

L'arbitrage des litiges de la finance participative à l'épreuve de la Charia

Essai comparé sur l'harmonisation normative entre droit marocain et droit français

Arbitration of Participatory (Islamic) Finance Disputes Tested by Sharia : A Comparative Essay on Normative Harmonization between Moroccan and French Law

Mohamed TAHARI

Doctorant en droit privé, formation doctorale « Sciences Juridiques et Politiques »

Laboratoire de droit des affaires, FSJP de Settât, Université Hassan Ier

Sous la direction du Professeur Yahya ALOUI, FSJP de Settât, Université Hassan Ier

Résumé :

L'essor de la finance participative confronte le droit de l'arbitrage à une difficulté inédite : concilier l'impératif d'harmonisation normative, porté par les instruments universels du commerce international, avec les exigences substantielles de la Charia qui irriguent les contrats financiers islamiques. À partir d'une comparaison entre le droit marocain récemment rénové par la loi n° 95-17 du 24 mai 2022 et le droit français de l'arbitrage issu de la réforme de 2011, la présente étude analyse les tensions et les complémentarités entre standardisation et conformité religieuse. Elle soutient que la Charia opère tout à la fois comme une limite, au titre de l'ordre public et de l'arbitrabilité, et comme une ressource d'innovation procédurale, et propose des voies de conciliation reposant sur l'ingénierie contractuelle, la gouvernance charaïque et le recours à la médiation.

Mots-clés : arbitrage finance participative Charia harmonisation normative droit comparé Maroc France ordre public médiation.

Abstract

The rise of participatory finance confronts arbitration law with an unprecedented challenge : reconciling the imperative of normative harmonization carried by the universal instruments of international commerce with the substantive requirements of Sharia that permeate Islamic financial contracts. Drawing on a comparison between Moroccan law, recently overhauled by Law No. 95-17 of 24 May 2022, and French arbitration law as reformed in 2011, this study analyzes the tensions and complementarities between standardization and religious compliance. It argues that Sharia operates simultaneously as a limit through public policy (ordre public) and arbitrability and as a resource for procedural innovation, and it proposes avenues of reconciliation grounded in contractual engineering, Sharia governance, and recourse to mediation.

Keywords : arbitration ; participatory (Islamic) finance ; Sharia ; normative harmonization ; comparative law ; Morocco ; France ; public policy ; mediation.

Introduction

La finance participative, déclinaison contemporaine de la finance islamique, s'est imposée en l'espace de deux décennies comme un compartiment dynamique du système financier mondial.⁵⁰³⁸ Fondée sur le partage des profits et des pertes, l'adossé à des actifs tangibles et la prohibition de l'intérêt, elle propose une alternative éthique aux modèles conventionnels. Le Maroc, après une longue période de prudence, l'a consacrée juridiquement en ouvrant son secteur

⁵⁰³⁸ Selon les données usuellement avancées par les rapports sectoriels, le secteur de la finance islamique gère plusieurs milliers de milliards de dollars d'actifs à l'échelle mondiale, porté par une croissance soutenue depuis les années 2000.

bancaire aux banques participatives.⁵⁰³⁹ Or, le développement de cette industrie s'accompagne d'un contentieux spécifique, dont la résolution ne peut être abandonnée aux seuls tribunaux étatiques : la technicité des opérations, leur dimension transfrontalière et l'exigence de discrétion commandent le recours aux modes alternatifs de règlement des différends, au premier rang desquels figure l'arbitrage.

L'arbitrage présente, pour ce secteur, un avantage décisif. Il offre, par le jeu de la Convention de New York de 1958, un régime de circulation internationale des sentences que nul jugement étatique n'égale.⁵⁰⁴⁰ Mais il révèle aussi une tension structurelle. D'un côté, l'efficacité de l'arbitrage repose sur l'harmonisation des règles : reconnaissance mutuelle des sentences, standardisation des procédures, convergence des standards déontologiques. De l'autre, la finance participative est porteuse d'une normativité substantielle la Charia qui obéit à une logique propre, irréductible à la seule rationalité du commerce international. La question se pose alors en des termes nets : comment harmoniser sans dénaturer ? Comment intégrer l'exigence de conformité religieuse dans un dispositif arbitral conçu pour la neutralité et la prévisibilité ?

