchés musulmans et en France. Nous allons désormais voir dans le deuxième chapitre, les différents modèles juridiques du Takaful ainsi que ses déclinaisons en se focalisant sur la réassurance ou ReTakaful.

Chapitre 2 : Les variantes et déclinaisons du Takaful

Nous allons tout d'abord montrer les différents modèles juridiques de Takaful unissant l'opérateur et les participants (section 1) ensuite étudier la réassurance Takaful ou Retakaful (section 2).

Section 1 : Les différents modèles juridiques

Tout d'abord le modèle mudaraba (§1), le modèle wakala (§2), le modèle hybride wakala/mudaraba (§3) et le modèle waqf (§4).

§ 1 : Le modèle mudaraba

Le modèle mudaraba dans l'assurance est une adaptation du contrat commercial islamique utilisé notamment dans le domaine bancaire, cette technique prône le partage équitable des risques et des bénéfices, en associant le prêteur et l'emprunteur⁹³. Ceci est l'équivalent de la commandite en droit français où certains sont bailleurs de fonds (commanditaire) et d'autres se chargent de la gestion (commandités).

Plus précisément dans le modèle mudaraba Takaful, le gestionnaire Takaful agit en tant que mudarib (entrepreneur) et les participants comme Rab'al mal' (apporteurs et propriétaires de capitaux).

De plus un contrat précise comment les gains générés par les investissements (création d'un fond d'investissements avec les contributions des participants dans des investissements charia compatibles) seront répartis entre l'opérateur Takaful et les participants (après déduction de toutes les charges techniques, frais de gestion et autres frais généraux par l'opérateur).

⁹³ Jaffer Sohail, *op. cit.*, p.48

Concernant le ratio de partage, il est défini explicitement initialement et ne peut être modifié unilatéralement ni par l'opérateur ni par les participants.

En cas de pertes, ces dernières sont à la charge des participants en tant qu'apporteurs des fonds (contributions) et non à la charge de l'opérateur⁹⁴. En effet, il serait injuste que le mudarib partage les pertes car ce dernier a réalisé un travail et des efforts.

Le modèle mudaraba connaît des objections notamment du point de vue de l'opérateur car ce dernier n'est pas autorisé à partager les surplus de cotisations.

De ce fait le modèle mudaraba est en perte de vitesse et il est pratiqué notamment en Malaisie.

§ 2 : Le modèle wakala

Le modèle wakala est le modèle par défaut dans le domaine de l'assurance Takaful notamment au Moyen-Orient. L'équivalent en droit français serait le contrat de mandat.

L'opérateur Takaful agit cette fois-ci comme mandataire (wakil) des fonds du Takaful (constitués des primes) et le gère pour le compte des participants en échange d'une rémunération.

La rémunération de l'opérateur est la grande différence avec le modèle mudaraba car cette fois-ci ce dernier ne partage pas les excédents des fonds mais perçoit un pourcentage fixe des contributions (versées par les participants) pour son travail.⁹⁵

De plus il ne participe pas aux pertes et en cas de déficit du fonds des participants il procédera à un prêt gratuit à ces derniers remboursable quand le fonds réalisera des bénéfices (comme en mudaraba)⁹⁶.

⁹⁴ Alhabshi, S. O., & Razak, S. H. S. A. (2010). TAKAFUL: CONCEPT, HISTORY, DEVELOPMENT, AND FUTURE CHALLENGES OF ITS INDUSTRY. *Islam and Civilisational Renewal*, 1(2), 276-291,391-392,395

⁹⁵ Craig R.Nethercott, David M. Eisenberg, *op. cit.*, p. 285

⁹⁶ Cheikh Ali Mohyeddin, *op. cit.*, p.151

§ 3 : Le modèle hybride entre wakala et mudaraba

Le modèle hybride est une combinaison entre les modèles Wakala et Mudaraba. Ce modèle a comme avantage de combiner les bons cotés des deux modèles, un tel modèle est recommandé par l'AAOIFI.

