



Application du Waqf via Sukuk-Ijara et contrat du BOT : Focus sur le droit international privé

Application of the Waqf via Sukuk-Ijara and BOT contract: Focus on private international law

ABRIGHACH Safae

Docteur en Droit Privé à la Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion

Université de Strasbourg

Ecole doctorale des sciences juridiques ED101

France

Date de soumission : 12/09/2022

Date d'acceptation : 01/12/2022

Pour citer cet article :

ABRIGHACH S. (2022) « Application du Waqf via Sukuk-Ijara et contrat du BOT : Focus sur le droit international privé », Revue Internationale du Chercheur « Volume 3 : Numéro 4 » pp : 304 – 323

Digital Object Identifier : <https://doi.org/10.5281/zenodo.7396468>

Résumé

Le Waqf est défini comme étant une donation faite à perpétuité au profit d'une œuvre d'utilité publique ou charitable. Placé dans un contexte de modernisation, ce concept est devenu un atout pour l'amélioration des activités non lucratives. En l'occurrence, la finance islamique a adopté plusieurs mécanismes faisant du Waqf le centre de financement des divers secteurs socio-économiques. Le présent travail sera limité à l'analyse juridique de deux mécanismes en la matière à savoir : le Waqf Sukuk Ijara et le Build Operate Transfer Waqf (BOT-Waqf). L'étude sera en ce sens focalisée sur le droit international privé en procédant à l'analyse des dits contrats en présence et en absence du principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle consacré par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et par le Règlement de Rome I sur la loi applicables aux obligations contractuelles du 17 juin 2008. L'objectif est d'analyser les conséquences juridiques des différents montages financiers pour en faire un investissement durable au service de la communauté internationale.

Mots clés : Waqf Sukuk Ijara ; BOT-Waqf ; droit international privé ; autonomie de volonté ; Loi applicable aux obligations contractuelles

Abstract

The Waqf is defined as a donation made in perpetuity for the benefit of a public or charitable work. Placed in a context of modernization, this concept has become an asset for the improvement of non-profit activities. In this case, Islamic finance has adopted several mechanisms making the Waqf the center of financing for the various socio-economic sectors. This work will be limited to the legal analysis of two mechanisms in this area, namely: the Waqf Sukuk Ijara and the Build Operate Transfer Waqf (BOT-Waqf). In this sense, the study will focus on private international law by analyzing the said contracts in the presence and absence of the principle of autonomy of will and contractual freedom enshrined in the Rome Convention of 19 June. 1980 on the law applicable to contractual obligations and by the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations of 17 June 2008. The objective is to analyze the legal consequences of the various financial arrangements to make a sustainable investment in the service of the international community.

Keywords: Waqf Sukuk Ijara; BOT-Waqf; Private International Law ; autonomy of will; Law applicable to contractual obligations

Introduction

Le Waqf porte sur une fondation charitable, perpétuelle et inaliénable (Leben 2018) dont l'objectif consiste à immobiliser un bien en affectant l'usufruit à un bénéficiaire précis (Zarqa 1997). Bien que les versets coraniques sur la charité soient nombreux, aucun verset n'a été spécifiquement dédié au Waqf. Ce dernier est cité d'une manière claire en matière de la Sunna¹.

En effet, l'histoire atteste que l'arrivée du Prophète (BSL) et l'avènement de l'islam ont fait naître une administration des awqafs indépendante de l'Etat et de l'Eglise. Le récit d'Ibn Jubayr sur ses voyages dans son livre « *Relation de voyages* » durant l'année 1184 (581 H), représente un témoignage avantageux sur l'évolution de l'institution des Awqafs à Damas et d'autres pays. L'empire des ottomans, qui était reconnu pour la prolifération de plusieurs édifices d'ordre économique et social, s'emparait de terres agricoles spacieuses et d'autres biens immobiliers. Le bénéfice issu de l'administration de ces biens était servi aux activités sociales, éducatives et religieuses (Oubdi & Raghbi 2018). Grâce aux Awqafs impériaux, des écoles primaires et des établissements pour l'enseignement supérieur ont été bâtis. Fondée en 970, Al-Azhar fut financée par le biais du Waqf et devint par la suite le siège de l'université d'Al-Azhar pour les disciplines islamiques et arabiques (Lane & Redissi 2009). A cette époque, les mutations de statut de biens Waqfs en biens privés étaient régies par le code civil ottoman (*Majallat al-Ahkâm al-Adliyya*) qui était promulgué en 1876.

Par ailleurs, le Waqf ne se limite pas aux pays arabes dans la mesure où le mécanisme s'est également répandu dans des pays à minorité musulmane. En plus de son existence sur le territoire français (*Al Waqf France*), la CIFIE a récemment créé un financement participatif nommé « *Waqf intelligent* » ou « *smart Waqf* » pour lancer le grand chantier de Waqf en France. Son objectif consiste à financer des projets d'éducation et d'enseignement pour les musulmans en France. En 1975, le Trust Islamique Nord-américain (NAIT) a été enregistré dans l'Etat indien en fixant comme principal objectif la promotion des Awqafs en Amérique

¹ Ce hadith est rapporté par Omar IBN AL-KHATTAB (DAS) qui a dit au Prophète (BSL) : Oh Prophète, j'ai pu acquérir un bien, jamais égalé, à Khaibar, que veux-tu que j'en fasse avec? Le Prophète (BSL) lui répondit : " *Tu peux l'immobiliser sous forme de charité à condition qu'il ne peut faire l'objet de vente, d'achat, de donation ou de succession*". Ibn Omar raconta alors que son père, Omar, a fait largesses de son bien sous conditions qu'il ne peut faire l'objet de vente, de donation ou de succession. Cette charité est destinée aux pauvres, aux proches parents, aux esclaves, aux invités et au voyageur en détresse. La personne qui s'occupe de la gestion (du bien immobilisé) peut légitimement être rémunérée en conséquence, sans abus »

du nord. Quelques années plus tard, une organisation similaire a vu le jour à Ontario au Canada.

