

→ ÉCLAIRAGE

Le takaful : l'assurance shari'ah-compatible

L'assurance a pu être considérée comme contraire au droit islamique. Dès lors a émergé le *takaful* ou l'assurance *shari'ah*-compatible. Une conférence récemment organisée par l'AMRAE* est l'occasion de revenir sur ses principales caractéristiques.

- ▶ **Par Richard GHUELDRE**
Avocat à la Cour
Docteur en droit
- ▶ **Charles-Éric DELAMARE-DEBOUTTEVILLE**
Avocat à la Cour
- ▶ **Amel MAKHLOUF**
Docteur en droit

L'adaptation de l'assurance conventionnelle à la *shari'ah* (droit islamique) fut encouragée durant la seconde moitié du vingtième siècle par des initiatives menées à l'échelle internationale. Il en est ainsi de la première Conférence internationale sur l'économie islamique (La Mecque, 1976), ou de l'émission d'une *fatwa* (opinion juridique) par l'*Islamic Fiqh Academy* (Jeddah, 1985) qui prohibe le recours aux contrats d'assurance et de réassurance conventionnelles impliquant la présence de *riba* (usure et plus largement intérêts), de *gharar* (aléa ou déséquilibre excessif), de *maysir* (spéculation hasardeuse) et d'investissements dans des actifs *haram* (illicites au regard de la *shari'ah*).

L'alternative islamique à l'assurance conventionnelle se nomme *takaful*, terme arabe dont l'étymologie dérive de *kafalah* qui signifie « *garantie mutuelle* ». Forme islamique d'assurance mutuelle ou *ta'awun*, le *takaful* se fonde sur la protection, l'entraide, le partage et la solidarité au sein d'un groupe de sociétaires. Il tire notamment sa source d'un *hadith* (recueils des paroles, actes, et faits tacitement approuvés par

le Prophète Muhammad) énonçant la nécessité de circonscrire le risque :

« *Après avoir observé un bédouin décidant de ne pas attacher son chameau, le Prophète lui demanda : 'Pourquoi n'attaches-tu pas ton chameau ?'. Le bédouin répondit : 'Je place ma confiance en Allah'. Le Prophète lui énonça : 'Attache ton chameau et remets-toi à Allah' »* (Rapporté par Al-Tirmidhi).

Le *takaful* suppose le versement de contributions au profit de la communauté et la création d'un fonds *takaful* ayant une personnalité morale et un patrimoine propre. Ce fonds doit être institué conformément aux règles et prohibitions du droit islamique, ce qui engendre certaines interrogations quant à la *shari'ah*-compatibilité du droit français (I). Mais en dépit de certaines difficultés, la France semble capa-

SOMMAIRE

Éclairage	1
Le takaful : l'assurance shari'ah-compatible	
ACTUALISATION DE L'OUVRAGE	
▶ De la preuve de la fausse déclaration intentionnelle	5
▶ Indemnité d'assurance et patrimoine de la communauté	5
PRATIQUE	9
SOMMAIRE RÉCAPITULATIF	11

° 215

avril

2014

1257-1814

lettre actualise
ouvrage entre
deux éditions

pour vous abonner
à l'ouvrage
son actualisation,
contactez-nous au

825 08 08 00

0,15 € TTC / MN

fr



Lamy

une marque Wolters Kluwer

ble de se positionner comme une place de référence en matière d'assurance islamique (II).

I. Les principales caractéristiques d'un fonds takaful

A. Les principes inhérents à l'établissement d'un fonds takaful

→ 1. Les participants : à la fois assureurs et assurés

Le fonds *takaful* est un fonds de solidarité dont la mission consiste à mutualiser les contributions d'un groupe de personnes pour en aider d'autres dans le besoin. Les participants à l'opération sont donc à la fois assureurs et assurés, et s'unissent afin de se prémunir contre la réalisation de risques déterminés subis par un membre du groupe.

→ 2. L'absence de *riba*, *gharar* et *maysir*

Pour être *shari'ah*-compatibles, les opérations réalisées doivent être dénuées d'intérêts. Cela interdit tout profit sur les opérations de souscription ainsi que tout investissement dans des actifs conventionnels.

La réserve des conditions imposées par la *shari'ah*, un fonds takaful établi en France et distribuer des produits d'assurance-vie (takaful famille) ou d'assurance non-vie (takaful général).

Toute opération doit également être dénuée d'aléa (*gharar*), ou plus exactement, d'aléa à caractère exorbitant ou excessif (*gharar fahish*). Ne pouvant être totalement évincé, la *shari'ah* entend limiter cet aléa à un niveau acceptable, celui-ci étant davantage toléré dans un contrat à titre gratuit. Par conséquent, toute contribution effectuée dans le cadre du *takaful* ne peut être assimilée à une prime. Elle est à l'inverse considérée comme un *musahamah* (une contribution volontaire payée en échange de bénéfices matériels) et non – contrairement à ce qui est souvent expliqué – comme un *tabarru'* (une donation). Si donation il y a, celle-ci ne pourrait qu'être conditionnelle, les participants souhaitant nécessairement bénéficier desdites contributions en cas de réalisation d'un risque éventuel. Les contributions ne peuvent donc être réellement dénuées de tout avantage matériel

(Makhlouf A., *L'émergence d'un droit international de la finance islamique : origines, formation et intégration en droit français*, Thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, à paraître).