Le modèle hybride est le modèle le plus répandu, dû à ses avantages notamment pour la rémunération de l'opérateur.

En effet, dans ce modèle, l'opérateur signe deux contrats avec les participants⁹⁷. Tout d'abord, un contrat wakala en tant que gestionnaire/mandataire (wakil) des fonds avec une rémunération sur un pourcentage des contributions. Ensuite, un contrat de mudaraba en tant qu'entrepreneur (mudarib) afin d'investir les contributions des participants et avec une rémunération qui sera fondée sur les surplus.

§ 4 : Le modèle waqf

Le modèle waqf est un modèle alternatif aux précédents utilisé généralement en Afrique du Sud, et au Pakistan.

Le waqf dans la tradition musulmane, est une donation faite à perpétuité par un particulier à une œuvre charitable ou pieuse. Le bien lorsqu'il est donné en waqf est sous forme d'usufruit et devient inaliénable.

Dans le modèle waqf Takaful ceci est peu différent, l'opérateur doit créer un fonds waqf au sein du fonds Takaful dont il sera le gérant du fonds waqf⁹⁸. L'opérateur versera pour cela une contribution initiale et renoncera à ses droits de propriétés.

Ensuite les assurés verseront une partie de leurs contributions en tant que donation (tabarru) ce rapprochant ainsi des principes d'entraide et de charité du droit

⁹⁷ Nehmé Aline, *op. cit.*, p. 190

⁹⁸ Asmak Ab Rahman, Wan Marhaini Wan Ahmad, *The Concept of Waqf and its Application in an Islamic Insurance Product: The Malaysian Experience*

musulman⁹⁹.

Le fonds Waqf a deux objectifs principaux : le premier est d'accorder une assistance financière à ses membres en cas de pertes et le deuxième éventuellement faire un don à des organismes de bienfaisance approuvés par le sharia board.

Section 2 : Le Retakaful, une alternative islamique à la réassurance conventionnelle

Le Retakaful est l'alternative islamique à la réassurance conventionnelle. On retrouve toutefois la même définition quand au mécanisme de réassurance : une société d'assurance directe dite cédante, se fait promettre par un réassureur dit cessionnaire de la prise en charge de tout ou partie du risque moyennant rémunération.

L'article numéro 1/2 du standard numéro 41 de l'AAOIFI ¹⁰⁰définit la réassurance islamique comme « *un accord conclu entre les compagnies d'assurance, au nom des fonds Takaful qu'elles gèrent et qui peuvent subir des risques, d'éviter une partie de ces risques en versant en donation une partie des participations payées par les assurés-participants pour former une caisse de réassurance possédant une personnalité morale et un patrimoine distinct (caisse), afin de couvrir par les fonds de cette caisse la partie assurée des dommages qu'elles subissent du fait de la réalisation du risque assuré* ».

La réassurance islamique a été mis en place assez tardivement, vers le milieu des années 1980 et répond aux besoins d'éviter toute les incompatibilités déjà décrites pour l'assurance conventionnelle qui existent aussi dans la réassurance conventionnelle¹⁰¹.

En effet, les interdictions déjà évoquées comme l'interdiction de l'usure, de la spéculation, et de l'aléa ainsi que des investissements halals s'appliquent. De même, il y a l'existence possible d'un conseil religieux (sharia board) au sein d'une compagnie de réassurance islamique.

⁹⁹ Sheila Nu Nu Htay, Mohamed Arif, Younes Soualhi, Hanna Rabittah Zaharin, Ibrahim Shaugee (2012), *Accounting, Auditing and Governance for Takaful Operations*, John Wiley & Sons

¹⁰⁰ L'article numéro 1/2 du standard numéro 41 de l'AAOIFI concernant la réassurance islamique

¹⁰¹ Arbouna, Mohammed Burhan. "The Operation of Retakaful (Islamic Reinsurance) Protection." *Arab Law Quarterly* 15.4 (2000): 335-62

De plus, on retrouve les mêmes possibilités de modèles juridiques déjà évoqués et la même séparation en deux fonds (l'un pour les sociétaires, l'autre pour les contributions des cedantes) qu'en assurance Takaful.