Dans la pratique, les problèmes des institutions de Waqf sont généralement liés au manque de financement. Face à une telle situation, la finance islamique a inventé de nouvelles solutions dont le mécanisme de Waqf Sukuk déjà émis à Singapour, en Arabie Saoudite et en Malaisie (Adamu & Shehu). Les Sukuks sont définis par la norme 17 de l'organisation internationale d'audit et des normes comptables pour les institutions financières islamiques (AAOIFI) comme étant : « *des certificats de valeur égale représentant des parts indivises de propriété d'actifs tangibles, d'usufruits ou de services, ou la propriété d'actif d'un projet particulier ou d'une activité d'investissement spécifique* ». Il existe au moins 14 modalités de structuration des Sukuk dont les plus usitées sont : Sukuk Al-Ijara, Sukuk Al-Wakala/Mudarabah, Sukuk Al-Mucharakah, et Sukuk Al-Istisna'. Par ailleurs, il est également possible de combiner le mécanisme de Waqf avec celui du BOT (Build, Operate, Transfer). Ce dernier étant défini comme un mécanisme de Partenariat Public Privé (PPP).

De ce qui précède, il convient de poser le questionnement suivant : Quel statut juridique pour le Waqf Sukuk Ijara en droit international privé ? Et qu'en est-il de la formule BOT-Waqf ?

En l'occurrence, la première partie sera limitée au Waqf Sukuk Ijara en procédant à une analyse de droit international privé. (Partie 1). Ensuite, cette recherche sera axée sur le mécanisme du BOT-Waqf (Partie 2).

1. Mécanisme de Waqf Sukuk-Ijara dans le cadre du droit international privé

Comme précédemment invoqué, le Waqf consiste à immobiliser un bien dont l'usufruit sera destiné à un bénéficiaire général ou précis (Zarqa 1997). L'investissement du Waqf s'établit sur la base d'un contrat en vertu duquel certaines conditions sont stipulées pour sa validité, à savoir : un donateur en tant que Waqif, un bien mis en Waqf en tant que Mawquf et un bénéficiaire en tant que Mawquf lah.

« *Sukuk* » est le pluriel du terme en arabe « *Sak* » qui signifie « *acte, document juridique, chèque ou certificat* » (Storck & Cekici 2011). A la différence d'une obligation, le Sukuk porte sur un titre de copropriété d'un actif ou d'une activité d'investissement privée licite au regard du droit musulman (Dupichot 2010). Le porteur d'un Sak dispose ainsi d'un droit réel sur l'actif sous-jacent à l'opération qui lui permet de participer au profit et au risque de l'activité financée. C'est ainsi que le revenu d'une obligation adossé à un prêt demeure illicite

en raison des intérêts tandis que les revenus du Sukuk sont liés à l'actif ou à l'activité sous-jacente (Asset-Backed Security). La performance du Sukuk doit rémunérer uniquement l'investisseur et sans le recours aux intérêts. Par ailleurs, contrairement aux obligations où les résultats de l'émetteur n'influencent pas les obligataires, les souscripteurs des Sukuk, eux, partagent aussi bien les profits que les pertes (le principe de PPP en droit musulman). En outre, si le terme des obligations reste distinct de la fin de l'activité financée, celui du Sukuk est en principe lié au projet financé.

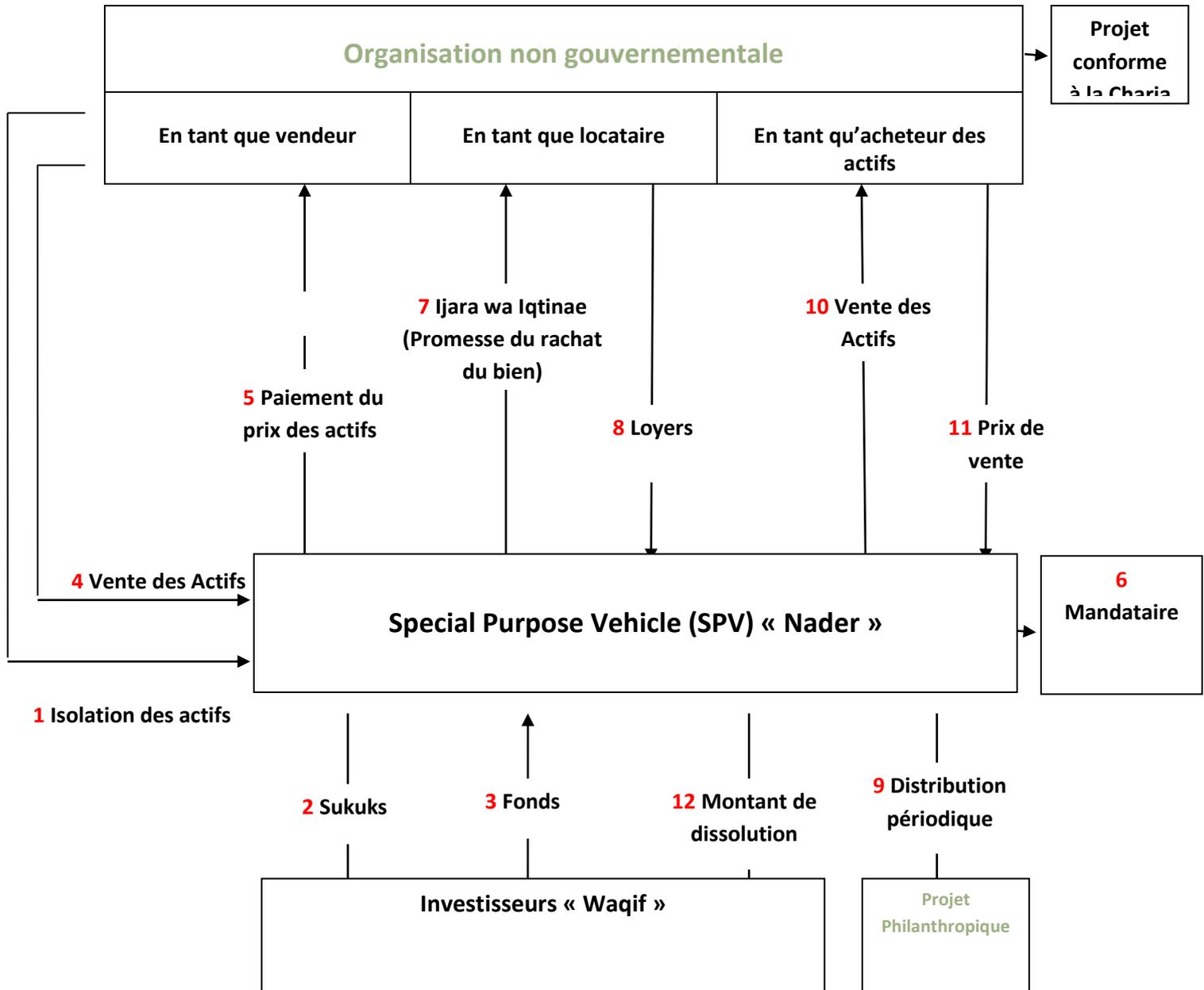
La certification du Sukuk tient lieu en 1988 par l'Académie de Fiqh de l'Organisation de la conférence Islamique (Bessedik 2013). En effet, les différentes structurations des Sukuk peuvent servir comme un outil permettant au mécanisme du Waqf de lever des fonds pour conserver ou développer son patrimoine (Tahiri Jouti 2013).