La comparaison du droit marocain et du droit français offre un terrain d'observation privilégié de cette tension. Le premier, héritier d'une tradition juridique mixte, vient de se doter d'un cadre rénové de l'arbitrage et de la médiation par la loi n° 95-17.⁵⁰⁴¹ Le second, place arbitrale de premier plan, a réformé sa matière en 2011 et continue d'irriguer la doctrine et la pratique de l'arbitrage international.⁵⁰⁴² Tous deux partagent un socle conventionnel commun, mais se distinguent par leur rapport à la normativité religieuse, ce qui éclaire les voies possibles d'une conciliation.

Il s'agira de montrer que l'arbitrage des litiges financiers participatifs est saisi par un puissant impératif d'harmonisation normative (I), avant d'établir que la Charia y joue un rôle ambivalent, de limite autant que de ressource, dont la lecture comparée dégage des voies de conciliation (II).

I. L'arbitrage des litiges financiers participatifs saisi par l'impératif d'harmonisation normative

L'harmonisation procède de deux mouvements complémentaires : la consolidation d'un socle conventionnel et législatif commun de l'arbitrage commercial (A), et l'émergence d'une normalisation spécifique à la finance participative, qui aspire à constituer un langage prudentiel partagé (B).

A. Le socle conventionnel et législatif commun de l'arbitrage commercial

La première strate de l'harmonisation est universelle. La Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, adoptée en 1985 et amendée en 2006, a fourni aux législateurs un modèle qui a essaimé sur tous les continents.⁵⁰⁴³ Le droit marocain s'inscrit dans cette filiation : la loi n° 95-17 reprend la définition consensuelle de l'arbitrage comme soumission volontaire d'un litige à un

⁵⁰³⁹Loi n° 103-12 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés, promulguée par le dahir n° 1-14-193 du 1er rabii I 1436 (24 décembre 2014), B.O. n° 6328 du 22 janvier 2015, spéc. titre III consacré aux banques participatives (Mourabaha, Ijara, Moucharaka, Moudaraba).

⁵⁰⁴⁰Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958, entrée en vigueur le 7 juin 1959, ratifiée par plus de 170 États, dont le Maroc et la France.

⁵⁰⁴¹Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, promulguée par le dahir n° 1-22-34 du 23 chaoual 1443 (24 mai 2022), B.O. n° 7099 du 13 juin 2022 (version arabe) ; version française au B.O. n° 7480 du 5 février 2026. Le texte, composé de 105 articles répartis en trois titres, abroge le chapitre VIII du titre V du Code de procédure civile.

⁵⁰⁴²Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, codifié aux articles 1442 à 1527 du Code de procédure civile français (art. 1442 à 1503 pour l'arbitrage interne, art. 1504 à 1527 pour l'arbitrage international).

⁵⁰⁴³Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985, amendée en 2006, Doc. A/40/17 et A/61/17.

tribunal arbitral⁵⁰⁴⁴ et consacre un régime distinct de l'arbitrage international, désormais défini par le seul critère de l'établissement à l'étranger de l'une des parties.⁵⁰⁴⁵ Le droit français, quant à lui, distingue de longue date l'arbitrage interne de l'arbitrage international et soumet ce dernier à un régime libéral, dont le contrôle se limite, au stade du recours en annulation, à un nombre restreint de cas d'ouverture.⁵⁰⁴⁶

La deuxième strate est celle de la circulation des sentences. La Convention de New York demeure la clef de voûte de l'efficacité arbitrale : elle impose aux États contractants de reconnaître et d'exécuter les sentences étrangères sous réserve d'un nombre limité de motifs de refus. À ce dispositif s'ajoutent, pour le contentieux de l'investissement, la Convention de Washington instituant le CIRDI,⁵⁰⁴⁷ et, sur le plan régional, des instruments tels que la Convention européenne de Genève de 1961⁵⁰⁴⁸ ou, dans l'espace africain, l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage.⁵⁰⁴⁹ La pratique institutionnelle, enfin, parachève cette convergence : les règlements des grands centres, à l'image de celui de la Chambre de commerce internationale, diffusent des standards procéduraux largement repris.⁵⁰⁵⁰

Ce maillage produit un effet d'attraction normative considérable. Pour le secteur participatif, il garantit qu'une sentence rendue à Casablanca, à Paris ou à Manama bénéficiera d'une exécution prévisible. Toutefois, cette harmonisation demeure formelle : elle organise la procédure et la circulation des décisions, sans préjuger du fond, c'est-à-dire de la substance des règles auxquelles les parties ont entendu soumettre leur opération. C'est précisément sur ce terrain substantiel que la finance participative appelle une normalisation propre.