En cas d'excédent, il y a soit un partage entre la compagnie retakaful et la compagnie takaful, soit redistribution aux clients en totalité. En cas de déficit du fonds des participants, la compagnie retakaful fera un prêt gratuit comme en assurance Takaful.

A la différence de la réassurance conventionnelle où il y a un transfert du risque contre rémunération, il y a en réassurance islamique, un système basé sur un certain partage des risques¹⁰².

Enfin, le Retakaful peut exister dans deux types de compagnies, soit dans une entreprise de réassurance conventionnelle par l'intermédiaire d'un guichet islamique (Takaful window) soit par une compagnie de réassurance pleinement Retakaful.

¹⁰² Rahman, A. A., Ahmad, W. M. W., & Buang, A. H. (2011). Can a takaful company reinsure with a reinsurance company? *African Journal of Business Management*, 5(30), 11768-11778

Conclusion générale

Nous avons montré que l'assurance Takaful était une assurance d'un nouveau genre, mêlant principes de l'assurance conventionnelle, islam et valeurs éthiques. Elle constitue ainsi une alternative séduisante à l'assurance conventionnelle. En effet, l'assurance Takaful évite les principaux torts de l'assurance conventionnelle interdits par le droit musulman comme l'aléa, la spéculation, l'intérêt, et les investissements dans les secteurs interdits. L'assurance Takaful a de ce fait réussi à combiner un produit moderne, compatible avec la religion alors que les systèmes anciens de l'assurance étaient tous laïques.

De plus, une telle assurance possède des relais de croissance encore sous estimés, la population musulmane représentant plus d'un quart de la population mondiale. La France quant à elle pourrait constituer un marché de référence dû à son importante minorité musulmane.

Nous pouvons également souligner un retour aux valeurs morales et religieuses, terreau propice à l'assurance islamique ainsi que la possibilité de souscription pour les non-musulmans (comme le soulignent certaines compagnies).

Nous avons aussi vu que l'assurance Takaful possède des moyens de distributions variés à travers les compagnies Takaful pure et les compagnies d'assurances conventionnelles avec guichet islamique (Takaful window). Des grandes compagnies européennes d'assurances comme Axa ou Allianz proposent déjà à l'international des produits Takaful.

Qui plus est nous avons pu constater qu'il y a une multitude de modèles juridiques propres au Takaful, permettant souplesse et adaptabilité au marché requis.

Cependant, l'assurance Takaful fait face à de nombreux défis et enjeux concernant son développement futur.

Tout d'abord, le marché Takaful reste un marché limité car la réglementation est aussi variée qu'il existe de pays musulmans, entraînant un cloisonnement des marchés au niveau national ainsi qu'une absence de visibilité juridique internationale. En France, comme nous l'avons vu, la réglementation Takaful est lacunaire et ce malgré de timides

tentatives du rapport de l'Eurolplace en 2008¹⁰³ et la récente implantation d'entreprises Takaful. Les marchés européens et français étant des systèmes non confessionnels, des adaptations majeures sont nécessaires pour que les compagnies Takaful puissent proposer pleinement leurs produits. En effet dans le cas français, le principe de laïcité est inscrit dans l'article 1^{er} de la constitution de la Vème république: « La France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale »¹⁰⁴.

Ensuite, le Takaful souffre d'un manque de connaissance du public musulman et de critiques communautaires notamment à cause de son caractère religieux.

Un autre problème concerne la stabilité financière des entreprises Takaful car le mode de répartitions des bénéfices au profit des participants et les prêts gratuits (al qard) par l'opérateur en cas de déficit du fonds, ne permettent pas une réelle solidité financière des compagnies Takaful.