Pour la mise en place d'un Sukuk-Waqf, il convient en plus de créer une société ad-hoc (Special Purpose Vehicle) pour représenter les investisseurs, émettre des certificats et les mettre en circulation voire sécuriser le flux de trésorerie tout au long de la période du contrat. Les détenteurs du Sukuk sont des investisseurs intéressés par le projet et dont le certificat de Sukuk leur sert de preuve de leur investissement. La différence entre le Sukuk classique et le Sukuk-Waqf réside dans le but poursuivi et non la forme. Autrement dit, le détenteur d'un Sukuk vise à générer un profit derrière l'opération tandis que le but du détenteur d'un Sukuk-Waqf demeure non lucratif (Khairunnisa 2019).

1.1. Application du Waqf-Sukuk-Ijara

Pour éclairer la particularité du montage Waqf-Sukuk-Ijara et son rôle dans le financement des projets philanthropiques, voici une proposition de schéma :

Figure n° 1 : Mécanisme de Waqf-Sukuk-Ijara au niveau international



Source : Auteure

Suite au schéma susvisé, l'ONG qui est l'initiateur d'un projet philanthropique, procède à l'isolation des actifs immeubles au sein d'une société *ad-hoc* Special Purpose Vehicule laquelle émettra des Sukuks sur ses biens en effectuant un appel aux investisseurs sur le marché. La valeur de ces Sukuks sera celle de la participation au capital de la SPV. Cette dernière délivre aux investisseurs qui achètent les Sukuks des titres de participations au titre des certificats d'investissement. Dès lors que les fonds sont collectés, la SPV procède à l'achat de l'actif sous-jacent. L'optique est de mettre à la disposition de la SPV l'ensemble des fonds pour pouvoir acheter ledit bien. Ce dernier recevra le montant au comptant et livrera

l'actif à la SPV qui devra assumer l'ensemble des risques relatifs à la propriété du bien. Les porteurs de Sukuk (investisseurs) disposent d'un droit réel subjectif sur l'actif sous-jacent qui sera destiné par la suite à la location.

En ce sens, la SPV signera avec un tiers ou l'ONG un contrat d'Ijara-wa-iqtinae (crédit-bail conforme à la Charia) portant sur la location du bien immeuble avec une option d'achat à terme. En droit musulman, le fait de revendre un actif au vendeur initial renvoie au mécanisme de Bay' Al'Inah destinée à contourner le principe de l'interdiction des intérêts. Toutefois, une telle pratique a été autorisée par les érudits à condition que les deux transactions ne figurent pas dans le même contrat. En l'occurrence, l'ONG aura la qualité du crédit-preneur et devra payer au SPV un loyer périodique.

Dans le cadre du contrat de Waqf, les investisseurs ne percevront pas la rémunération qui portera en principe sur les loyers générés par ces actifs mis en location. Ces derniers seront plutôt utilisés au financement d'un ou plusieurs projets philanthropiques. Les détenteurs du Sukuk s'engageront, lors du contrat d'achat de Sukuk, à immobiliser les revenus générés par les actifs pour la période du contrat Ijara.

La clôture de l'opération de Sukuk-Ijara se réalisera ainsi par un versement fractionné du fonds versé ou par le rachat du bien à la fin du contrat (Charlin 2009) par l'ONG.

Grâce au mécanisme de Sukuk-Waqf-Ijara, le financement d'un projet caritatif sera accéléré tout en assurant sa durabilité. L'instrument met à la disposition de l'ONG des liquidités tout en lui assurant la récupération de ses actifs sous-jacents à la fin du contrat. Grâce au mécanisme du Waqf, les investisseurs participeront à un projet d'intérêt général conforme à la finalité du mécanisme et par conséquent deux instruments financiers islamiques seront désormais activés tout en contribuant au développement socio-économique du monde entier.

1.2 Conséquences juridiques d'un Sukuk-Waqf-Ijara

Afin de mettre en place une structuration de Sukuk-Waqf-Ijara, une panoplie de contrats s'installe pour la réalisation d'un tel projet, à savoir :

Un contrat d'achat et vente entre l'ONG et la SPV : En droit international privé, la loi applicable en matière contractuelle est souvent liée au principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle (Art. 3 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 et du règlement de Rome I). A défaut d'une telle clause, l'autorité compétente saisie (juge ou arbitre) doit, selon l'institut de droit international, préciser la loi applicable au différend «

en recherchant l'intention tacite des parties, ou à défaut en se fondant sur des critères objectifs». N'ayant aucune définition claire en matière de vente internationale, l'article 1582 du Code civil français définit le contrat de vente comme étant : « une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé ». Le caractère synallagmatique du contrat entraîne des droits et obligations à l'égard des deux parties. En l'occurrence, le contrat qui sera signé dans le présent cas forme un lien juridique entre une ONG et une personne morale de droit privé notamment la SPV. Le critère international de la transaction se manifeste par trois points à savoir : d'une part, l'offre issue d'une ONG et de l'autre l'acceptation de cette offre provenant d'une personne morale de droit privé dont on ignore l'Etat de son siège social et du bien immeuble. Bien qu'il soit possible de mettre en jeu plusieurs droits nationaux (Chatillon 2011), la pratique internationale consiste à appliquer la loi dans lequel se situe le bien immeuble (Article 9, paragraphe 6 de la convention de Rome du 19 juin 1980 et article 4 paragraphe 1 du règlement de Rome I). Autrement dit, il s'agit de la loi du pays avec lequel il présente des liens des plus étroits. Le contrat de vente est régi en France par les articles 1582 à 1701 du code civil. Les obligations du vendeur consistent à livrer les biens immeubles conformes aux conditions convenues dans le contrat et de transférer les risques à l'acheteur tout en lui remettant l'ensemble des documents relatifs au contrat. En plus de payer le prix, l'acheteur SPV est tenu de prendre livraison des biens et vérifier la conformité des biens. Le caractère translatif de propriété du contrat de vente (Courbe & Latina 2016) implique l'application du principe «res perit domino» selon lequel les risques sont supportés par le propriétaire du bien. En étant copropriétaire d'un titre de propriété, chaque investisseur (copropriétaire) possède un droit complet et absolu sur sa quote-part abstraite de l'actif sous-jacent. Le droit réel du détenteur de Sukuk est ainsi opposable aux tiers.