Enfin, l'activité d'un fonds *takaful* ne saurait être spéculative (*maysir*). Les contributions versées servent donc uniquement à alimenter le fonds commun visant à secourir un membre de la communauté en cas de réalisation d'un risque spécifique.

B. Le fonctionnement du fonds takaful

→ 1. Le choix entre forme mutualiste et forme commerciale

Un fonds *takaful* peut se créer sous forme associative ou commerciale. Dans ce dernier cas, généralement adopté en pratique, le fonds *takaful* est géré par une société de gestion souvent qualifiée d'« opérateur *takaful* ». Moyennant rémunération, cette société gère les opérations de souscription, d'une part et d'investissement (ou de placement), d'autre part. Il convient de noter que les supports d'investissement doivent également être *shari'ah*-compatibles, puisque l'opérateur ne saurait investir dans des secteurs d'activité contraires à la morale et aux principes islamiques (alcool, armement, jeux de hasard, industrie porcine, pornographie, etc.).

À l'échelle internationale, les relations entre l'opérateur *takaful* et le fonds *takaful* sont généralement fondées sur :

- un contrat de *mudarabah* (partenariat d'investissement) : les participants apportent les fonds et l'opérateur sa capacité gestionnaire ;
- un contrat de *wakalah* (contrat de mandat) : l'opérateur agit en tant que mandataire au nom et pour le compte des participants ;
- une combinaison des deux contrats : l'opérateur agit en tant que mandataire pour les opérations de souscription et en tant qu'investisseur pour les opérations de placement.

En cas de déficit, l'opérateur peut en assumer la charge et accorder au fonds *takaful* un prêt sans intérêt (*qard-hasan*) qui sera remboursé à l'aide des excédents futurs dudit fonds. Dans tous les cas, les membres du fonds *takaful* participent tant aux pertes qu'à la distribution des bénéfices, conformément au principe du partage des profits et des pertes (principe essentiel du droit islamique des affaires souvent dénommé « principe des 3P »).

→ 2. Le choix entre guichet islamique et structure dédiée au *takaful*

L'offre de produits d'assurance islamique peut se réaliser *via* :

- une structure entièrement dédiée au *takaful* dont les produits offerts sont nécessairement certifiés *shari'ah*-compatibles ;
- une entreprise d'assurance conventionnelle comportant un guichet islamique (en anglais *takaful window*) et offrant des produits d'assurance conventionnelle d'une part, et des produits d'assurance islamique d'autre part. Bien que certains juristes demeurent sceptiques vis-à-vis de ce type de structures, ce modèle est pourtant répandu à l'échelle internationale (ainsi, le groupe allemand Allianz opère au Royaume de Bahreïn via sa filiale Allianz *Takaful* compétente en matière d'assurance-vie islamique – ou *takaful* famille).

C. La diversité des produits shari'ah-compatibles

Sous réserve des conditions imposées par la *shari'ah*, un fonds *takaful* peut distribuer des produits d'assurance-vie (*takaful* famille) ou d'assurance non-vie (*takaful* général). En tout état de cause, les produits et l'ensemble des opérations réalisées par l'entité doivent préalablement être certifiés par un Comité consultatif en *shari'ah* (CCS) garantissant leur *shari'ah*-compatibilité.

II. L'introduction du *takaful* en France

A. L'exigence de cantonnement des actifs

→ 1. Les obstacles

Une entreprise d'assurance offrant des produits *takaful* doit nécessairement se conformer à l'exigence de cantonnement des actifs imposée par la *shari'ah*. Dans le cas d'une entreprise d'assurance islamique, le cantonnement s'effectue entre les actifs du fonds *takaful* et le reste du patrimoine de l'organisme d'assurance, ainsi qu'entre les actifs des différents types de risques couverts. Il en va de même pour l'entreprise d'assurance conventionnelle, sachant qu'un cantonnement doit également s'établir entre les fonds conventionnels et les fonds *shari'ah*-compatibles.

Toutefois, le droit français ne prévoit aucun cantonnement légal des actifs – hormis le cas particulier du Plan d'épargne retraite populaire (PERP) –, ce qui pourrait être un obstacle au développement du *takaful* en France.

→ 2. Les solutions envisageables

Bien qu'aucun cantonnement légal des actifs ne soit actuellement prévu en droit français, il est néanmoins possible de recourir à un cantonnement contractuel pour se conformer au mieux aux exigences du droit islamique. Une telle solution paraît opportune, même si les participants demeurent exposés au risque de faillite.