B. La normalisation spécifique de la finance participative : vers un langage prudentiel commun

Là où le droit de l'arbitrage harmonise la forme, l'industrie financière islamique a construit, en parallèle, une harmonisation du fond. L'Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI), établie à Bahreïn, élabore des normes charaïques, comptables et de gouvernance devenues la principale compilation contemporaine du fiqh des transactions.⁵⁰⁵¹ Leur traduction française, validée par l'organisation, en a accru la diffusion dans l'espace francophone.⁵⁰⁵² À ses côtés, l'Islamic Financial Services Board (IFSB), institué à Kuala Lumpur,

⁵⁰⁴⁴Loi n° 95-17, préc., art. 1er, qui définit l'arbitrage comme la soumission d'un litige à un tribunal arbitral recevant des parties la mission de juger en vertu d'une convention d'arbitrage.

⁵⁰⁴⁵Loi n° 95-17, préc., art. 71 à 85, relatifs à l'arbitrage international, dont le critère de qualification repose désormais sur l'établissement à l'étranger de l'une des parties au contrat.

⁵⁰⁴⁶CPC français, art. 1520, qui énumère limitativement les cas d'ouverture du recours en annulation contre une sentence arbitrale internationale, notamment, au 5°, la contrariété de la reconnaissance ou de l'exécution à l'ordre public international.

⁵⁰⁴⁷Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, conclue à Washington le 18 mars 1965 (Convention CIRDI), instituant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

⁵⁰⁴⁸Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, conclue à Genève le 21 avril 1961.

⁵⁰⁴⁹OHADA, Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, adopté le 11 mars 1999 et révisé le 23 novembre 2017, applicable dans les dix-sept États parties au Traité de Port-Louis.

⁵⁰⁵⁰Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), en vigueur depuis le 1er janvier 2021, qui encadre notamment la procédure, la constitution du tribunal arbitral et l'examen préalable des sentences par la Cour internationale d'arbitrage.

⁵⁰⁵¹Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI), organisation internationale indépendante à but non lucratif fondée en 1990 et établie à Manama (Bahreïn), élaborant des normes charaïques, comptables, d'audit, de gouvernance et d'éthique pour les institutions financières islamiques.

⁵⁰⁵²Commission Finance Islamique de Paris EUROPLACE, Normes Charia de l'AAOIFI en français, vol. 1, Paris, Eska, rassemblant les principales normes charaïques officiellement validées par l'AAOIFI dans leur traduction française.

édicte des normes prudentielles et de gouvernance.⁵⁰⁵³ Sa norme IFSB-10 systématise notamment le rôle du comité de conformité à la Charia au sein des institutions financières.⁵⁰⁵⁴ Enfin, l'Académie internationale du fiqh islamique, organe doctrinal relevant de l'Organisation de la coopération islamique, exerce une influence déterminante sur la qualification charaïque des opérations.⁵⁰⁵⁵ Cette architecture normative poursuit un objectif explicite : réduire l'hétérogénéité des interprétations et conférer une prévisibilité au secteur. Elle se heurte cependant à une difficulté tenace, la pluralité des écoles juridiques (madhāhib), qui autorise des solutions divergentes selon les aires géographiques et les traditions doctrinales.⁵⁰⁵⁶ Une opération jugée conforme dans une juridiction du Golfe pourra susciter des réserves au Maghreb. Cette diversité interne à la Charia complique l'élaboration de règles arbitrales uniformes et constitue le point de jonction critique entre les deux mouvements d'harmonisation : celui, formel, du droit de l'arbitrage, et celui, substantiel, de la finance islamique.

Dès lors, l'enjeu n'est pas de superposer deux harmonisations parallèles, mais de penser leur articulation. Or cette articulation bute sur un obstacle dont la nature n'est plus seulement technique mais axiologique : la Charia n'est pas un corps de règles supplétives, elle porte des valeurs qui peuvent entrer en concurrence avec celles de l'ordre juridique du for. C'est cette ambivalence qu'il convient à présent d'analyser.

II. La Charia, limite et ressource de l'harmonisation : lecture comparée Maroc–France

La Charia se présente sous un double visage dans le procès arbitral. Elle agit d'abord comme une limite, mobilisant les concepts d'ordre public et d'arbitrabilité (A) ; elle constitue ensuite une ressource, ouvrant des voies de conciliation par l'ingénierie contractuelle, la gouvernance charaïque et la médiation (B).