Le contrat de Waqf sera, quant à lui, conclu entre les investisseurs qui auront la qualité de Waqif (constituant de Waqf) tandis que la SPV jouant le rôle de Nader (administrateur de Waqf). Le bénéficiaire de ce Waqf sera ainsi un projet philanthropique mené à l'international par une ONG. L'actif sous-jacent, acquis en contrepartie de l'achat du Sukuk, sera le bien mis en Waqf. En présence d'un Waqf qui sera à durée déterminée, le détenteur du Sukuk (Waqif) deviendra, durant cette période, dépourvu de son droit réel subjectif sur le bien. Le Waqf disposera d'une personnalité juridique autonome lui permettra de séparer l'ensemble des patrimoines. D'une part, il y aura les biens propres du SPV (Nader) et de l'autre le patrimoine

des investisseurs et celui du Waqf. La séparation des patrimoines de l'investisseur entre un patrimoine personnel, professionnel et celui du Waqf vise à affecter une partie de son patrimoine au Waqf emportant ainsi les diverses conséquences juridiques. Quid sur les difficultés financières des investisseurs-Waqif ? Quel sera le résultat du Waqf lorsque l'activité professionnelle de l'investisseur tombe en difficulté ? Selon les dispositions de l'article L 632-1 du Code de commerce français, le juge demeure apte à annuler de plein droit les actes effectués à titres gratuits durant la période suspecte. En l'espèce, il convient de placer la date de la conclusion du contrat de Waqf par rapport à la période suspecte et de l'annuler dans le cas positif. A défaut, la personnalité juridique autonome du Waqf empêchera toute action sur le bien par les créanciers du Waqif. Le bien se trouve également à l'abri des poursuites des créanciers du SPV-Nader dans la mesure où il ne joue que le rôle d'un administrateur du Waqf.

Par ailleurs, l'administrateur sera tenu de faire fructifier le bien au service du bénéficiaire (Projet philanthropique) tel que prévu par le Waqif (Investisseurs). L'ensemble de ses droits demeure limité par les obligations mises à sa part par l'acte constitutif du Waqf. Il s'en suit que la location du bien mis en Waqf à l'ONG crédit-preneur doit se faire au prix du marché selon l'ensemble des fuquahas (Ach-Charbini 2000). L'intervention du SPV-Nader ressemble au rôle exécuté par un fiduciaire dans un contrat de fiducie-libéralité prohibé en France. Le Nader ne peut faire les fruits siens, ni céder le bien à son profit et profiter ainsi d'éventuelles plus-values : en aucun cas sa propriété ne lui génère un revenu, ni amplifie son capital. Toutefois, la propriété juridique du bien en matière de Waqf n'est pas transmise au bénéficiaire mais uniquement les revenus dudit bien. Les pouvoirs de gestion du SPV demeurent valables tant qu'ils respectent les instructions du Waqif.

Le démembrement de la propriété en matière de Waqf a pour conséquence que le Nader ne dispose pas des trois attributs classiques de la propriété : usus, fructus, abusus. D'une part, l'usage du bien est ainsi limité par les instructions du Waqif, et de l'autre, le droit de percevoir les fruits est dédié au bénéficiaire. Une fois le bien est en Waqf, le Waqif en perd sa disponibilité. Il ne pourra ni le reprendre, ni le céder (Al-Surkhussî 1989). Il s'agit d'un véritable patrimoine autonome avec une personnalité juridique indépendante du Waqif et du Nader. C'est ainsi qu'en cas de conflit, ni les créanciers du Waqif ni ceux du Nader ne devraient pas avoir accès à ce patrimoine de Waqf. Inversement, les créanciers du patrimoine mis en Waqf ne pourraient accéder au patrimoine de Nader ni à celui du Waqif. Le projet

philanthropique est en ce sens protégé contre toute action exercée contre le Nader-SPV. Ne disposant pas du bien Waqf dans son patrimoine propre, le Nader est dépourvu de l'intégralité des prérogatives d'une propriété ordinaire dans la mesure où il agit dans un but déterminé fixé par le Waqif.

En tant que bénéficiaire du Waqf, le fonds philanthropique disposera d'un droit personnel portant sur la location du bien immeuble en Waqf. Le caractère libéral de la transaction réside indubitablement dans le transfert des loyers de l'actif sous-jacents au profit de la création d'un projet non lucratif.

Un contrat de mandat de gestion : En matière de Waqf, la SPV ne jouera pas uniquement le rôle d'un mandataire mais également celui d'un gestionnaire du bien immeuble mis en location. La SPV est un support qui est spécialement mis en place pour détenir les créances vendues par l'initiateur du Sukuk suite à l'émission sur le marché des titres représentatifs de celles-ci (Berger-Tarare 2016). En sa qualité de dépositaire du fonds Sukuk, la SPV est tenu de garder et conserver les actifs du fonds en application de Sukuk-Ijara. Rien n'empêche à la SPV de déléguer sa mission à un autre agent financier externe qui pourra ainsi s'occuper de l'ensemble des dépenses de l'actif sous-jacent. A l'instar du mandat de gestion locative, le SPV-Mandataire-Nader pourra engager sa responsabilité lorsqu'il ne vérifie pas la solvabilité du locataire et si son comportement s'avère laxiste quant au recouvrement des impayés des loyers ou l'encaissement des cautions ou de garantie². C'est ainsi que le manque de prise d'une garantie locative entraînera également sa responsabilité³. La SPV est en plus grevée d'un devoir d'information envers son mandant (détenteur de Sukuk-Waqif)⁴ à qui il doit rendre des comptes de sa gestion des biens immeubles.