B. Le recours à la réassurance

→ 1. Les obstacles

La réassurance peut se définir comme l'opération par laquelle un assureur (dit cédant) se décharge partiellement (au-delà de son plein de conservation) sur un réassureur (dit cessionnaire) de tout ou partie des risques qu'il demeure seul à garantir à l'égard de l'assuré, tout en restant intégralement tenu vis-à-vis de ce dernier.

Pour les opérations de cession en réassurance, l'assureur islamique est contraint de se réassurer auprès d'un réassureur islamique. Cependant, bien qu'étant le corollaire du *takaful*, le marché du *re-takaful* en est encore au stade embryonnaire, ce qui laisse une incertitude quant à son développement en droit français.

→ 2. Les solutions envisageables

Étant donné l'absence de réassureur islamique en France, un assureur islamique pourrait faire appel à une entreprise de *re-takaful* basée à l'étranger. De plus, en vertu du principe de *darurah* (nécessité), c'est-à-dire en l'absence d'alternative praticable conforme à la *shari'ah*, les exégètes autorisent les entreprises *takaful* à se réassurer auprès de réassureurs conventionnels.

C. Le recours à un Comité consultatif en shari'ah

Au plan juridique, la France semble capable de se positionner comme une place de référence en matière d'assurance islamique.

→ 1. Les obstacles

Le recours à un CCS suscite une diversité d'interrogations liées :

- à sa composition, puisque le nombre et le niveau de compétence des juristes contraste avec l'émergence de ce marché en plein essor ;
- à son statut juridique, puisque le principe de laïcité interdit toute reconnaissance officielle de la part de l'État français.

→ 2. Les solutions envisageables

Bien que réelle, la pénurie de juristes revêt un caractère temporaire puisque l'émergence de l'assurance islamique laisse subsister l'espoir d'une croissance du capital humain.

De plus, l'absence de cadre réglementaire officiel propre à l'assurance islamique n'est pas un obstacle significatif au bon fonctionnement d'un CCS et à la prévention de certains ►

abus. En effet, la légitimité d'un tel comité dépend principalement du sérieux et de la rigueur des juristes qui y siègent, de la nature des opérations qu'il a à certifier ainsi que de la réputation de ses clients ou partenaires financiers. D'ailleurs, la France compte plusieurs CCS sur son territoire. Ainsi, un premier contrat d'assurance-vie islamique de type multisupport (les fonds en euros n'étant pas *shari'ah*-compatibles), distribué par la société d'assurance-vie Swiss Life, a récemment été certifié en juin 2013 en France métropolitaine. Cela fait suite à l'offre de produits d'épargne *shari'ah*-compatibles proposée par Allianz Life Luxembourg et commercialisée sur l'île de La Réunion en 2009. Cependant, et parce que la pratique de l'assurance islamique doit également être soumise à la critique scientifique, il est indéniable que la multiplicité des CCS au niveau tant national que mondial pourrait aboutir au développement d'un certain « *shari'ah board shopping* », les assureurs pouvant être tentés de se diriger vers le CCS (lorsque celui-ci n'est pas interne à l'entreprise) le moins « *strict* ».

D. La couverture de certains risques

→ 1. Les obstacles

Au regard de la législation française, des interrogations sont à émettre quant à la garantie de certains risques contraires à la *shari'ah* tels que :

- les conséquences de la conduite en état d'ébriété ;
- l'assurance décès.

→ 2. Les solutions envisageables

En France, un assureur possède toujours la faculté de commercialiser des produits ne comportant pas de garantie

décès. Il en est ainsi de l'offre de produits d'épargne *shari'ah*-compatibles proposée par Allianz Life Luxembourg ou encore du contrat *takaful* famille distribué par la société d'assurance-vie Swiss Life.

De même, la conduite en état d'ébriété entre indéniablement en contradiction avec la *shari'ah* (prohibition de l'alcool, prise excessive de risques, etc.). Pourtant, la garantie de ce comportement revêt en France un caractère d'ordre public (C. *assur.*, art. L. 211-6) puisque l'assureur de responsabilité civile couvre obligatoirement les dommages causés par l'assuré qui conduit sous influence. Une société d'assurance islamique basée en France ne pourrait donc valablement envisager la couverture d'un tel comportement manifestement contraire au droit islamique.

L'assurance islamique est actuellement en plein essor à l'échelle tant nationale qu'internationale. À ce titre, la *shari'ah*-compatibilité du droit français semble encourageante.

OBSERVATIONS

L'Association pour le Management des Risques et des Assurances de l'Entreprise (AMRAE*) rassemble plus de 900 membres appartenant à 550 entreprises françaises publiques et privées. L'association a notamment pour objectifs de développer la « culture » du Management des Risques dans les organisations et d'aider ses membres dans leurs relations avec les acteurs du monde de l'assurance et les pouvoirs publics. Elle les conseille dans l'appréciation des risques, dans la maîtrise de leurs financements et leurs dépenses d'assurance. Sa filiale AMRAE Formation, pour répondre aux besoins de formation professionnelle de ses adhérents ou de ceux qui légitimement s'adressent à elle, dispense des formations diplômantes, certifiantes et qualifiantes de haut niveau. ❖