A. Les zones de friction : ordre public, arbitrabilité et conformité substantielle

La première friction concerne la loi applicable au fond. La Charia n'étant pas le droit d'un État déterminé, sa désignation comme loi du contrat soulève la question de sa qualification : règle de droit ou simple stipulation contractuelle ? La jurisprudence comparée illustre la prudence des juridictions occidentales. Dans l'affaire Shamil Bank of Bahrain, la Cour d'appel d'Angleterre a refusé de tenir la Charia pour la loi régissant le contrat, lui préférant le droit anglais désigné par la clause, au motif qu'un système juridique non étatique ne pouvait, en l'espèce, jouer ce rôle.⁵⁰⁵⁷⁵⁰⁵⁸⁵⁰⁵⁹ Cette solution révèle un point de tension durable : les principes substantiels de la Charia prohibition

⁵⁰⁵³Islamic Financial Services Board (IFSB), organisme international créé en 2002 et établi à Kuala Lumpur, chargé d'élaborer des normes prudentielles et de gouvernance pour le secteur des services financiers islamiques.

⁵⁰⁵⁴IFSB-10, Guiding Principles on Shari'ah Governance Systems for Institutions offering Islamic Financial Services, décembre 2009, qui systématise le rôle du comité de conformité à la Charia (Shari'ah board) au sein des institutions financières islamiques.

⁵⁰⁵⁵Académie internationale du fiqh islamique (International Islamic Fiqh Academy), instituée au début des années 1980 sous l'égide de l'Organisation de la coopération islamique et établie à Djeddah, dont les résolutions exercent une influence doctrinale majeure sur la qualification charaïque des opérations financières.

⁵⁰⁵⁶Sur la pluralité des écoles juridiques (madhāhib) et les usages contemporains de la référence au droit islamique, V. B. DUPRET (dir.), La charia aujourd'hui : usages de la référence au droit islamique, Paris, La Découverte, coll. « Recherches », 2012, 301 p.

⁵⁰⁵⁷L'interdiction du ribā (usure ou intérêt) et celle du gharar (aléa excessif) constituent les prohibitions cardinales du droit musulman des transactions (fiqh al-mu'āmalāt), structurant l'ensemble des produits de la finance participative.

⁵⁰⁵⁸Le tahkim (arbitrage) et le sulh (conciliation, transaction) sont des institutions classiques du fiqh, antérieures à la codification moderne, et constituent des modes éprouvés de règlement des différends en droit musulman.

⁵⁰⁵⁹Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd & others [2004] EWCA Civ 19, Court of Appeal of England and Wales, 28 janvier 2004, où le juge anglais a écarté l'application directe de la Charia comme loi du contrat, au profit du droit anglais désigné par la clause de droit applicable.

du ribā et du gharar, exigence d'adossement à un actif peinent à se couler dans les catégories du droit international privé classique.

La deuxième friction touche à l'ordre public. En droit français, la reconnaissance d'une sentence peut être refusée si elle heurte l'ordre public international ; le contrôle, longtemps restreint, connaît un regain de vigueur en matière de probité et de licéité.⁵⁰⁶⁰ En droit marocain, le juge de l'exequatur dispose d'un pouvoir analogue, et la conformité à l'ordre public figure parmi les conditions de la reconnaissance des sentences sous l'empire de la loi n° 95-17. La difficulté, pour les opérations participatives, est double : une sentence qui appliquerait fidèlement la Charia pourrait se heurter à l'ordre public d'un for laïque, tandis qu'une sentence qui l'écarterait pourrait être tenue pour inacceptable par les parties qui avaient précisément entendu s'y soumettre.

La troisième friction est celle de l'arbitrabilité et de la cohérence des standards. La diversité des interprétations charaïques, déjà évoquée, fragilise la prévisibilité du résultat ; et l'irruption des technologies contrats intelligents, plateformes de finance décentralisée ajoute une strate de complexité à l'harmonisation des règles et des procédures.⁵⁰⁶¹⁵⁰⁶² Ces frictions ne condamnent pourtant pas l'entreprise d'harmonisation : elles en dessinent les bornes et invitent à mobiliser la Charia, non plus comme un obstacle, mais comme une ressource d'aménagement.

B. Les voies de conciliation : ingénierie contractuelle, gouvernance charaïque et médiation

La première voie de conciliation est contractuelle. Plutôt que de désigner la Charia comme loi du contrat désignation à l'efficacité incertaine devant un for étatique, la pratique recommande d'incorporer les exigences charaïques par voie de clauses substantielles précises, adossées aux normes de l'AAOIFI, tout en retenant une loi étatique comme droit applicable. Le tribunal arbitral applique alors un droit identifiable, mais interprété à la lumière des stipulations charaïques que les parties ont expressément intégrées. Cette technique de l'incorporation matérielle réconcilie la sécurité juridique recherchée par le droit de l'arbitrage et la conformité religieuse voulue par les parties.