Un contrat de location entre l'ONG et le SPV : Face à l'existence d'un contrat international de location avec option d'achat (Ijara-Wa-Iqtinae) entre l'ONG et la SPV, le droit applicable sera comme précédemment invoqué la loi où se situe le bien immeuble à louer. Le contrat d'Ijara-Wa-Iqtinae qui se rapproche du crédit-bail consiste à mettre à la disposition d'une personne un bien déterminé à titre locatif avec une promesse de rachat à maturité offrant au preneur la possibilité d'acquérir la propriété du bien. La SPV dans le présent cas interviendra en qualité de crédit bailleur tandis que l'ONG aura la qualité du crédit-preneur. Toutefois, si la pratique consiste à dire que le bien appartient au crédit-bailleur, la SPV n'intervient dans ce

² Cour d'appel de Grenoble, 2^{ème} chambre civile, 9 avril 2013, n° 11/02679

³ Cour d'appel de Versailles, 3^{ème} chambre civile, 11 octobre 2012, n°10/09477

⁴ Cour d'appel de Lyon, 1^{ère} chambre civile, 17 septembre 2013n n° 12/05134

cas que comme mandataire gestionnaire Nader. Dans le cadre de Sukuk-Ijara, le loyer qu'elle percevra aurait dû être transmis aux investisseurs mais en application du contrat de Waqf, le fruit de la location sera dédié à la création d'un fonds philanthropique. A l'instar du droit positif, le locataire devra jouir paisiblement du bien lors de la période de location. Ce faisant, il disposera ainsi d'un droit de créance contre son cocontractant SPV. Par ailleurs, on aurait pu dire que les investisseurs qui ont mandaté la SPV dans la gestion de leur bien immobilier voient leur droit réel de propriété se répartir entre le nu-propriétaire (abusus) et l'usufruitier (usus et fructus). Cependant, il est nécessaire de rappeler que dans le cadre du Waqf, le bien immobilier sort du patrimoine des Waqif détenteurs de Sukuk qui en perdra le contrôle pour la durée de Sukuk-Al-Ijara.

Une promesse de racheter l'actif sous-jacent par l'ONG : L'opération permettra de réaliser le paiement du flux final destiné à la création dudit projet selon les instructions des Waqifs (détenteurs de Sukuk). Une telle promesse unilatérale contraignante a notamment fait l'objet de plusieurs critiques en droit musulman. La raison s'explique par le fait qu'une promesse est un contrat unilatéral par lequel un promettant prend l'engagement de conclure un contrat déterminé en cas de manifestation de volonté du bénéficiaire. Par conséquent, il ne manque à la réalisation du contrat que la levée d'option exercée par le bénéficiaire. En appliquant une promesse contraignante en matière de Sukuk-Ijara, le capital fourni par les détenteurs de Sukuk demeure garanti. Chose qui contredit le principe de partage de perte et des profits (PPP) en finance islamique. Par ailleurs, la norme 9 de l'AAOIFI sur le contrat Ijara et Ijara Muntahiya bittamlik (équivalent de crédit-bail) va dans le même sens en précisant que : « *le bien loué n'est pas garanti par le locataire le long de la période de location sauf si le locataire fait preuve de négligence* ». En matière de Waqf, d'une part le contrat vise à mettre en Waqf uniquement bénéfice du capital, et de l'autre, le contrat de Waqf est un contrat à durée déterminée qui arrivera à terme lors de la maturité du Sak. Le rapport du Conseil de l'AAOIFI qui date de 2008 a d'ailleurs autorisé l'engagement du locataire d'un Sukuk-Ijara à l'achat des biens loués s'il n'est pas également un Mudharib, Musharik, ou Wakil Bil-Istithmar. A l'instar du droit positif, l'effet du contrat commence à partir du jour de la levée d'option par la SPV et non le jour de la promesse unilatérale faite par l'ONG. Autrement dit, le principe de la rétroactivité ne pourra jouer dans le présent cas. La valeur de l'actif sous-jacent à racheter peut se réaliser par plusieurs techniques financières à savoir : soit en procédant au prix de cotation des Sukuk sur le marché le cas échéant, soit en valorisant les actifs sous-jacents aux Sukuk, ou au prix de la valeur net des actifs.

De ce qui précède, il s'en suit qu'à la maturité du Sak, l'investisseur pourra retrouver le patrimoine de son bien mis en Waqf tout en ayant participé à la création d'un projet caritatif. C'est ainsi que l'extinction du l'usufruit du Waqf aura lieu avec la dissolution même de l'opération Sukuk-Ijara. Le bien immeuble devient la propriété de l'ONG initiateur de l'instrument Sukuk-Ijara et les investisseurs pourront percevoir le montant de la dissolution *via* l'option de rachat exercé par l'ONG sur le bien immeuble.

2. La formule du BOT-Waqf dans le cadre du droit international privé

Le système de BOT (Build, Operate, Transfer) permet aux autorités publiques de financer de grands projets d'investissements *via* la création d'une société de gestion qui s'engage à construire et à exploiter le projet pendant une durée précise (Stein 1994). Selon CNUDCI, « *on parle de projet "construction- exploitation- transfert" (CET) lorsque les autorités du pays hôte sélectionnent une entité privée pour financer et construire une infrastructure ou un système et accorde à cette dernière le droit de l'exploiter commercialement pour une période donnée. À la fin de laquelle l'infrastructure et le droit d'exploitation sont transférée à l'État... Dans ces projets, l'État demeure propriétaire de l'ouvrage et du terrain sur lequel il est réalisé pendant toute la durée du projet* »⁵. A la base, le capital de la société de gestion regroupe l'apport des entreprises promotrices tandis que sa forme juridique est celle d'une société de capitaux. L'optique est de permettre au concessionnaire de couvrir l'ensemble des coûts d'exploitation tout en offrant aux investisseurs la possibilité de réaliser un retour sur investissement et rembourser les prêts nécessaires au financement. En principe, l'ensemble de ces projets englobent plusieurs unités industrielles et infrastructurelles nécessitant un énorme capital pour leur réalisation. Par ailleurs, le mécanisme porte aussi bien sur des transactions contractuelles que sur des opérations de génie civil (Walker&Smith 1995). Généralement, le dispositif se base sur un contrat de concession international des travaux publics entraînant un rapport juridique entre plusieurs unités convenues à un partenariat Public-Privé (Braconnier& Morel & Rubio 2016).

En ce sens, la personne morale de droit public procédant à l'offre demeure dépourvue des risques financiers inhérents à l'endettement dans la mesure où le prometteur sélectionné s'engage à construire à sa charge le projet objet du contrat. Il convient toutefois de préciser que la multitude des formules qui s'apparentent au régime du BOT diffèrent selon le genre de la participation de la personne morale de droit privé dans la transaction, de celui de

⁵ CNUDCI, A/CN.9/444/Add.I, 2 mars 1998 paragraphe.17

l'opération elle-même, ainsi que celui du régime de la propriété de l'infrastructure. En plus de la formule de BOT qui se réfère à la Construction-Location- Exploitation-Transfert, il existe d'autres montages financiers tels que le BOOT portant sur la Construction-Propriété-Exploitation-Transfer ou le BOO relatif à la Construction- Propriété-Exploitation voire d'autres. Le contrat qui est à base de concession permet à l'entreprise de gérer le projet d'infrastructure pour une période variée entre 30 à 100 ans (Cox 1997). La structure contractuelle d'un tel outil international nécessite une combinaison entre le droit international des investissements, le droit de l'insolvabilité internationale et des sûretés réelles et personnelles, le droit des contrats internationaux, le droit public administratif, etc. C'est ainsi que le régime juridique des différents contrats participant à l'instrument financier doit être éclairé avec détermination de la loi applicable en cas de conflit.