Enfin, l'assurance Takaful notamment en Europe manque d'experts pouvant expliciter et proposer des solutions Takaful aux particuliers¹⁰⁵.

¹⁰³ Rapport Jouini-Pastré, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, 2008

¹⁰⁴ Constitution française de la Vème république, article 1er

¹⁰⁵ Rapport Deloitte, *The way forward for Takaful Spotlight on growth, investment and regulation in key markets*

Bibliographie

Ouvrages généraux et spécialisés en langue française

Nehmé Aline (2015), *L'assurance entre loi islamique et droit positif: l'exemple des droits français et libanais*, IRJS Editions

Charbonnier Jacques (2011), *Islam : droit, finance et assurance 2011*, Larcier.

Baudouin Valentine- Kader Merbouh (2015), *Le guide de l'assurance Takaful*, L'argus de l'assurance

I.Karich, *Finances et Islam* (2004), Bruxelles, Le Savoir Editions, p.211

L'argus, 15 mars 1914, p 167

Brack Estelle (2012), *Systèmes bancaires et financiers des pays arabes*, Editions L'Harmattan.

Chibab Mohammed Himeur et Nedra Abdelmoumen (2015), *La finance islamique face au droit français*, L'Harmattan

Cheikh Ali Mohyeddin(2011), *L'assurance islamique : étude des fondements juridiques, approche comparative avec les assurances commerciales et cas pratiques*, Bayane Editions

Ouvrages généraux et spécialisés en langue anglaise

Serap O. Gönülal (2012), *Takaful and Mutual Insurance*, World Bank Publications.

Jaffer Sohail(2007), *Islamic Insurance : Trends, Opportunities and the Future of Takaful*, Linnius.

Craig R.Nethercott, David M. Eisenberg (2012), *Islamic Finance: Law and Practice*, OUP Oxford.

Kabir Hassan, Mervin K. Lewis (2009), *Handbook of Islamic Banking*, Edward Elgar Publishing.

Hymayon A. Dar,Umar F. Moghu (2009), *The Chancellor Guide to the Legal and Shari'a Aspects of Islamic Finance*, Chancellor Publications

Kumar Rajesh (2014), *Strategies of Banks and Other Financial Institutions: Theories and Case*, Elsevier.

Simon Archer, Rifaat Ahmed Abdel Karim, Volker Nienhaus (2011), *Takaful Islamic Insurance: Concepts and Regulatory Issues*, John Wiley & Sons

Kettel Brian (2011), *Introduction to Islamic Banking and Finance*, John Wiley & Sons.

Sheila Nu Nu Htay, Mohamed Arif, Younes Soualhi, Hanna Rabittah Zaharin, Ibrahim Shauggee (2012), *Accounting, Auditing and Governance for Takaful Operations*, John Wiley & Sons

Articles et rapports

Revue d'économie du développement 2015/1 (Vol. 23).

Rapport EY, *Global Takaful Insights*

Rapport Axco sur l'assurance Takaful

Rapport du 3^{ème} séminaire Takaful des GTG/ICIMF/IFTI Takaful

A.A. Ousama A.H. Fatima, (2010), "Voluntary disclosure by Shariah approved companies: an exploratory study", *Journal of Financial Reporting and Accounting*, Vol. 8 Iss 1 pp. 35 - 49

Charbonnier Jacques (2007), *Origines et développement des pratiques d'assurances en Afrique du Nord*, Presses universitaires d'Aix-Marseille p.59

Mohammad Omar Farooq, (2012), "Exploitation, profit and the riba-interest reductionism", *International Journal of Islamic and Middle Eastern Finance and Management*, Vol. 5 Iss 4 pp. 292 - 320

Kai Aaron Clarke, (2015), "*A critical analysis of Islamic equity funds*", *Journal of Islamic Accounting and Business Research*, Vol. 6 Iss 1

Ismail Cebeci, (2012), "*Integrating the social maslaha into Islamic finance*", *Accounting Research Journal*, Vol. 25 Iss 3 p. 166

Assurances et gestion des risques, vol. 78(3-4), octobre 2010-janvier 2011

Financial Times, *lexique*

Islamic financial news (IFN)

Rapports Zawya Insurance Research Centre, 2014

Reuters international

Mher, M. H., & Ahmad, T. P. (2011). CONCEPTUAL AND OPERATIONAL DIFFERENCES BETWEEN GENERAL TAKAFUL AND CONVENTIONAL INSURANCE. *Australian Journal of Business and Management Research*, 1(8), 23

Alhabshi, S. O., & Razak, S. H. S. A. (2010). TAKAFUL: CONCEPT, HISTORY, DEVELOPMENT, AND FUTURE CHALLENGES OF ITS INDUSTRY. *Islam and Civilisational Renewal*, 1(2), 276-291,391-392,395

Wahab A, Lewis M, Hassan M. Islamic takaful: Business models, Shariah concerns, and proposed solutions. *Thunderbird International Business Review* [serial online]. May 2007;49(3):371-396

Asmak Ab Rahman, Wan Marhaini Wan Ahmad, *The Concept of Waqf and its Application in an Islamic Insurance Product: The Malaysian Experience*

Arbouna, Mohammed Burhan. "The Operation of Retakaful (Islamic Reinsurance) Protection." *Arab Law Quarterly* 15.4 (2000): 335-62

Rahman, A. A., Ahmad, W. M. W., & Buang, A. H. (2011). Can a takaful company reinsure with a reinsurance company? *African Journal of Business Management*, 5(30), 11768-11778
Les Echos, *Takaful ce mutualisme oublié*, 2015

Rapport Pew Research Center

Rapport Deloitte, *The way forward for Takaful Spotlight on growth, investment and regulation in key markets*

Rapport Jouini-Pastré, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, 2008

Thèse

Yuosef Abdullah Alhumoudi , *ISLAMIC INSURANCE TAKAFUL AND ITS APPLICATIONS IN SAUDI ARABIA*, Brunel University, 2012

Sites internet

<http://www.politique-africaine.com/numeros/pdf/031102.pdf>

<http://ireenat.univ-lille2.fr/articles-en-ligne/droit-musulman-expose-des-sources.html>

<http://www.bsabh.com/takaful-in-iran-new-frontier-or-false-dawn/>

http://www.takaful.coop/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=40

http://www.econostrum.info/La-progression-de-l-assurance-islamique-en-Tunisie-liee-a-celle-de-l-assurance-conventionnelle_a20634.html

<http://www.argusdelassurance.com/acteurs/le-developpement-du-takaful-en-france-coince-entre-freins-et-opportunités-dossier.97764>

Autre

Coran

Code des assurances français

Code civil français

Code de la consommation français

Code monétaire et financier français

Cours de Madame Goré, Grands systèmes de droit contemporains, Paris II 2015

Cours du Professeur M.Jahel, *Droit des pays arabes*, Paris II 2016

Normes de l'AAOIFI concernant le Takaful

Normes de l'IFSB concernant le Takaful

Constitution française de la Vème république

Annexe : Les produits et compagnies Takaful en France

Les contrats takaful distribués en France

Nom de la police	Compagnie	Type	Modalités	Cible
Salam Épargne & Placement	SwissLife	Assurance vie multisupport adossée à la sicav Salam-Pax fonds comprenant des OPCVM charia-compatibles.	Versement libre à l'ouverture : 3 000 € ou 75 € par mois.	Classe moyenne et CSP+ (salariés, professions libérales, artistes, chefs d'entreprise, TNS)
Amâne Exclusive Life	Vitis Life	Assurance vie adossée à des fonds de placement externe (OPC) en unités de compte.	Prime initiale minimale : 250 000 €. Primes complémentaires minimales : 50 000 €. Frais de souscription : 3,50 % sur chaque prime brute maximum. Frais de gestion : 1,20 % par an.	Très hauts revenus, sportifs de haut niveau
Ethra'a Takaful Famille	Azurite Courtage	Assurance vie adossée à trois modules d'investissement internes : ME Cash Strategy (sukuks notamment), ME Fund Select (fonds gérés par d'autres acteurs sur les principes de la charia), ME Stock Strategy (investissement en direct dans des sociétés charia-compatibles). Elle combine un volet prévoyance (garantie décès, perte totale et irréversible d'autonomie, garantie perte d'emplois) et un volet investissement.	Prime minimale : 50 € par mois (uniquement en primes périodiques). Prime maximale : 500 € par mois. Frais sur versement : 1 %. Frais de gestion : 0,28 % de l'encours.	Jeunes actifs

Source : L'Argus N° 7423

Table des matières

Introduction p.5

Titre I : L'assurance Takaful, une alternative islamique à l'assurance conventionnelle.....p.9

Chapitre 1 : Une assurance éthique et islamique.....p.9

Section 1 : Des prémices de l'assurance à l'arrivée de l'assurance Takaful dans le monde musulman.....p.9

§1 : Des formes d'entraide à l'assurance conventionnelle.....p.9

§ 2 : L'essor du Takaful, une assurance islamique.....p.13

Section 2 : L'assurance conventionnelle, une assurance non conforme aux prescriptions islamiquesp.16

§1 : Les sources islamiques du Takaful.....p.16

a) Les sources primaires.....p.17

b) Les sources juridiques dites secondaires.....p.18

c) La coutume et la jurisprudence.....p.19

d) Les normes internationales.....p.20

§2 : L'assurance conventionnelle, une assurance proscrite suscitant des débats.....p.21

a) Les raisons du rejet de l'assurance conventionnelle.....p.21

a-1) Une assurance comportant de l'aléap.21

a-2) Une assurance usurairep.23

a-3) Une assurance se fondant sur un risque spéculatifp.25

a-4) Une assurance aux investissements interdits.....p.25

b) Les débats entre les savants concernant l'assurance conventionnelle.....
.....p.26

b-1) Les savants interdisant totalement l'assurance.....p.26

b-2) Les savants interdisant partiellement l'assurance.....p.27

b-3) Les savants soutenant sans réserves l'assurance.....p.28

Chapitre 2 : L'assurance Takaful, une assurance hybride entre charia et assurance conventionnelle.....p.30

Section 1 : Une assurance charia compatiblep.30

§1 : Une assurance islamiste à la qualification difficile.....p.30

§2 : Une assurance d'inspiration mutualiste.....p.33

Section 2 : Une assurance aux structures complexes.....p.37

§1 : La prime dans l'assurance Takaful.....p.37

§2 : Le fonctionnement des deux fondsp.39

§3 : L'existence d'un conseil religieux ou « sharia board ».....p.41

Titre II : L'assurance Takaful face aux enjeux réglementaires et économiques.....p.44

Chapitre 1 : Une réglementation éparse selon les pays.....p.44

Section 1 : Les cas des grands pays musulmans.....p.44

§1 : Au Moyen-Orient et du golfe persique.....p.44

§2 : En Asie.....p.46

§3 : En Afriquep.47

Section 2 : Le cas particulier de la France.....p.49

Chapitre 2 : Les variantes et déclinaisons du Takaful.....p.53

Section 1 : Les différents modèles juridiquesp.53

§ 1 : Le modèle mudaraba.....p.53

§ 2 : Le modèle wakala.....p.54

§ 3 : Le modèle hybride entre wakala et mudaraba.....p.55

§ 4 : Le modèle waqf.....p.55

Section 2 : Le Retakaful, une alternative islamique à la réassurance conventionnelle.....p.56

Conclusion générale.....	p.58
Bibliographie.....	p.60
Annexe	p.64