La deuxième voie est institutionnelle. La gouvernance charaïque, structurée autour des comités de conformité que systématise la norme IFSB-10, peut être prolongée dans le dispositif de règlement des litiges : recours à des arbitres possédant la double compétence, juridique et charaïque, voire institution de mécanismes d'avis préalable sur la conformité de l'opération. La crédibilité de ces dispositifs suppose toutefois le respect des standards déontologiques universels de l'arbitrage indépendance et impartialité, tels que les codifient les lignes directrices de l'International Bar Association. La conformité religieuse ne saurait servir de prétexte à un affaiblissement des garanties procédurales fondamentales.

La troisième voie est celle des modes consensuels. La médiation, que la loi n° 95-17 dote désormais d'un régime autonome,⁵⁰⁶³ épouse particulièrement l'esprit de la finance participative, dont les racines plongent dans les institutions classiques du sulh et du tahkīm. En privilégiant la recherche d'un accord sur l'affrontement, elle ménage la dimension éthique du secteur et préserve les relations d'affaires. Couplée aux dispositifs de résolution en ligne y compris ceux adossés à la

⁵⁰⁶¹IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, International Bar Association, 2014 (révisées en 2024), instrument de droit souple largement reçu en matière d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre.

⁵⁰⁶²IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, International Bar Association, 2020, fréquemment incorporées par référence dans les procédures arbitrales internationales afin d'en accroître la prévisibilité.

⁵⁰⁶³Loi n° 95-17, préc., titre II, relatif à la médiation conventionnelle, qui consacre un régime autonome de la médiation et du document de transaction signé par les parties et le médiateur.

technologie de registre distribué,⁵⁰⁶⁴ elle ouvre la perspective d'une justice participative à la fois rapide, transparente et respectueuse des spécificités substantielles, sous réserve que les standards internationaux de probité financière demeurent garantis.⁵⁰⁶⁶

Ainsi conçue, l'harmonisation cesse d'être un exercice de standardisation uniformisante pour devenir un travail d'articulation : non pas effacer la Charia au nom de l'universel arbitral, ni sacrifier la sécurité juridique au nom de la singularité religieuse, mais composer un ordre procédural accommodant, où la conformité substantielle se loge dans des formes éprouvées et reconnues.

Conclusion

L'arbitrage des litiges de la finance participative met à l'épreuve la capacité du droit contemporain à harmoniser sans uniformiser. La comparaison du droit marocain, rénové par la loi n° 95-17, et du droit français de l'arbitrage révèle un socle commun solide conventionnel, législatif et institutionnel sur lequel peut se greffer la normativité substantielle de la Charia, dès lors que celle-ci est maniée avec discernement. La Charia y demeure une limite, par le jeu de l'ordre public et de l'arbitrabilité ; mais elle se révèle aussi une ressource, lorsqu'elle inspire des techniques d'ingénierie contractuelle, une gouvernance dédiée et un recours accru à la médiation.

La voie d'avenir paraît résider moins dans la construction d'un ordre arbitral islamique autonome que dans l'aménagement maîtrisé des dispositifs existants. Un tel chantier appelle une coopération renforcée entre législateurs, organismes de normalisation et institutions arbitrales, ainsi qu'un effort doctrinal soutenu, auquel la recherche juridique marocaine, attentive à son double héritage, est singulièrement bien placée pour contribuer.

⁵⁰⁶⁴ Sur l'arbitrage décentralisé et les protocoles de résolution des litiges adossés à la blockchain, V. L. BERGOLLA, K. SERAJ et C. EKEN, « Kleros : A Socio-Legal Case Study of Decentralized Justice & Blockchain Arbitration », Ohio State Journal on Dispute Resolution, vol. 37, 2022.

⁵⁰⁶⁵ Sur les enjeux de l'exécution des sentences, de la détermination du siège et de la sécurité des plateformes, V. GIDE LOYRETTE NOUEL, « Blockchain, contrats intelligents et modes alternatifs de règlement des différends », étude, 2022, qui préconise des solutions hybrides combinant arbitrage « off chain » et « on chain ».

⁵⁰⁶⁶ La Financial Action Task Force (FATF / GAFI) élabore des standards internationaux en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, dont la transposition conditionne la confiance dans les circuits financiers, y compris participatifs.