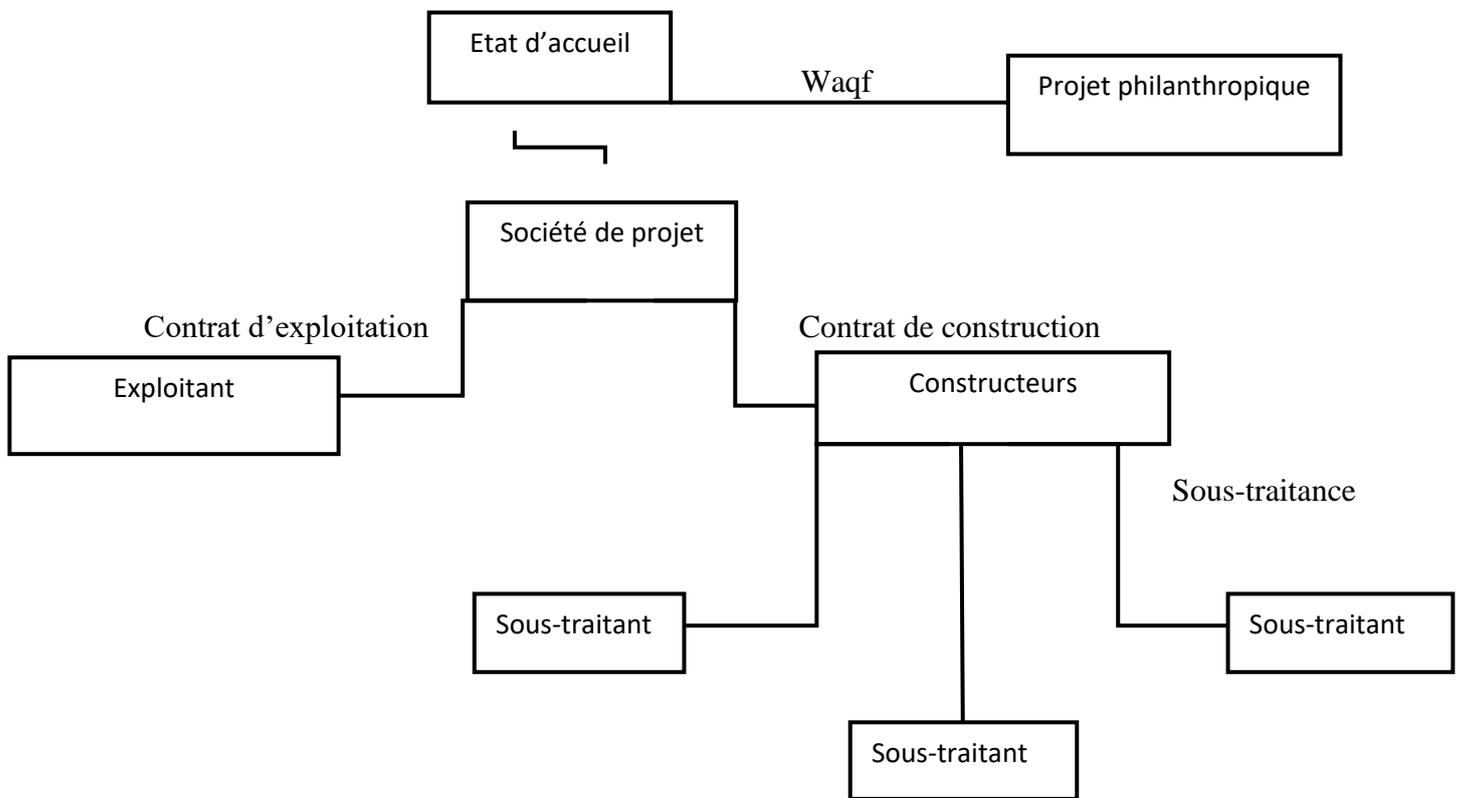
2.1 Application du mécanisme BOT-Waqf

La réalisation d'un projet BOT sera effectuée par un Etat et aura comme objectif, *via* le Waqf, de financer un projet philanthropique.

Dans le cadre du BOT, l'Etat hôte pourra jouer le rôle d'une personne morale de droit public et les investisseurs représenteront la partie d'une personne morale de droit privé. C'est ainsi que les trois étapes nécessaires qui doivent être mises en place pour la réalisation d'un tel projet sont : d'une part, une première phase sera dédiée à la construction et de l'autre une deuxième portera sur l'exploitation du projet et enfin une troisième pour le transfert de l'infrastructure du concessionnaire au concédant. Chacune de ces étapes devra donner lieu à un contrat entre l'Etat et la société de gestion déterminant les droits et obligations des parties.

A l'expiration de la durée fixée au contrat, le projet reviendra à nouveau à l'Etat qui le mettra en Waqf pour la construction d'un projet non lucratif. Ci-dessous un schéma illustrant le lien entre le BOT-Waqf et la création dudit projet :

Figure n° 2 : Mécanisme du BOT-Waqf au niveau international



Source : Auteure

Suite au schéma, il convient de préciser que l'étude de faisabilité du projet doit être menée tant sur le plan juridique que sur le secteur économique, technique et financier. C'est ainsi que le montage contractuel doit permettre de répartir et maîtriser les risques par l'ensemble des acteurs du projet. Pour éviter le problème de conflits des lois et la compétence juridictionnelle, il sera préférable de prévoir à l'ensemble des contrats la même clause compromissoire et le droit applicable en cas de litige.

Afin de pouvoir créer une structure commune, la société concessionnaire sera ainsi associée à des entités publiques et privées en procédant notamment à la souscription du capital-actions. Autrement dit, il ne s'agit que d'une joint-venture qui généralement prenant la forme juridique d'une personne morale du pays dans lequel elle va œuvrer. La participation des entreprises conjointes peut être minoritaire comme elle peut être majoritaire. La pratique atteste que les entreprises étrangères sont d'habitude majoritaires au capital-actions de la transaction économique. Toutefois, pour ce genre d'investissement, l'Etat doit avoir une

participation minoritaire pour qu'elle puisse disposer d'un droit de regard sur le projet lui permettant de renforcer sa politique de partenariat avec l'entité étrangère. Suite à la sphère internationale du projet, l'Etat d'accueil doit également assurer à l'investisseur étranger (concessionnaire) l'ensemble des mesures de protection notamment contre la nationalisation et l'expropriation. Ce dernier doit également nouer une multitude de contrats avec des sous-traitants pour diverses phases de la réalisation du projet. Ce faisant, le montage financier entraîne des conséquences juridiques dont la majorité sera détaillée ci- dessous.

2.2 Conséquences juridiques d'un BOT-Waqf

La mise en place de la structure contractuelle de BOT-Waqf met en jeux des conséquences juridiques. Lorsque les deux parties choisissent la loi du pays hôte, il convient de vérifier si un tel Etat dispose déjà d'une législation régissant le contrat de BOT ou la prestation des services publics. Ceci dit, si la pratique atteste de l'existence d'une clause renvoyant à la loi du pays d'accueil (Roux 1995), rien n'empêche à recourir à une autre loi en application du principe de la loi d'autonomie. Le BOT est un mécanisme juridique selon lequel l'Etat hôte accueille sur son territoire une société concessionnaire qui s'engage à lui réaliser un ouvrage ou une infrastructure donnée. En plus de définir la portée du projet, le contrat doit exposer les droits et obligations des parties en précisant les étapes d'exécution du projet et les conditions d'exploitation de l'infrastructure et son transfert à nouveau à l'Etat hôte. Par conséquent, le problème de la loi applicable s'installe aussi bien au niveau du contrat principal de la concession que celui de la sous-traitance ou du contrat de prêt.

Le contrat de concession : Le contrat de concession est le premier contrat qui se réalise dans le cadre du BOT. Pour une telle opération, l'Etat hôte jouera ainsi le rôle du concédant tandis que le concessionnaire sera matérialisé par la société personne morale de droit privé. Si le gouvernement est tenu de fixer les obligations à respecter par le concessionnaire notamment la durée prévue à la construction, l'exploitation et les modalités de transfert du projet à l'Etat hôte, il doit également garantir à la société concessionnaire les meilleures conditions d'exercice de son activité.

En France, le contrat de BOT est régi par le droit administratif (SinKondo 1993). Le principe de l'autonomie de la volonté demeure encadré par l'intérêt général du pays (Pommier 1992). En cas d'atteinte à ce dernier, il est possible de modifier le contrat ou procéder à sa résiliation à charge au concessionnaire de réparer l'ensemble du préjudice subi (Richet 1991). Par

ailleurs, l'Etat d'accueil, qui dispose d'un droit de regard du projet, demeure apte à exercer son droit de surveillance et d'inspection. La société concessionnaire doit en plus respecter certaines règles d'ordre public prévues par l'Etat concédant. Il s'agit notamment de celles relatives à l'environnement, le droit du travail ou du secteur sanitaire.

Le contrat de prêt : Il arrive souvent que la société concessionnaire ait recours à des accords de financement lui permettant de financer le projet étatique. Une telle décision s'explique par l'insuffisance des capitaux avancés par les actionnaires de la société concessionnaire. En ce sens, les prêteurs exigent l'application de la loi du pays qui régit les transactions financières internationales (Grangereau 2001) tout en analysant l'adaptabilité du droit du pays hôte à ce type de contrat.

Le contrat de sous-traitance : Le droit de procéder à la sous-traitance doit être reconnu par l'Etat concédant au concessionnaire pour la réalisation du projet. Il est possible de se référer à la sous-traitance durant toute les phases de la construction de l'infrastructure du début jusqu'à l'arrivée du terme du contrat BOT. Ceci dit, le contrat de sous-traitance peut être conclu :

- Entre le concessionnaire et l'ingénieur qui se chargera à élaborer des études techniques sur la faisabilité du projet de la réalisation du projet de construction *via* sa spécialité de génie civil ou de génie mécanique tout en assurant les procédures administratives, juridiques et financières indispensables au projet.
- Entre le concessionnaire et le constructeur qui s'occupera de la construction de l'infrastructure du début jusqu'à la fin. En l'occurrence, il convient de faire la différence entre le contrat de construction et le contrat de fourniture du matériel donnant lieu soit à des contrats locaux au sein du pays d'accueil soit à des contrats conclus avec des sociétés étrangères (NicKlisch 1992). Face à une telle situation, le problème de la loi applicable s'installe de nouveau dans la mesure où la société étrangère cherchera l'application d'un droit favorable quant à la garantie des biens, des vices cachés, etc.
- Entre le concessionnaire et la société de l'exploitation et de la maintenance du projet. Le service proposé par le sous-traitant englobe la mise en œuvre de l'infrastructure et l'amélioration de sa performance tout en évitant les risques susceptibles à subir en raison de l'activité.



Dans la mesure où le contrat de sous-traitance est conclu entre la société concessionnaire et une personne morale de droit privé et que l'Etat hôte n'est pas responsable des actes des sous-traitants envers la société du projet, le régime juridique applicable au contrat demeure celui inhérent au droit privé. L'intervention de l'Etat demeure toutefois possible lorsque la construction de l'ouvrage porte atteinte à son ordre public tel que des questions environnementales, sociales ou sanitaires. En l'occurrence, il convient de préciser que de telles notions ont fait l'objet d'une littérature abondante et que dans le cadre du droit d'investissement international cela change d'un pays à un autre. Toutefois, dans le cadre de l'Union européenne, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a refusé d'une part que les Etats établissent seuls les notions portant sur l'ordre public, de sécurité et de santé publiques et a reconnu d'autre part aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation encadrée par les dispositions du traité⁶.

Le rapport juridique qui lie le sous-traitant au concessionnaire implique que la première partie est tenue d'une obligation de résultat entraînant la mise en jeu de sa responsabilité en cas de mal-exécution ou inexécution de sa part⁷ sauf à apporter une preuve d'exonération de son obligation.

Le transfert du projet et l'intervention du Waqf : Il convient de revenir au contrat BOT pour déterminer les modalités de transfert de l'infrastructure du concessionnaire au concédant et ses conséquences juridiques.

L'intégration du mécanisme du Waqf interviendra après le transfert du projet à l'Etat hôte. D'une part, l'Etat gagnera un projet d'envergure nationale et de l'autre il pourra immobiliser les revenus de son projet au profit de la construction d'un projet humanitaire. La durée de Waqf proposé par l'Etat peut varier entre une période déterminée et indéterminée.

⁶ Arrêt Yvonne Van Duyn c. Home d'office, Aff 41/74, Recueil 1974, p. 1337

⁷ Cour de cassation. 3ème chambre civile, 24 février 1982, bull. civ. III, n° 54, p. 38 ; Cour de cassation. 3ème chambre civile, 3 décembre 1980, bull. civ. III, n° 188, p. 142 ; Cour de cassation. 3ème chambre civile, 23 octobre 1984, bull. civ. III, n° 171, p. 134

Conclusion

Le mécanisme de Waqf a joué depuis toujours un rôle important dans le financement des secteurs caritatifs. Fort de son succès, cet outil est devenu une solution pour collecter les fonds et en user pour les causes humanitaires. Le recours à cet instrument financier pourra servir à combler le déficit de financement et gérer les divers secteurs philanthropiques. L'optique est d'utiliser le Waqf pour en faire un investissement durable au service de la communauté internationale.

Par ailleurs, la performance de Waqf est renforcée par sa combinaison avec plusieurs montages financiers. En adoptant le mécanisme de Waqf Sukuk-Ijara, plusieurs conséquences juridiques s'imposent au niveau de droit international privé. Il s'agit non seulement du droit réel des investisseurs sur l'actif sous-jacent de Sukuk mais aussi du cadre juridique du contrat d'achat et de vente entre l'ONG et la SPV. Un contrat de location peut également intervenir entre l'ONG et la SPV avec notamment une promesse de racheter l'actif sous-jacent par l'ONG. Enfin, l'objectif du Waqf est de faciliter le financement des projets caritatifs.

Quant à la formule du BOT-Waqf, elle permettra à l'Etat hôte de financer un projet humanitaire. Un tel montage financier n'est pas dépourvu des conséquences juridiques notamment en termes des contrats de concession, de prêt et de sous-traitance. Le recours au Waqf intervient après le transfert de projet à l'Etat d'accueil qui pourra utiliser le rendement dudit Waqf au profit du projet philanthropique.

De ce qui précède, il est primordial de signaler l'apport de la finance islamique dans la mise en place d'un modèle économique sociale et solidaire. Une structure qui reste toutefois dépendante de la volonté des Etats mais aussi de la participation active des citoyens.

Bibliographie :

Recueils en français

- BERGER-Tarare C 2016. La fiducie-titrisation : c'est possible !. Revue de Droit bancaire et financier n° 3. étude 14
- BESSEDIK A 2013. Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman. Thèse de Doctorat en Droit. Université Paris-Est Créteil
- BRACONNIER S & MOREL JB & RUBIO AE 2016. Partenariats Public-Privé Internationaux. LexisNexis
- CHARLIN J 2009. Fiducie, Sukuk et autres Murabaha ou Ijara...A propos de la finance islamique. La semaine Juridique Entreprise et Affaires. n° 41
- CHATILLON S 2011. Droit des affaires internationales. Vuibert. Paris
- COURBE P & LATINA M 2016. Droit civil-Les biens. ed. 8, Dalloz, Paris
- COX H 1997. Services Publics, Missions Publiques et Régulation dans l'Union Européenne. Ed. A. Pedone
- DUPICHOT P 2010. Fiducie et Finance Islamique. Recueil Dalloz. Paris
- GRANGEREAU P 2001. Les projets privés d'infrastructures dans les pays émergents- L'approche des prêteurs. RDAI/IBLJ. n° 2
- GRIMALDI M 2010. La propriété fiduciaire », article publié à La fiducie dans tous ses états. Association Henri Capitant. Dalloz
- MAGALI B 2009. La fiducie, un potentiel inexploité. IUT de Mans. Université du Maine. Département Gestion des entreprises et des administrations
- POMMIER J 1992. Principe d'autonomie et loi du contrat en Droit international Privé Conventionnel. Economica. Paris
- RICHEL L 1991. les contrats administratifs. Collection Connaissance du Droit. Dalloz. Paris
- ROUX P 1995. Le contrôle des investissements étrangers en France : règles applicables. Revue de Droit des affaires internationales. n°1
- SINKONDO M 1993. La notion du contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration. Revue trimestrielle de droit civil.
- STORCK M & CEKICI I 2011. Les sukuks : Règime de droit musulman et de droit français. Revue de Droit Bancaire et Financier
- TAHIRI JOUTI A 2013. L'institution des Waqf : Quel financement de l'entreprenariat social en Islam. Revue de Journal Of Business And Economics, Vol. 1, N° 2

Recueils en anglais

- ADAMU U & SHEHU U.R 2019. Sukuk : A veritable tool for effective Waqf fund management in Nigeria. Revue Iqtishadia, vol.12
- IBN JUBAYR A 1852. The travel of Ibn Jubair », A Ms. In the university library of leyden. William Right
- KHAIRUNNISA M 2019. The evolution of Waqf ans Sukuk toward Sukuk-Waqf in modern islamic economy. International journal of 'Umranic Studies, vol. 2 issue 1
- LANE JANE E & REDISSI H 2009. Religions and Politics: Islam and Muslim Civilization. Ed.2. Routledge. Ashgate



- LEBEN C 2018. International Law and Religion. Historical and Contemporary Perspectives. Revue Critique de Droit International Privé
- NICKLISCH F 1992. The BOT Model – The contractor’s role as Builder – Contract Structure, Risk Allocation and Risk Management. The International Construction Law Review, n°9
- RAGHIBI A & OUBDI L 2018. Sukuk-Waqf : The Islamic Solution For Public Finance Deficits. European Journal Of Islamic Finance, Munich Personal Repec Archive, Paper n° 85629
- STEIN S 1994. Build Operate Transfer (BOT) re-evaluation. International Construction Law Review
- WALKER C & SMITH A 1995. Privatized Infrastructure: The Build Operate Transfer Approach. Thomas Telford. London

Recueils en arabe

- AL-SURKHUSSÏ M 1989. Al-Mabsût. Dar Al-Mâ’rifa. Beyrouth. Liban. vol. 12
- ACH-CHARBÏNÏ M 2000. Maghnî Al-muhtâj Ilâ ma’rifat ma’ânî alfâd Alminhâj. corrigé par ‘Ali Mohamed mu’awwad et ‘Adil Ahmed abdel mawjud. Dâr Al-kutub Al-i’lmia. Beyrouth. Liban. vol. 2
- ZARQA M 1997. Ahkâm Al-awqâfs. Dâr ‘Amâr. Ed.1. Oman. Jordanie

Recueils juridiques

- Code civil français
- Code civil français
- Code de commerce français
- Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles