



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit européen comparé

Dirigé par Louis Vogel

2010

***L'établissement d'une banque islamique
en France***

Solène Boustany

Sous la direction de Sélim Jahel

UNIVERSITE PARIS II PANTHEON-ASSAS

L'ETABLISSEMENT D'UNE BANQUE ISLAMIQUE EN FRANCE

Mémoire pour le Master 2 « Droit Européen Comparé »
Présenté par Solène Boustany

SEPTEMBRE 2010

Sous la direction de Monsieur le Professeur Jahel

La problématique de l'établissement d'une banque islamique en France soulève de nombreuses questions, tant idéologiques que purement pratiques. Les poches de liquidités dont disposent les pays du Golfe représenteraient des investissements non négligeables pour les banques françaises. La finance islamique se distingue de la finance conventionnelle par une soumission à des principes religieux dictés par la *Chari'a*. L'ordre moral islamique se caractérise, en effet, par un certain nombre de prohibitions dans le domaine économique, dont la plus contraignante est sans doute l'interdiction du prêt à intérêt ou *riba*. La conciliation doit donc être faite entre les nécessités inhérentes à la sphère religieuse, d'une part, et à celle des affaires, d'autre part. La pratique du commerce a su contourner les prohibitions par des subterfuges juridiques. Ainsi, la finance islamique se caractérise aujourd'hui par des techniques de financements originaux dont l'intégration au système de droit français peut poser problème. Or, les principes prescrits par la *Chari'a* ne semblent pas si éloignés de ceux qui régissent le droit français. La banque conventionnelle n'est pas dénuée de sens moral et éthique, ce qui permet de trouver pour chaque prohibition islamique un équivalent en droit français. D'ailleurs, les techniques de financement usant de substituts à l'intérêt (*musharaka*, *ijira*, *murabaha*...) semblent aussi compatibles avec les outils de la finance française, qu'il s'agisse des mécanismes associatifs ou du crédit associé à la vente. Pourtant si le contexte paraît favorable à l'établissement d'une banque islamique en France, des aménagements s'avéreraient nécessaires tant sur le plan juridique que fiscal. En effet, le système juridique français contient certaines rigidités qui peuvent constituer d'importants obstacles à la finance islamique. A ce titre, la conception française de la propriété, à travers le principe d'indivisibilité du patrimoine, met en échec le mécanisme des obligations islamiques ou *soukouk*. En revanche, les avancées au niveau fiscal ont été assez remarquées. Les ajustements issus des récentes Instructions de l'administration fiscale vont certainement permettre de surmonter les difficultés liées aux surcoûts lors de la structuration des produits islamiques. Ainsi, la voie vers l'établissement des banques islamiques en France est largement ouverte. Il n'en reste pas moins que des controverses idéologiques révèlent que les mentalités ne sont peut-être pas aussi prêtes que le système juridique français.

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE – Un contexte favorable à l'établissement d'une banque islamique en France

Section 1 - Une compatibilité au niveau des principes prescrits par la Chari'a

Section 2 - Une compatibilité au niveau des techniques de financement islamique

SECONDE PARTIE – Les aménagements nécessaires à l'établissement d'une banque islamique en France

Section 1 – Les obstacles liés aux rigidités juridiques françaises

Section 2 – Des ajustements fiscaux en partie effectués

INTRODUCTION

Malgré ses racines théoriques lointaines, la Finance Islamique est une construction contemporaine. Même si les pratiques financières islamiques ont toujours été utilisées par les commerçants dans les pays musulmans, les banques offraient des produits standards de la finance classique, dite finance conventionnelle. Durant des siècles, en effet, il n'y eut pas véritablement un système financier islamique complet. La première banque ayant choisi de suivre les principes financiers islamiques est née en Egypte en 1963. La *Mit Ghamr Saving Bank* proposait des comptes épargnes basés sur le partage des bénéfices et non des profits. Mais son activité qui avait essentiellement un objectif de développement restait confinée au niveau local. L'ouverture rapide de nombreux guichets et succursales a tout de même révélé le succès de ce projet. C'est ainsi qu'en 1970 l'Organisation de la Conférence Islamique est créée et lance l'idée de banque islamique. Lors du sommet de Lahore en 1974, l'OCI décide, suite au quadruplement du prix du pétrole, de créer la *Banque Islamique de Développement*. Le mouvement est favorablement accueilli puisque naissent des banques islamiques telles que la *Dubai Islamic Bank*, la *Kuwait Finance House* et la *Bahreïn Islamic Bank*. Du fait de la constitution de certains pays en Républiques islamiques ceux-ci procèdent à l'islamisation complète de leur système financier. Ainsi le Pakistan islamise son secteur bancaire en 1979 suivi, quatre ans plus tard, par le Soudan et l'Iran. Au cours des années 1990, la croissance des actifs islamiques, largement alimentée par l'explosion de la rente pétrolière, s'accélère. Pour faire face aux exigences d'homogénéisation des normes, est créée, en 1991, une organisation chargée d'élaborer des standards comptables appropriés pour les institutions financières islamiques, l'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Finance Institution* (AAOIFI).

Les institutions financières islamiques ont fait leur apparition à la fin des années 1990 dans certains pays occidentaux où vit une population musulmane relativement importante, comme aux Etats-Unis, au Danemark, au Canada et en Grande Bretagne. La plupart des grandes institutions financières occidentales sont désormais engagées dans ce type d'activités sous forme de filiales, de « guichets islamique », ou de produits financiers destinés à une clientèle

musulmane. La *Citibank* avait d'ailleurs, dès 1996, établi sa propre filiale islamique à Bahreïn. Et il existe aux Etats-Unis un indice Dow Jones du marché financier islamique.

Le millénaire a révélé une véritable impulsion pour la finance islamique. Aujourd'hui, le volume des actifs financiers islamiques est estimé à plus de 700 milliards de dollars (150 milliards en 2000) dont près de 300 milliards d'actifs gérés par les banques islamiques. Deux phénomènes permettent d'expliquer l'accroissement des actifs islamiques : le renouveau spirituel et religieux, qui a généré une demande croissante pour ce type de produits, mais, surtout, l'apparition de poches d'épargne considérables dans certains pays musulmans.

Cette expansion de la finance islamique depuis l'an 2000 s'est traduite par plusieurs phénomènes. Parallèlement au développement des produits islamiques déjà offerts aux particuliers et aux entreprises, de nouveaux produits ont été créés : les *soukouks* (sortes d'obligations qui rémunèrent leur détenteur sur la base du profit généré par l'actif sous-jacent qui prend la forme d'un contrat de *murabaha*, *musharaka* ou *ijira*), et les produits d'assurance, *takafoul*. On a aussi assisté à l'internationalisation de l'activité à travers la création de banques islamiques dans les pays occidentaux. Par ailleurs, des mesures d'accompagnement ont été prises telles que la création d'agence de notation et d'indices spécifiques d'évaluation, l'adaptation de la réglementation, l'organisation de manifestations professionnelles et l'offre de programmes de formations.

Le fondement sur lequel repose la banque islamique est principalement idéologique. Il s'agit de promouvoir un ordre économique venant se substituer au capitalisme. La banque islamique est avant tout une institution religieuse visant « à promouvoir un ordre économique nouveau qui incarne les valeurs du message islamique »¹. Elle est une forme de *jihad* qui doit protéger la *oumma* musulmane contre le mercantilisme. Apparaît donc la nécessité de renoncer au gain et d'adopter un esprit de sacrifice. Dans la pensée islamique, tout ce que possède l'individu appartient à Dieu, d'où une obligation de maintenance, de mise en valeur. Le gain ne peut être que la conséquence d'un travail collectif, c'est un objectif résiduel par rapport au salut de l'âme. On privilégie l'esprit communautaire :

« ...entraidez-vous dans la charité et la piété... » (S.5, V. 2)

¹ Mohamed BAQER EL-SADR, *La banque sans intérêts en Islam*

Une autre particularité du système économique et social islamique veut que le temps soit une création de Dieu et qu'il lui appartienne. Le temps ne peut donc faire l'objet d'aucune transaction commerciale. Comme il est assimilé à la vie, négocier à propos du temps c'est négocier sur la vie.

Ainsi, la pratique du prêt à intérêt dans les relations marchandes est par principe absolument prohibée. Cette interdiction de l'intérêt se rapproche d'ailleurs des deux autres religions monothéistes pour lesquelles l'interdiction valait aussi. Saint Thomas d'Aquin dénonçait en ce sens le commerce qu'il accusait de détourner l'homme de son salut. En terre d'Islam l'ordre moral contractuel est imposé par la *Chari'a* qui a pour fondement les prescriptions énoncées dans les livres Saints, le *Coran* et la *Sunna*. La *Chari'a* est l'ensemble des valeurs et des normes religieuses, morales et politiques sur lesquelles le croyant doit conformer sa conduite et ordonner tous les actes de sa vie courante, dont la vie des affaires. Il s'agit pour le domaine contractuel de suivre l'ordre moral islamique qui se caractérise par l'interdiction de toute forme de *riba*. Le *riba* peut se définir comme tout avantage monétaire acquis sans contrepartie aux dépens d'autrui, c'est-à-dire l'usure. Les versets coraniques sont, à ce titre, très explicites :

« Ô vous qui croyez, ne mangez pas vos biens entre vous de manière vaine, sauf s'il s'agit d'une affaire commerciale par consentement mutuel » (IV, 33/39)

« L'intérêt que vous donnez pour qu'il accroisse les biens d'autrui ne les accroît pas, auprès de Dieu. » (S. 30, V. 39)

« Ô vous qui croyez, Craignez Dieu et renoncez au reliquat de l'intérêt, si vous êtes croyants. » (S. 2, V. 278)

Ainsi, cette interdiction est respectée dans le système arabo musulman de manière plus ou moins absolue. En Iran, au Soudan ou au Pakistan le prêt à intérêt est considéré comme un acte illicite. Mais dans d'autres pays, tels que l'Algérie, la Libye ou la Jordanie, il est autorisé dans les opérations commerciales et bancaires mais interdit dans les affaires civiles. Seuls l'Egypte, la Syrie, l'Irak, la Tunisie et le Maroc l'utilisent en matière civile mais en limitant le taux et en interdisant la capitalisation des intérêts.

L'ordre moral islamique compte quatre autres interdictions majeures. C'est ainsi que le *gharar* est proscrit c'est-à-dire qu'un accord qui comporte une part de doute, d'incertitude ou de tromperie n'est pas valable. Le *gharar* peut prendre des formes variées : l'engagement incertain d'une des parties, le paiement conditionnel, l'imprécision du coût au moment de la signature du contrat. Est aussi condamnée la pratique du *maysir*. Elle désigne tout enrichissement aux dépens d'autrui qui serait le produit d'une spéculation. Ainsi on ne peut vendre un bien que l'on ne possède pas et toute opération doit être adossée à un actif tangible. La finalité est d'assurer une stricte justice commutative. En outre, la thésaurisation est interdite tout comme l'accaparement des produits. Il faut en effet faire fructifier son bien pour le bien commun. En dernier lieu, toute forme d'activités et de produits illicites sont évidemment proscrits. Ainsi, il est primordial de distinguer ce qui est *halal*, c'est-à-dire autorisé par la *Chari'a*, de ce qui ne l'est pas, qualifié de *haram*. Le commerce dans certains secteurs d'activité comme l'alcool, la viande de porc, les armes et les jeux est à ce titre interdit.

L'Eglise catholique tout comme l'Islam n'ont jamais condamné le commerce. Au contraire, pour l'ordre moral islamique, si le commerce de l'argent est interdit, toute autre activité commerciale constitue une « action sanctificatrice ». On encourage l'investissement et l'argent constitue seulement un outil de mesure, d'échange et de réserve de valeur.

Se croisent alors les nécessités inhérentes au monde religieux d'un côté et à celui des affaires de l'autre. C'est dans cette mesure que vont être mis en œuvre des expédients qui se caractérisent, d'une part par des subterfuges juridiques, les *hiyal*, et d'autre part par des substituts à l'intérêt. Ce contre-droit des marchands va surmonter les difficultés liées aux prohibitions religieuses. En effet, la banque islamique conserve tout de même un objectif de rentabilité, d'efficacité conformément à son caractère d'établissement de crédit fonctionnant comme une véritable entreprise bancaire.² Même si la *Chari'a* préconise le partage des risques et des profits entre les différentes parties de la transaction financière, le système financier, qu'il soit conventionnel ou islamique, repose sur un objectif de mobilisation de ressources financières et leur allocation entre différents projets d'investissement.

² Sélim JAHEL, « Droit des affaires et religion », Revue Internationale de Droit Comparé, 2001, N°4

Les *hyals* sont de purs montages constitués par la juxtaposition de deux ou plusieurs actes dont les effets cumulés se neutralisent réciproquement ne laissant subsister que le profit recherché. Le droit musulman connaît un certain nombre de contrats nommés, dont la définition et le régime dépendent de leur objet et de leur finalité. Tant qu'un acte revêt la forme de l'un de ces contrats nommés, il est en général validé, d'autant plus qu'il est difficile de prouver que l'intention des parties est d'y camoufler un acte illicite. L'Islam a toujours encouragé la création et l'inventivité juridique notamment à travers deux principes. Le premier renvoie à l'*ijtihad* qui détermine l'effort destiné à trouver des solutions toujours plus proches de la réalité. Le second fait appel au *tajdid*, ou renouvellement, qui se fonde sur un hadith selon lequel Dieu dit : « j'enverrai à ma communauté au début de chaque siècle un rénovateur pour rénover. » Ainsi, le Coran ne commande pas une continuité sans faille, au contraire il préconise l'adaptation³. Aussi faut-il remarquer que le droit musulman défend le principe de l'autonomie de la volonté et confère à cet égard une force obligatoire au contrat :

« Ô croyants soyez fidèles à vos engagements contractuels » (V, 1)

La consécration du principe de la liberté contractuelle a permis aux pays arabo-musulmans d'adopter avec une grande souplesse des nouvelles formes de contrats. L'innovation juridique en matière d'expédients n'en aura été que facilité.

Dans le domaine bancaire, la nécessité d'attirer les investissements productifs pour assurer un développement économique durable a conduit les banques à trouver des subterfuges pour surmonter les contraintes liées à la *Chari'a*. L'exemple type de cette pratique est la *Mohatra* qui servait en Europe aux usuriers. L'opération comprend deux ventes successives entre les mêmes personnes portant sur le même objet. La première vente est faite pour un prix payable à terme et la seconde pour un prix payé comptant et qui est inférieur au précédent. La *Mohatra* fut d'ailleurs condamné par le Saint-Office en 1679. En outre, l'apport de la notion de personne morale par le droit occidental permettra de dissimuler les opérations illicites. La société fictive va faire transiter le versement d'intérêt. Dès lors, le but des produits de financement islamiques est d'évincer la prohibition du *riba*, d'assurer un revenu au prêteur et de réaliser des bénéfices.

³ CHEBLI Raya, « Financement bancaire et droit musulman : des solutions juridiques à une prohibition religieuse », mémoire USJ 2004

Les substituts à l'intérêt sont des instruments juridiques possédant une finalité propre : conclusion d'un contrat ou création d'une société. Il est possible de les classer en deux catégories : les mécanismes associatifs et les crédits associés à la vente, dont il sera traité de manière plus détaillée dans la suite du mémoire.

La première catégorie est d'abord constituée par la *mudaraba*, très proche de la société en commandite associant capital et travail. L'opération recouvre l'octroi de crédit rémunéré sous forme de bénéfice produit par la société en commandite. A côté, la *musharaka*, sous la forme d'une société en participation, va couvrir l'octroi d'un crédit par la banque aux soi-disant partenaires.

Dans la seconde catégorie, les crédits associés à la vente, on peut y faire figurer la *murahaba*, le crédit bail, la vente *salam* et le *bei bil wafa* ou aliénation fiduciaire. La *murahaba* se caractérise par la revente avec un supplément convenu qui représente le profit. Avec le crédit bail la banque acquiert des immeubles et le client a la possibilité de devenir propriétaire au terme du contrat de location. Définie par l'article 532 du code jordanien, la vente *salam* est la vente d'un bien à livrer à terme moyennant paiement comptant. Quant au *bei bil wafa* il s'agit du contrat par lequel l'acquéreur apparent d'un bien s'engage à le restituer à l'aliénateur lorsque celui-ci aura rempli les obligations qu'il a envers lui.

L'ensemble de cet appareillage réduit finalement à peu de chose l'interdiction du Riba.

La banque islamique est avant tout un établissement de crédit et fonctionne donc comme une véritable entreprise bancaire. La particularité tient à ce qu'à côté des organes détenant le pouvoir juridique se tiennent des organes spécifiques détenant le pouvoir moral. Des organigrammes modèles avaient été fournis par l'AIBI (Association Internationale des Banques Islamiques) afin qu'ils servent de références.

Cette structure organisationnelle a évolué suite à l'accroissement de la taille des banques et à l'évolution de l'activité financière islamique. Des entités telles que le département Etudes et Recherche et le département affaires internationales ont été créées. De manière générale la banque islamique est constituée d'organes de gestion et d'organes de contrôle.

D'abord, concernant les organes de gestion, l'assemblée générale des actionnaires désigne les membres du conseil d'administration qui délègue ses fonctions à un directeur général. Les

membres du conseil d'administration doivent être musulmans, disposer d'un nombre d'actions indiqué dans les statuts et ne pas exercer de fonction dans la banque. La durée du mandat est de 3 ans. Ce sont les statuts qui viennent préciser le nombre d'administrateurs ainsi que les pouvoirs et les modalités de fonctionnement du conseil. Les dirigeants managers doivent concilier l'ensemble des règles de gouvernances à la fois actionnariale, partenariale et religieuse.

S'agissant des organes de contrôle, se trouvent, d'un côté les organes classiques d'audit interne et externe et, de l'autre, la mission spécifique attribuée au comité de la *Chari'a*.

Les audits résultent d'une nécessité évidente de transparence et de régularité. Aucune opacité ne peut donc être maintenue sur les informations relatives à la qualité du capital, au respect des normes de compatibilité et à l'exposition au risque notamment. Pour des raisons tenant à la spécificité de la finance islamique, cette exigence d'inspection revêt une importance particulière pour les banques islamiques. Citons par exemple le système de partage de profits et des pertes qui requiert un respect strict des règles définies entre les parties prenantes et la transparence des informations.

Le comité de la *Chari'a* est l'organe obligatoire sans lequel la banque ne peut être qualifiée d'islamique. Les membres de ce comité sont chargés d'assurer la conformité des activités de la banque islamique avec les principes de la *Chari'a*. Ils sont en principe nommés par l'assemblée générale des actionnaires. Leur nombre peut varier de 3 à 7. Le profil exigé est rare puisqu'il s'agit, pour ces conseillers, d'avoir des compétences tant dans le domaine bancaire et financier que dans le domaine religieux. L'existence de différence d'interprétation rend la mission du comité assez délicate. Cet obstacle est surmonté par les banques établies au Soudan en Iran ou au Pakistan puisque les règles ont été formalisées. Le conseil doit donc juste vérifier que les règles ont bien été respectées. En Malaisie c'est au niveau de la banque centrale que le comité de la *Chari'a* peut élaborer les normes. Or, dans les autres pays, il appartient aux banques elles-mêmes de se doter d'un cadre de référence.

Les décisions du comité ne relève pas de caractère exécutoire mais il est difficile d'imaginer une banque aller à l'encontre d'une fatwa déclarant des activités illicites. Le pouvoir moral est non négligeable dans une telle structure. Enfin, chaque année, le comité de la *Chari'a* doit rendre un rapport d'audit religieux dont les standards ont été élaborés par l'AAOIFI. Ce

rapport doit établir la conformité des contrats et de la documentation qui s'y rapporte avec les règles et principes de la *Chari'a*. Il doit par ailleurs mentionner si des règles et principes ont été violés. Le rapport est ensuite publié dans le rapport annuel de l'institution financière islamique considérée. Le comité de la *Chari'a* soulève tout de même certaines interrogations puisque l'interprétation qui peut être faite sur certaines opérations relève finalement d'une appréciation discrétionnaire.

Même si l'essentiel du marché reste encore très concentré dans les Pays du Golf et l'Asie du Sud-est, le développement de la finance islamique s'étend actuellement bien au-delà des pays musulmans. La Grande Bretagne a été, en 2004, le premier pays européen à introduire sur son territoire une banque islamique : *l'Islamic Bank of Britain*. Puis, en 2006 et en 2007 ont été créés deux banques islamiques d'investissement, *l'European Islamic Investment Bank* et la *Bank of London and Middle East*. L'objectif affiché est de faire de Londres « le portail occidental et le centre mondial de la finance islamique »⁴. L'implantation s'opère de deux manières : soit par création de banques islamiques, soit par l'ouverture de « fenêtres islamiques » dans les banques conventionnelles. Désormais, les *soukouks* sont cotés sur le marché de Londres qui est devenu le deuxième marché secondaire après Dubaï.

Actuellement, le gouvernement français révèle clairement son intention d'une ouverture à la finance islamique. « Nous adapterons notre environnement juridique pour que la stabilité et l'innovation de notre place financière puisse bénéficier à la Finance Islamique et rendre ses activités aussi bienvenues à Paris qu'elles le sont à Londres et sur d'autres places », déclarait Christine Lagarde en juillet 2008. Avec 5 millions de musulmans, la France représente un marché potentiel en banque de détail pour la finance islamique. En fait, depuis la visite du président français en Arabie Saoudite en janvier 2008, la question de la position de la France sur la finance islamique est devenue omniprésente. Il faut tout de même préciser que la finance islamique n'est pas totalement absente en France. La majorité des fonds islamiques des pays du Golfe, telles que la *Gulf Finance House* ou la *Qatar Islamic Bank*, ont déjà investi dans l'immobilier français. Ces acquisitions ont été financées par des montages financiers islamiques de type *murabaha*. La banque aide des fonds islamiques qui viennent du Moyen-Orient à acquérir des biens immobiliers. Elle joue dans ce cas le rôle d'investisseur. Elle

⁴ Discours de Gordon Brown du 13 juin 2006

achète le bien pour son client et lui revend avec une marge négociée supérieure au coût d'achat. Le surcôt sert à rémunérer le service rendu et offre une alternative au prêt à intérêt interdit par le Coran. D'après Grégoire Simon-Barboux, responsable des financements structurés immobiliers Europe continentale pour la Société Générale CIB « 5 à 10 % des investissements réalisés dans l'immobilier commercial en France viennent de fonds originaires du Moyen-Orient, mais tous ne sont pas des fonds *Chari'a*. » Ces investisseurs sont rarement acteurs en direct, ils font affaire via des Asset Managers, en charge de trouver les actifs intéressants⁵.

La banque islamique est désormais présente en Europe, et indirectement en France, en vertu de la règle de libre établissement et de libre prestation de services. D'après l'article L.511-23 du Code monétaire et financier, toute banque islamique agréée dans un Etat de l'Espace Economique Européen peut, en France, « établir des succursales pour fournir des services bancaires et intervenir en libre prestation de services, sous réserve que le Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissements (CECEI) ait préalablement été informée ». La possibilité est donc offerte aux banques islamiques d'opérer en France à travers un passeport européen.

S'il n'existe pas encore de banque islamique en France, certaines banques françaises possèdent des filiales islamiques. BNP Paribas a ouvert en 2003, à Bahreïn, une unité spécialisée dans les opérations bancaires islamiques. Cette unité a pour objectif d'offrir à ses clients à travers le monde, et particulièrement dans la région du Golfe et dans les pays du Sud-Est asiatique, des produits financiers conformes à la *Chari'a*. Le Crédit Agricole ainsi que la Société Générale sont également présents dans ce secteur et ont ouvert des unités spécialisées dans le financement islamique à Bahreïn et à Londres. Le Crédit Agricole Asset Management (CAAM) a créé, au début de l'année 2008, une coentreprise de gestion d'actifs avec la *Banque Saudi Fransi*, sixième établissement bancaire saoudien. Cette entité, implantée à Riyad, a pour principale activité de proposer une gamme de fonds d'investissement conventionnels et islamiques. De son côté, BNP Paribas Asset Management (BNP PAM) a également renforcé sa présence dans la région du Golfe puisqu'elle a pris, en 2007, le quart du capital de la filiale de la banque d'investissement *Saudi Investment Bank* consacrée à la

⁵ Andréane FULCONIS-TIELENS, « La finance islamique a-t-elle un avenir prometteur en France ? », Revue Banque, novembre 2007, N°696

gestion d'actifs. Cette banque gère plusieurs produits conformes à la *Chari'a*, ce qui permet à BNP PAM de disposer d'un savoir-faire supplémentaire dans ce secteur.

Les banques françaises internationales sont aussi très présentes sur le secteur des dettes islamiques, notamment celui de l'émission de *soukook*. En 2007, BNP Paribas réalise la seconde plus importante émission obligataire en Arabie Saoudite pour *Saad Trading Contracting and Financial Services Company*. Durant cette même année, BNP Paribas a occupé la quinzième position dans le classement mondial des souscripteurs de *soukook* et la deuxième et onzième place respectivement en 2008 et 2009.

Le lancement, en 2008, par la Société Générale Asset Management Alternative Investments (SGAM AI), de deux produits conformes à la *Chari'a* à destination de l'île de la Réunion illustre bien le phénomène. Le premier produit, SGAM AI Chari'a liquidité, est un instrument basé sur un achat-revente de matières premières non spéculatif de type *murabaha* dont l'actif sous-jacent est constitué de métaux non précieux. Selon la *Chari'a*, le sous-jacent doit être un actif tangible et identifiable. Le second produit, SGAM AI Baraka Titre, est un support de placement en actions compatibles avec la *Chari'a*, à capital protégé au terme de huit ans. Ce produit est lié à la performance d'une sélection d'action du Dow Jones Islamic Market World Index⁶.

Au-delà du fait que la France possède la plus large population musulmane d'Occident, les tendances actuelles révèlent une volonté de l'action éthique selon ses convictions. Les autorités françaises ont exprimé un certain accord à l'accueil des acteurs de la finance islamiques et le réseau de professionnels, juristes, banquiers et gestionnaires d'actifs sont aujourd'hui familiarisés à la finance islamique et à ses spécificités.

Aussi, la cible des banques islamiques est plutôt celle des petites et moyennes entreprises (PME), essentiellement pour des raisons liées à la structure juridique des financements qu'elles pratiquent. Or, les PME françaises font face à des difficultés de financement de leur croissance liées au resserrement du crédit bancaire et à une raréfaction des possibilités d'introduction ou de refinancement en bourse. Selon une étude portant sur les besoins de financement des PME françaises, on estime qu'« il y a en France, encore plus que par le

⁶ Ghassen BOUSLAMA, « La finance islamique : une récente histoire avec la France, une longue histoire avec ses banques », Revue d'économie financière, novembre 2009, N°95

passé, un manque de capitaux disponibles pour des entreprises de croissance opérant dans les secteurs traditionnels, qui réalisent entre 5 et 100 millions d'euros de financement »⁷. Les banques islamiques pourraient ainsi constituer pour les PME une alternative de financement.

Cependant, le droit islamique fait l'objet de plusieurs controverses. Tout d'abord, l'absence de lois écrites peut poser certaines difficultés. En effet, les techniques de financement islamique dérivant d'un corps de principes prévus dans le Coran, nombreuses sont les divergences doctrinales. Il existe souvent des séries d'interprétations provenant d'auteurs appartenant à des écoles ou des rites différents. Ensuite, l'absence de jurisprudence récente et de doctrine précise et exhaustive permettent d'expliquer les contestations qui pourraient s'élever contre la finance islamique.

Quoi qu'il en soit, l'agrément bancaire que doit obtenir la banque islamique étrangère avant d'exercer son activité en France émane du CECEI. Ce dernier vérifie que l'établissement concerné satisfait à un certain nombre de conditions d'ordre juridique, économique et organisationnel comme le prévoit les articles L.511-10 à L.511-13 du Code monétaire et financier. Ainsi, la banque étrangère qui choisit d'installer une filiale en France doit constituer une société selon les règles du droit français. Selon la doctrine du CECEI il y a une obligation de parrainage avec « un établissement de renom déjà implanté en France ». Le CECEI vérifie aussi la qualité des apporteurs de capitaux et l'organisation de l'actionnariat. Il s'assure en outre de la sécurité de la clientèle et du bon fonctionnement du système bancaire. Il semble pourtant clair qu'au final l'agrément dépendra d'une décision de politique monétaire et financière. La question devra aussi être posée de la contradiction du système bancaire islamique avec le principe à valeur constitutionnel de laïcité.

Il convient alors de s'interroger sur le point de savoir dans quelle mesure une banque islamique peut s'établir en France.

Si le contexte paraît favorable à l'établissement d'une banque islamique en France en raison des compatibilités des principes et des instruments de financement (Partie 1), des aménagements sont toutefois nécessaires face aux obstacles juridiques et fiscaux (Partie 2).

⁷ Nextage Private Equity, « Rapport sur les besoins de financements des PME françaises », 2003

PREMIERE PARTIE – Un contexte favorable à l'établissement d'une banque islamique en France

Depuis ces dernières années, le système bancaire français s'ouvre de manière assez pragmatique à la finance islamique. L'avancée la plus remarquable est sans doute la note publiée par l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) le 17 juillet 2007. Celle-ci constitue le premier texte de droit français qui vise expressément la finance islamique. Elle autorise un OPCVM (Organisme de Placement Collectif en Valeurs Mobilières) à utiliser des critères autres que financiers pour sélectionner les titres dans lesquels il investit. Pour la première fois est ouverte la voie des OPCVM islamiques en France⁸. La réception en droit français de la finance islamique se traduit donc parfois par certaines adaptations du cadre juridique. Outre le fait que le droit français partage avec la *Chari'a* des principes semblables (comme la prohibition de l'usure, le respect de l'ordre public...), il contient de nombreuses dispositions permettant d'accommoder la finance islamique, que ce soit en matière de gestion collective ou de financement et d'investissement.

Il s'agit d'observer la compatibilité entre la banque islamique et la banque conventionnelle française tant au niveau des principes (*Section 1*) qu'au niveau des techniques de financements (*Section 2*).

Section 1 - Une compatibilité au niveau des principes prescrits par la Chari'a

Le Coran et la Sounna, d'une part, et la jurisprudence créée par les Oulémas (*fiqh*), d'autre part, ont posé les règles de la *Chari'a* régissant la vie de l'individu dans son ensemble. Le Prophète édicta ses principales prescriptions à Médine, ville marchande florissante où il était nécessaire d'encadrer les pratiques commerciales. Ayant lui-même vécu dans un milieu de commerçants, il a encouragé ceux-ci à se comporter dignement et honnêtement, à investir et à

⁸ Gilles SAINT MARC, « Le droit français est-il compatible avec la finance islamique », *Banque Magazine*, 1^{er} juin 2008, n°703, p. 60-63

faire fructifier leur argent par des moyens licites⁹. Du fait de l'essor économique dans la péninsule arabique, le Prophète souhaitait organiser l'économie suivant une éthique et une moralité très élevées spécifiques au système musulman naissant. Ainsi, les obligations religieuses auxquelles sont soumis les musulmans dans la sphère économique revêtent une importance non négligeable (§ 1). Ces principes fondamentaux ne sont d'ailleurs pas étrangers aux exigences applicables dans le système financier occidental. L'Eglise catholique du Moyen-âge avait fermement combattu les abus commis par les marchands de l'époque en interdisant le prêt à intérêt. Aujourd'hui la législation française encadre les relations contractuelles en matière bancaire grâce aux dispositions du code civil, du code de la consommation, du code des marchés financiers et du code du commerce. Dans cette mesure, on peut considérer que les fondements *Charii* de la finance islamique comportent leurs équivalents en droit français (§ 2).

§ 1 – Les implications d'ordre économique des exigences Charii

L'idéologie musulmane favorise l'activité économique puisque, par le travail, l'homme peut atteindre l'objectif ultime : le bien-être par la richesse tout en respectant les principes prescrits par la *Chari'a*. Est alors interdit le profit quand il est réalisé par des moyens illégaux et immoraux. La corruption et l'exploitation des pauvres par les riches au moyen de transaction usuraires ou aléatoires étaient très répandues à l'époque du Prophète. Ce dernier s'employa donc à interdire ces comportements¹⁰. Dès lors, le système financier islamique est contraint par des principes régissant la pratique des opérations bancaires.

En premier lieu, la *Chari'a* prohibe la perception d'intérêt, le *riba*. Etymologiquement, le *riba* signifie augmentation, accroissement ou gain. Schacht le définit comme étant « un avantage monétaire sans contrepartie qui a été stipulé en faveur d'un des contractants, lors de l'échange de deux valeurs de type monétaire ». Ainsi le *riba* implique toujours une transaction qui suppose une contrepartie où l'équivalence des prestations n'est pas respectée. L'équilibre des obligations réciproques des parties est rompu, bouleversant alors l'économie générale du contrat. Il faut donc distinguer vente permise et vente interdite :

« Dieu a permis la vente et a interdit l'usure » (II, 275)

⁹ Nabil A. SALEH, *Unlawful gain and legitimate profit in islamic law*, éd. Graham & Trotman, 1992, p.15

¹⁰ Joseph SCHACHT, *Encyclopédie de l'Islam*, 1936, p. 1227 à 1230

L'usure ou l'intérêt qui sont à la base du *riba* sont un enrichissement sans cause qui déséquilibre les prestations. Il ne s'agit pas seulement de l'usure au sens usuel du terme que nous lui connaissons, mais aussi de l'application à toute forme de financement d'un taux d'intérêt prédéterminé et fixe, quel qu'il soit, si bien que, dans la religion musulmane, *riba* signifie indifféremment usure et intérêt, créant un amalgame des deux notions.

L'interdiction du *riba* prend sa source dans les versets 275, 278 et 279 de la sourate II du Coran et dans une parole attribuée au Prophète « Dieu a maudit celui qui se nourrit d'usure, celui qui l'offre, celui qui en témoigne et celui qui en établit le contrat ». Cependant, l'interprétation de ces versets a prêté à controverse. Deux positions se confrontent opposant les moralistes tenant de la thèse extensive du *riba* aux praticiens cherchant à limiter les règles prohibitives¹¹. La théorie extensive a été fermement défendue par les écoles Hanéfite et Chaféite qui exigeaient de passer au crible toutes les opérations juridiques au nom de l'islamité et de la moralité. Ainsi, la notion de *riba* « ne se limitait plus au prêt à intérêt mais à toute prestation de somme d'argent ou de choses fongibles dues par une personne à une autre engendrant un profit réalisé par l'une des parties sans contrepartie »¹². Au XXe siècle, la position rigoriste s'est vue opposer une nouvelle théorie qui souhaitait un assouplissement de la notion afin de s'adapter au développement économique du moment. Deux sortes de prêts seraient à distinguer : les prêts pour la consommation, interdits car l'argent prêté n'est pas productif, et les prêts pour la production, autorisés. Mais pour l'instant, bien que les avis divergent, c'est tout de même la règle prohibitive qui est retenue, les juristes musulmans appliquant de manière extrême la *Chari'a*.

Cette interdiction a emporté des conséquences importantes au début de l'Hégire. En effet, les croyants ne pouvant se livrer à de telles pratiques, ils en chargèrent les Juifs pour mettre au point les lettres de change et les billets à ordre. A l'heure actuelle, le *riba* constitue la contrainte principale à laquelle sont confrontées les banques islamiques. Les opérations ne doivent, ni de manière directe ou indirecte, comporter une rémunération fixe ou préalable. Ainsi la notion de prêt tel que pratiqué par les banques de droit commun ne peut être retenue par les banques islamiques. De même, l'ouverture de comptes bloqués ou livrets d'épargne productifs d'intérêts est prohibée. C'est l'idée de rémunération et de garantie exigée en

¹¹ Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, éd. Economica, 1995, p. 48 à 55

¹² Alain Abi HAIDAR, *La banque islamique*, thèse, Paris II, 1991

contrepartie d'un prêt qui est interdite, qu'il s'agisse d'un crédit d'argent, d'une avance en compte, de l'escompte des effets de commerce ou de l'affacturage. Certaines autorités religieuses, tel que le cheikh d'Al Azhar en Egypte, ont proclamé le caractère licite de certains type d'intérêts car seule l'usure serait prohibée, néanmoins la majorité des Ulémas continue à ce jour d'adopter une interprétation restrictive en interdisant toute forme de taux d'intérêt dans la conduite des opérations financières¹³.

Un autre principe va de pair avec la prohibition de l'intérêt : le partage des pertes et profits (PPP) entre l'épargnant et la banque. Si l'intérêt est interdit, le prêt ne l'est pas et est même conseillé à ceux qui en ont besoin. Selon l'approche islamique, celui qui prête de l'argent à des fins commerciales et industrielles doit réclamer une part du profit. Il devient, en effet, copropriétaire du capital et partage le risque de l'entreprise. Les deux parties assumant un risque ont intérêt à s'engager dans des opérations rentables et à travailler pour la réussite du projet financé. On peut considérer ce principe PPP comme une solution alternative à la rémunération du prêteur en l'absence de taux d'intérêt. Ainsi, le partage des pertes et profits est censé assurer à la banque islamique à la fois un substitut au taux d'intérêt et une incitation à s'engager dans des activités extra-bancaires.

Ensuite, sont interdits les contrats aléatoires qui contiennent un risque, une incertitude qui perturberait l'équilibre des prestations. On appelle *gharar* les transactions affectées d'un aléa, c'est-à-dire le commerce des produits dont l'existence est incertaine. Il en résulte l'impossibilité de savoir à l'avance s'il y aura perte ou profit. La source de cette interdiction se trouve dans le Coran qui prohibe la pratique des jeux de hasard au verset 219 de la sourate II. Il faut retenir deux catégories d'aléas : le caractère aléatoire de l'opération commerciale elle-même, et l'incertitude tenant aux biens échangés. Ce principe découle de l'idée que le contrat a un caractère sacré. Son objectif est donc de réduire l'asymétrie d'information et l'incertitude dans le contrat.

Le *gharar* peut se caractériser soit par l'engagement incertain ou relatif d'une des parties, soit par le paiement conditionnel d'une des parties, soit par l'imprécision du coût au moment de la signature du contrat. Ce déséquilibre sera nécessairement au profit de l'une des parties et au détriment de l'autre. L'une effectuera donc un gain non calculé à l'avance et réalisé sans

¹³ Chucuri-Joseph SERHAL, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *Banque & Droit*, 1^{er} mars 2006, n°106, p.36 à 43

effort. Or dans l'optique de l'ordre moral islamique, la contre-valeur du contrat doit être le fruit d'un travail fourni, qui lui-même justifie la perte ou le bénéfice réalisé.

Plusieurs *hadiths* donnent des exemples de contrats entachés de *gharar*. Le Prophète mentionne la vente d'oiseaux qui volent dans le ciel, de poissons qui nagent dans la mer ou d'un œuf non encore pondu. Il faut entendre par ces illustrations que l'existence de *gharar* désigne généralement la vente d'une chose qui n'est pas suffisamment identifiée tant par sa nature, sa qualité que sa quantité. Transposé à l'époque actuelle il désignerait l'achat ou la vente d'un matériel dont le prix sera fixé ultérieurement, ou l'achat ou la vente d'un immeuble dont les caractéristiques seront définies plus tard. Aussi, il a été jugé par l'unanimité des comités *Chari'a* que les options d'achat ou de vente ainsi que les contrats d'assurance constituent une opération de *gharar* prohibée par le droit musulman. Pourtant, l'assurance existe dans la pratique. Elle est appelée *takafoul* et consiste en une sorte de fonds destiné à assurer un support financier à ceux des partenaires du fonds qui seraient dans le besoin.

Cependant, contrairement à l'application du principe de l'interdiction du *riba*, l'application du *gharar* n'est pas toujours évidente. En effet, il ne faut pas le confondre avec la vente à livraison différée, *istina*, qui elle est parfaitement légale en droit musulman. Aussi, le *gharar* peut être difficile à détecter quand il porte sur un élément qui n'apparaît pas immédiatement, autre que le prix ou le délai, notamment dans les contrats relatifs à de grands projets de construction¹⁴.

Par ailleurs, la théorie économique islamique interdit toute forme de spéculation, *maysir*. C'est dans cette mesure que sont interdites les opérations à terme connues sous le nom de *futures* ainsi que les options de nature spéculatives. Cette prohibition est une mise en garde contre le risque. Ainsi, on ne peut vendre un bien que l'on ne possède pas, toute opération doit être adossée à un actif tangible.

La pratique de la thésaurisation est de même tout à fait condamnée, qu'il s'agisse de thésaurisation de l'argent ou de l'accaparement des produits.

¹⁴ Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique*, éd. Revue Banque, 2009

« A ceux qui thésaurisent l'or et l'argent et ne les dépensent pas dans le sentier de Dieu, annonce-leur un châtement douloureux... Goûtez donc de ce que vous thésaurisez ! »
(34 et 35, IX)

Cette prohibition est basée sur l'idée selon laquelle l'argent ne doit pas être mis en réserve, mais doit être investi de manière productive. Il faut faire fructifier son bien pour le bien commun.

En dernier lieu, les principes fondamentaux musulmans font état de l'obligation pour les opérations de financement islamiques de porter sur des actifs acceptables par la religion, c'est-à-dire des actifs *halals*. Par suite, les activités sont dites *halals* lorsqu'elles ne sont pas illicites. Est concerné le commerce dans certains secteurs d'activités tels que l'alcool, la viande de porc, les armes, les jeux. Par extension sont interdites les opérations avec les entreprises que l'on considère comme compagnies écrans quand ces dernières ont des participations ou des relations commerciales avec des entreprises qui font commerce de produits *haram*. A ce titre, les techniques de financement islamique ne pourraient pas servir de support à une prise de participation dans des entreprises dont l'objet est le commerce d'alcool ou de porc.

Cependant ce principe est d'application relativement souple puisque le projet à financer est considéré dans son ensemble. Ainsi, les financements destinés à l'achat d'appareils pour une compagnie aérienne qui servent de l'alcool à bord des avions sont désormais admis. La justification retenue peut se comprendre par le fait que la compagnie achète un appareil pour assurer le transport et non pour vendre de l'alcool. Ainsi, l'investissement islamique ne peut porter que sur une société ayant un objet social *halal*. Mais l'appréciation des actifs *halals* se fait aussi grâce à un second critère : le niveau d'endettement de la société objet de l'investissement. Ce ratio d'endettement ne doit pas être supérieur à 33%, calculé sur la base total dettes/total actifs.

L'activité n'est pas considérée comme *halal* lorsqu'elle se rattache à une transaction portant sur l'or, l'argent, la monnaie, ceci afin d'éviter la spéculation. Des types de contrats sont aussi dits *haram* quand ils comportent une condition suspensive ou qu'il s'agit de contrats doubles (vente et prêt par exemple). La pratique de la surenchère et la vente sous contrainte sont également interdites.

Afin que l'ensemble de ces prescriptions soient appliquées dans la pratique, la banque islamique doit avoir institué en son sein un organe de contrôle religieux. Ainsi, le comité *Chari'a* a-t-il pour rôle de valider ou non les opérations bancaires. Ce conseil religieux de surveillance indépendant doit réaliser un « audit religieux » des activités de la banque. Il assure en fait un rôle de double gouvernance : celle relative à la conformité des transactions commerciales aux principes de la *Chari'a*, et celle relative au respect par la banque des règles de l'éthique islamique¹⁵.

L'ensemble des principes régissant la vie des affaires du croyant musulman n'est pas inconnu des systèmes économiques occidentaux. Les préceptes posant les interdictions relèvent aussi, et surtout, d'une morale et d'une éthique commerciale. Il n'est donc pas étonnant de constater l'existence de leur équivalent en droit français.

§ 2 – *Les équivalents en droit français des fondements Charii de la finance islamique*

Le fonctionnement d'une banque islamique est évidemment assez différent de celui d'une banque conventionnelle mais les fondements éthiques et moraux ne semblent pas être si éloignés. Le rapprochement des principes issus de la *Chari'a* et du droit français permet d'observer que ces règles partagent une idéologie commune.

La prohibition du *riba* qui interdit toute rémunération fixée en fonction du seul écoulement du temps connaît un équivalent en droit français : la prohibition de l'usure.

Dans l'antiquité, la pratique du taux d'intérêt n'était pas interdite et ces taux pouvaient être très importants. Le créancier avait d'ailleurs la possibilité, à la mort du débiteur, de réduire en esclavage ses enfants. Face à une telle situation la législation juive a introduit les interdictions au prêt à intérêt dans le Pentateuque de l'Ancien Testament. Dans l'Exode (chapitre 22, verset 25) et le Lévitique (chapitre 25, versets 34 à 46), la pratique de l'usure est condamnée sous la notion de *tarbit*. Le *tarbit* était interdit entre juifs mais permis entre juifs et non-juifs. Ils

¹⁵ M. BOUDJELLAL, *Le système bancaire islamique, aspects théoriques et pratiques*, Institut international de la pensée islamique, 1998, p.1

pratiquaient donc le prêt à intérêt en vertu du verset 23-20 du Deutéronome : « Tu peux charger intérêt à un étranger, mais pas un frère israélite » (23-20).

Dès les débuts de la chrétienté, la pratique du prêt à intérêt était défendue. S'appuyant sur les écrits d'Aristote le droit canon répugnait l'idée que l'argent puisse « faire des petits ». Ainsi, l'Évangile selon Saint-Luc dans l'Ancien Testament formule à son chapitre 6, verset 34 :

« Si vous ne prêtez qu'à ceux dont vous espérez restitution, quel mérite? Car les pêcheurs prêtent aux pêcheurs afin de recevoir l'équivalent »

La miséricorde, l'idéal de sainteté doivent l'emporter sur la simple justice et sa fonctionnalité économique. Saint Thomas d'Aquin s'était penché sur la problématique de l'usure et en avait déduit qu'elle constituait un véritable péché. En effet, le prêt à intérêt conduit à ce qu'un produit s'interpose entre les sommes d'argent échangées. "Le prêteur à intérêts échange directement deux sommes inégales, aussi [dans l'usure] devient-elle tout à la fois principe, moyen et fin".

L'utilisation de l'argent n'est pas condamnée, à condition que cela ne soit pas une fin, mais seulement un moyen, ce qui rejoint la conception islamique. Dans les Évangiles, les passages mentionnant l'argent sont très nombreux. Ils encouragent le don aux pauvres selon le principe de charité. L'obligation de l'aumône, un des cinq piliers de l'Islam, se rapproche ainsi de la conception chrétienne du renoncement et du don sans contrepartie. Il s'agit, par ce biais, de remplir plusieurs objectifs sociaux pour les deux religions : purifier l'âme humaine de l'avarice, de l'avidité et de la convoitise, aider les pauvres afin de favoriser une véritable entraide sociale. Les Évangiles condamnent aussi très sévèrement ceux qui ne font pas fructifier leurs talents. On ne peut s'empêcher de faire le parallèle avec l'enseignement du Prophète selon lequel il faut limiter l'accumulation et la concentration de biens chez les riches afin qu'ils ne soient pas aux mains d'une minorité de la société. La finalité de ces exigences religieuses reste avant tout dans le giron de l'utilité publique ce qui explique que les deux religions aient prescrit de telles lignes de conduite.

L'interdiction de l'usure par l'Eglise catholique et par les prescriptions du Prophète va conduire à l'essor de la banque juive dans les pays chrétiens et musulmans du Moyen Âge¹⁶. En Occident, l'interdiction du prêt à intérêt est intégrée au droit laïc sous Charlemagne et perdue pendant tout le Moyen Âge. Le Concile de Latran en 1179 rend l'interdiction de l'usure absolue et universelle. L'usure est d'ailleurs placée, au Concile de Lyon de 1274, sous la juridiction des tribunaux ecclésiastiques, ce qui revient à traiter les usuriers comme des hérétiques. Aussi en 1311, au Concile de Vienne, le pape déclare-t-il nulle et vaine toute la législation civile en matière d'usure. Les évêques de France menacèrent même d'excommunication ceux qui prêtaient à intérêt et aussi les seigneurs qui le leur permettaient.

Dans la chrétienté, des polémiques interminables tournèrent autour de la pratique de l'intérêt et de la sévérité avec laquelle il fallait appliquer son interdiction : entre, d'une part, les thomistes et les jésuites, de tendance rigoriste, et, d'autre part, les jansénistes, aux vues plus modérées. L'influence du calvinisme conduit à recadrer le débat dans une optique plus libérale. La Réforme protestante, par la voix de Jean Calvin, a en effet contribué à la levée progressive de l'interdit du prêt à intérêt dans les pays européens. Sous la plume de Calvin, dans sa lettre sur l'usure, en 1545, le protestantisme justifie la légitimité de l'intérêt : le capital a un « caractère de bien immédiatement productif » et l'intérêt acquiert ainsi un caractère licite. Moralistes et économistes intervinrent dans le débat. En 1787, Jeremie Bentham publia un texte au titre évocateur, *Defence of Usury*, s'opposant à Adam Smith qui, bien que père du laisser-faire, était en faveur d'un plafonnement des taux d'intérêt¹⁷. Thornton démontre que la limitation du taux d'intérêt est facteur d'inflation¹⁸. Au XXe siècle, Keynes montre que la satisfaction du désir de liquidité des individus est un obstacle au plein emploi¹⁹. Il est donc favorable à une réglementation fixant un taux compatible avec le plein-emploi.

L'interdiction du prêt à intérêt fut finalement abolie du droit canon en 1830. Seul subsiste, dans nos sociétés laïques, l'opprobre lié à l'usure proprement dite.

Le code de la consommation définit les prêts usuraires à son article L. 313-3 : Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment

¹⁶ André Lapidus, "La propriété de la monnaie : doctrine de l'usure et théorie de l'intérêt", *Revue économique*, n°6, novembre 1987, p. 1095-1110.

¹⁷ Christian LAVAL, *Jeremy Bentham, les artifices du capitalisme*, PUF, coll. « Philosophies », 2003, p.127

¹⁸ THORNTON, *An enquiry into the Nature and Effects of the Paper Credit of Great Britain*, 1802

¹⁹ KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, 1936

où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'autorité administrative après avis du Comité consultatif du secteur financier. L'usure est donc interdite sous peine d'une sanction civile de restitution des perceptions excessives (L. 313-4) et d'une sanction pénale de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 45 000 euros (L. 313-5). Depuis 2003, le délit d'usure est abrogé lorsque l'opération de crédit concerne une personne morale exerçant une activité professionnelle, que cette activité soit de nature commerciale ou non et que la personne morale soit de droit privé ou de droit public.

Ainsi, la loi du 1^{er} août 2003²⁰ a exclu les entreprises du champ d'application des dispositions du code de la consommation relatives à l'usure. La nature du prêt est sans incidence sur l'abrogation du délit : que l'opération de crédit soit un prêt classique, un découvert en compte, une opération d'escompte ou de l'affacturage, le délit est abrogé. Cette dépénalisation du délit d'usure a pour objectif de faciliter l'accès au crédit pour certaines entreprises, qui, en raison du risque élevé qu'elles représentent pour leur prêteur, pouvaient se voir refuser tout crédit parce que la réglementation sur l'usure interdisait au banquier de leur accorder à un taux lui assurant une rémunération satisfaisante de sa prise de risque.

Mais tout comme la prohibition du *riba*, l'interdiction de l'usure, est résiduelle et détournée par les nombreuses exigences posées par le système économique capitaliste.

Concernant le principe du partage du profit et des pertes (PPP), il existe la même obligation en droit des sociétés. L'article 1844-1 du Code civil dispose que « La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire ». Aussi, le Code des marchés financiers à ses articles L.313-13 et suivants pose les règles du régime des prêts participatifs. Les régimes des titres participatifs et des obligations participatives sont quant à eux régis par le Code du commerce. Cette exigence de PPP en droit islamique connaît donc son équivalent en droit français.

²⁰ Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique

L'ordre moral islamique n'autorise pas la spéculation et les situations d'incertitudes. Il prohibe à ce titre le *gharar* et le *maysir*. En droit français, le code civil classe dans les contrats aléatoires le contrat d'assurance, le jeu, le pari et le contrat de rente viagère. La similitude avec les principes islamiques ressort tout particulièrement à travers la législation sur le jeu. L'article 1965 du Code civil dispose que « La loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari ». C'est la loi du 21 mai 1836 qui a prohibé en France les loteries de toutes espèces. Le principe reste donc l'interdiction. Le législateur est venu par la suite préciser certaines exceptions telles que la loterie nationale. Démontrant d'un encadrement strict de cette pratique, les instruments de contrôle sont nombreux. Des commissaires aux comptes, contrôleurs de l'Etat, et la Cour des comptes effectuent les vérifications nécessaires sur les activités des loteries, casinos ou cercles de jeu.

La pratique des jeux est d'ailleurs aussi encadrée par le code de la consommation puisque l'objet de la législation est avant tout la protection du consommateur qui représente une partie facilement manipulable par ceux qui propose les gains d'argent fondés sur le hasard. Le code de la consommation dispose à son article L. 121-36 que « Les opérations publicitaires réalisées par voie d'écrit qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain attribué à chacun des participants, quelles que soient les modalités de tirage au sort, ne peuvent être pratiquées que si elles n'imposent aux participants aucune contrepartie financière ni dépense sous quelque forme que ce soit ». Chacun des lots doit être classé dans un inventaire « lisible » et sont précisés leur nature, nombre et valeur commerciale sous peine d'une amende de 37 500 euros. On rejoint ici les principes posés par le droit musulman qui exigent d'éliminer tout aléa, qu'il porte sur l'opération commerciale elle-même ou sur les biens concernés. L'interdiction du *gharar*, tout comme l'interdiction posée par la législation française sur le jeu, s'expliquent par une nécessité d'éviter les abus exercés sur le joueur du fait du caractère aléatoire du contrat et de l'absence de contrepartie déterminée. On cherche à protéger le consommateur considéré comme la partie faible au contrat.

Le droit des obligations dans le système juridique français renvoie à l'interdiction du *gharar* à travers deux notions fondamentales : l'objet et la cause. D'abord, l'objet du contrat doit être déterminé ou déterminable tel que l'article 1129 du Code civil l'exige. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une chose autre que l'argent, on doit pouvoir l'individualiser et ne pas la confondre avec une autre. Si cette chose n'a pas été suffisamment déterminée avant la conclusion du contrat, celui-ci est nul. Quand est en cause une chose-objet monétaire, elle doit être évaluable en

argent. La jurisprudence a d'ailleurs procédé à l'encadrement des contrats à exécutions successives qui peuvent poser des problèmes lorsque sont constatées de grandes distorsions entre contrats cadre et contrats successifs. Ensuite, le droit des obligations impose l'existence d'une cause lors de la conclusion du contrat. Il y a défaut de cause et, par suite, nullité du contrat quand l'engagement d'une partie est dépourvue de contre-prestation. Le lien avec la prohibition du *gharar* est aisé à établir. L'ordre moral islamique rejette l'idée de l'impossibilité contractuelle de savoir à l'avance s'il y aura perte ou profit. Il faut nécessairement que la convention conclue entre les deux parties soit la source d'une contrepartie pour chacune.

Il apparaît aussi que l'exigence d'activités *hallal* a son pendant en droit français : la protection de l'ordre public. « On ne peut déroger, par des convention particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » dispose l'article 6 du Code civil. Le caractère d'ordre public de la règle entraîne la nullité des conventions contraires. Aussi, dans le domaine du droit des contrats, l'article 1133 du Code civil renvoie à cette exigence : la cause est appréciée au regard de la loi, au regard des bonnes mœurs, et au regard de l'ordre public.

En droit bancaire et financier, il est acquis que c'est la loi de banque qui définit les règles applicables entre les parties. Cependant, cette loi de banque est exclue lorsque les rapports bancaires sont déjà régis par les lois de police²¹. Le règlement communautaire Rome I définit la loi de police comme « une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique [...] ». Constituent, par exemple une loi de police, les dispositions légales relatives à l'usure. Ainsi, la protection de l'ordre public est une règle qui, comme le principe de l'activité *hallal*, guide et contraint les relations contractuelles jusque dans le domaine de la banque.

Contrairement au droit musulman il n'existe pas une liste exhaustive des activités *haram* en droit français mais la jurisprudence est venue apporter des précisions quant à ce qui est considéré comme illicite. La différence entre les deux systèmes juridiques tient à l'interprétation divergente de ce que recoupe l'ordre public. En effet, c'est une notion évolutive dans le temps et dans l'espace. L'interdiction de l'alcool dans l'ordre islamique ne s'applique pas de manière aussi absolue en droit français. Mais il est tout de même possible de

²¹ Thierry BONNEAU, *Droit bancaire*, 8^e ed. Montchrestien, 2009

rapprocher la notion de *hallaal* à celle d'ordre public puisque, même si elles ne renvoient pas forcément dans un même degré aux mêmes interdictions, l'idée de respect d'une certaine morale et éthique est censée guider les activités commerciales dans les deux systèmes juridiques.

La banque islamique est souvent présentée comme ayant une approche différente de celle de la banque conventionnelle. Pourtant le rapprochement des principes de la *Chari'a* et du droit français permet d'établir des similitudes au niveau des fondements idéologiques. L'intérêt général est en effet pris en compte dans le calcul économique et la banque conventionnelle n'est pas dénuée de sens moral et éthique. Ces similitudes augurent donc d'une éventuelle compatibilité entre les deux systèmes juridiques, du moins au niveau des principes. Il s'agit alors d'observer les instruments juridiques utilisés par la finance islamique afin d'en établir la compatibilité avec la finance conventionnelle.

Section 2 - Une compatibilité au niveau des techniques de financement islamique

Le système économique islamique relevant de l'idéologie religieuse, le fonctionnement de la vie des affaires dans la pratique se trouve bloqué par les prohibitions posées par la *Chari'a*. Les marchands ne se sont pourtant pas soumis de manière absolue à la loi coranique. Ils ont élaboré des mécanismes permettant de surmonter les difficultés liées aux prohibitions. L'enjeu fondamental de la finance islamique réside dans la capacité des banques à concilier les techniques nouvelles du droit des affaires et les convictions religieuses inspirées du Coran et de la *sunna*. Un certain nombre d'opérations bancaires est en effet exclu par les banques islamiques telles que le prêt bancaire classique, l'avance en compte, l'escompte des effets de commerce et l'affacturage. Il a donc fallu trouver des palliatifs donnant à la vie juridique une dynamique nouvelle. Si l'ensemble des principes religieux font l'originalité du système financier islamique, il existe des expédients qui permettent de surmonter le cadre prohibitif. On peut, dès lors, atténuer le « droit des clercs » posant les règles fondamentales religieuses par le « contre-droit des marchands »²². Ce dernier se caractérise par des *hiyals*, ou subterfuges juridiques, comme vus dans notre propos introductif, et par des substituts à l'intérêt. Il s'agit alors de chercher si ces substituts à l'intérêt peuvent être compatibles avec les opérations de financement classiques des banques françaises. Les banques islamiques utilisent, d'une part, des mécanismes associatifs (§ 1), et, d'autre part, le crédit associé à la vente (§ 2) afin de détourner les interdictions posées par la *Chari'a*. Il faut donc observer les compatibilités de ces deux formes de substitut avec le cadre juridique français.

§ 1 – Les mécanismes associatifs

La banque est considérée d'un point de vue religieux comme un intermédiaire financier. Elle ne peut recourir à une rémunération sous forme d'intérêts sur les fonds déposés ou engagés dans les opérations d'investissement. Elle se doit d'entreprendre des opérations d'investissements véritables pour les épargnants qui ont déposé leur argent dans un compte d'investissement. Les banques ont donc recours à certains contrats classiques en droit musulman, notamment à des mécanismes associatifs. Les modes de financement de type

²²Sélim JAHEL, « Droit des affaires et religion », Revue Internationale de Droit Comparé, 2001, N°4

participatif se caractérisent par deux instruments financiers originaux : la *moudharaba*, un prêt rémunéré sur les bénéfices, et la *mousharaka*, un partenariat actif.

En premier lieu, la *moudharaba*, sorte de compte d'épargne islamique, remonte à la période du Prophète, qui, lui-même, utilisait ce contrat qui servait à financer le transport des marchandises par les caravanes dans le désert. La *moudharaba* est le contrat d'association entre deux parties au moins en vertu duquel l'une d'elles apporte son capital, l'autre son travail ou son industrie dans une perspective de partage des bénéfices réalisés²³. La *moudharaba* est l'équivalent d'une société en commandite simple ou par actions, le client étant le commanditaire, *rab al mal*, et la banque le commandité, *moudareb*. Le client avance les fonds sans aucune garantie sur le capital et la banque prend en charge la mission de gérer cette liquidité et de l'investir sur le marché financier. La partie qui gère le capital apporte son savoir-faire et n'effectue aucun apport en numéraire.

Les profits seront répartis entre les deux parties sur une base prédéterminée. Les deux parties partagent les risques de l'affaire puisque tant les profits de l'investisseur que la rémunération du *moudareb* dépendent du résultat de la gestion du capital. Ceci incite le *moudareb* à gérer le capital de manière optimale, puisque sa rémunération est fonction des profits éventuellement réalisés. Ainsi, en l'absence de profits, le *moudareb* ne recevrait pas la rémunération convenue. Quant aux pertes, elles seront supportées intégralement par le client, sauf en cas de négligence ou de faute lourde du *moudareb*, auquel cas les pertes seraient subies par lui à titre exclusif. Concernant la responsabilité de l'investisseur, elle est limitée au montant de la somme qu'il aurait investi. L'investisseur ne répond pas des actes que le *moudareb* aurait effectués au titre de la gestion du portefeuille faisant l'objet de la *moudharaba*.

Le *moudareb* peut être une personne physique ou morale, et il peut être soit une banque, soit un client d'une banque. Si l'on prend le cas où le *moudareb* est une banque, le client dépose des fonds auprès d'une banque afin que celle-ci les gère de manière productive. La banque participe au risque du client en ce sens qu'elle ne percevra pas de rémunération au titre de frais de gestion dans l'hypothèse où la gestion aurait été négative. Toutefois, en cas de perte de capital investi par le client, ce dernier supporterait seul le coût, à moins que le *moudareb*

²³ Zuhayr OBEIDI, *La Banque Islamique – Une nouvelle technique d'investissement*, Thèse, Beyrouth, Dar ar-Rashad al-islamiyya, 1988

n'ait été négligeant en gérant les fonds investis. La principale sanction d'une mauvaise gestion sera la dégradation de la renommée du banquier.

Dans l'hypothèse où le *moudareb* est un client d'une banque, celle-ci, en sa qualité d'investisseur, remet les fonds au *moudareb* afin qu'il les investisse en vue de financer un projet spécifique nécessitant un savoir-faire particulier. Elle peut utiliser ses fonds propres et elle aura la qualité d'investisseur, ou utiliser les fonds que les clients auront déposés auprès d'elle, et elle agira en tant que mandataire pour le compte des déposants. Il est aussi envisageable que la banque utilise simultanément ses fonds propres et les fonds déposés auprès d'elle par ses clients. Il s'agira dans ce cas d'une *moudharaba* à deux niveaux où la banque agira simultanément en tant que *moudareb* et investisseur selon qu'il s'agisse de ses rapports avec ses clients ou avec le *moudareb*. Les profits engendrés par l'investissement ou le projet seront partagés entre les deux parties dans les proportions convenues à l'avance. Les pertes éventuelles seront supportées par la banque en sa qualité d'investisseur. Quant au *moudareb*, il perdra la rémunération qu'il aurait reçue à partir des profits engendrés par l'investissement ou le projet.

La confiance constitue un pilier essentiel dans le contrat de *moudharaba* puisque la gestion des fonds remis par l'investisseur est dévolue au *moudareb* seul, et l'investisseur ne peut pas intervenir au niveau des décisions que le *moudareb* prendra. Cet élément *d'intuitu personae* justifie le principe adopté par la doctrine selon laquelle le décès du *moudareb* entraîne la déchéance du contrat.

Le financement par la *moudharaba* fait courir aux banques et à leurs clients déposant de graves risques lorsque les projets ne sont pas productifs, c'est-à-dire quand il n'y a pas de bénéfice et que le risque de perte de l'apport des déposants est réel. En pratique, ce genre d'opérations ne dépasse pas les 20% du total des activités de la banque.

Ce contrat de *moudharaba* constitue un instrument de gestion collective qui semble être l'équivalent d'un Organisme de Placement Collectif en Valeurs Mobilières (OPCVM). En effet, pour le droit français, il s'apparente à une souscription par le client à une OPCVM structurée d'une manière compatible avec les règles imposées par l'Islam. Les contraintes attachées à cet OPCVM seraient notamment de n'investir que dans des activités de type *hallal* et de n'investir que dans des sociétés dont le ratio d'endettement ne dépasserait pas 33%.

Par ailleurs, l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) a permis une évolution significative dans la matière bancaire avec sa note publiée le 17 juillet 2007. Celle-ci constitue le premier texte de droit français qui vise expressément la finance islamique. Elle autorise un OPCVM à utiliser des critères autres que financiers pour sélectionner les titres dans lesquels il investit. Pour la première fois est ouverte la voie en France des OPCVM islamiques pouvant se fonder sur un indice *Charia compliant* comme le *Dow Jones Islamic Index*, le *FTSE Islamic Global Index*, le *S&P Shariah Index*... Ces OPCVM peuvent, en outre, purifier la part impure de leurs dividendes en faisant des donations au bénéfice d'organismes reconnus d'utilité publique (tel que l'Institut du Monde Arabe), dans la limite de 10 %. Ils sont enfin autorisés à recourir aux services d'un *shariah board*, sous réserve que cela ne contrevienne pas à l'autonomie de la société de gestion. La BNP a bénéficié de cette évolution et a créé le premier OPCVM islamique en juillet 2007²⁴. En février 2008, la Société Générale a aussi obtenu un agrément pour deux fonds de ce type commercialisés à la Réunion.

En règle générale l'« OPCVM islamique » peut souscrire à des actions de sociétés cotées ou non. Toutefois, les obligations et produits dérivés de crédits sont prohibés, respectivement à cause de l'interdiction du taux d'intérêt et de la spéculation.

Ce compte d'épargne islamique est ainsi parfaitement compatible avec les règles du droit français et pourrait permettre à une banque islamique implantée en France de recevoir des fonds du public sans que cela ne soit en contradiction avec le bon fonctionnement du système bancaire français.

En second lieu, la *moucharaka* est l'un des outils de financement le plus couramment utilisé par les banques islamiques au monde. Ce mode de financement participatif trouve son origine aux premiers temps de l'Islam, lorsqu'un marchand aisé finançait une opération menée par un entrepreneur et partageait à égalité pertes et profits²⁵. Etymologiquement, la *moucharaka* vient du mot « société » en arabe. La *moucharaka* se définit comme une *joint venture* entre une banque islamique et son client, lesquels constituent ensemble une société. Les deux parties souscrivent au capital de cette société et participent aux pertes et profits de celle-ci

²⁴ Gilles SAINT MARC, « Le droit français est-il compatible avec la finance islamique », *Banque Magazine*, 1^{er} juin 2008, n°703, p. 60-63

²⁵ S. AL-SUWAILEM, « Venture capital : a proposal model of moucharaka », *Journal of Islamic Economics*, 2004, vol.10

proportionnellement à leurs apports respectifs. Les parties sont libres de choisir celui parmi eux qui va prendre en charge la gestion du projet. Le client qui souhaite financer un projet spécifique obtient auprès d'une banque les fonds nécessaires au financement du projet. La *mousharaka* couvre donc en réalité l'octroi d'un crédit par la banque aux partenaires. En droit français ce régime peut être rapproché de la société en participation. Celle-ci peut prendre la forme d'une société de personnes ou de capitaux. Généralement, les parties optent pour la société de capitaux afin que leur risque et leur responsabilité soient limités au montant de leur participation²⁶.

Il existe deux formes de *mousharaka* : la *mousharaka* fixe ou permanente et la *mousharaka* à diminution progressive. Dans la première, la banque et le client demeurent partenaires jusqu'à l'expiration du terme du contrat qui, en pratique, coïncide avec l'achèvement du projet financé. Sans ce cas, la banque participe au capital social rémunéré par des dividendes. C'est au regard d'une justice distributive et d'un souci de préserver l'équivalence des prestations que sont fondées ces opérations de *mousharaka* dans les banques islamiques où il fait expressément mention d'une participation équitable au profit et à la perte.

L'autre forme de *mousharaka* permet au partenaire de la banque d'acquiescer tout le projet. La banque se retire de la société en fonction de l'avancement du projet et de son aptitude à générer des fonds suffisants pour assurer le paiement de la banque d'un montant équivalent à sa participation et à la proportion des profits qui lui revient. Dès lors, la banque reprend progressivement son apport, de telle sorte que le client devient au final, le propriétaire unique du projet.

La *mousharaka* constitue en conséquence une formule souple et facile à mettre en place à laquelle on pourrait faire appel dans le cadre de montages variés. Toutefois, les opérations de *mousharaka* de banques islamiques en France sont possibles essentiellement par le biais de trois outils juridiques : une prise de participation directe de banques islamiques dans le capital des sociétés, les sociétés de capital-risque, et un fonds commun de placement à risques.

Le Code monétaire et financier ne pose aucune limitation de principe aux prises de participation directe par des établissements de crédit dans le capital des sociétés. Certaines

²⁶ Michèle EL KHOURY, « Techniques de financement islamique, une discipline peu connue en France », *Banque et Droit*, novembre 2003, N°92, p.1722

exceptions sont pourtant prévues par le règlement n°90-06 du 20 juin 1990 qui a instauré des plafonnements quant aux prises de participation. Les participations d'une banque dans le capital d'une entreprise ne doivent pas excéder, pour chaque participation, 15% du montant des fonds propres de l'établissement de crédit, l'ensemble des participations est plafonné à 60% des fonds propres de ce dernier. Les opérations de *mousharaka* des banques islamiques en France doivent donc respecter ces limites pour être régulières. Il semble que, soumis à de telles restrictions, le contrat de *mousharaka* peut être effectué à travers une société anonyme, dite de capital-risque tant que cette société respecte les principes de la finance islamique.

En effet, le capital-risque constitue une prise de participations minoritaires et temporaires en fonds propres dans les sociétés non cotées en vue de réaliser à terme une plus-value. La banque islamique peut alors prendre des participations dans les sociétés de capital-risque ce qui lui permet d'effectuer des opérations de *mousharaka* tout en respectant le cadre issu du règlement n°90-06. En outre, cette forme de société bénéficie d'un régime fiscal avantageux puisque les résultats de leurs investissements dans le secteur non coté ne sont pas soumis à l'impôt.

Le droit bancaire français est aussi compatible avec les opérations de *mousharaka* à travers un autre outil juridique : le fonds commun de placement à risque (FCPR). Le législateur a créé ce fonds de placement en 1983²⁷. Le FCPR est constitué d'une copropriété de valeurs mobilières. Il n'a pas la personnalité morale et est représenté par une société de gestion agréée par l'Autorité des Marchés Financiers. Tout comme les sociétés de capital-risque, les FCPR sont fiscalement transparents. Cet instrument bénéficie surtout aux petites et moyennes entreprises qui correspondent à la cible de la finance islamique.

Les mécanismes associatifs auxquels recourent les banques islamiques paraissent tout à fait compatibles avec la législation bancaire française. Cependant, les banques islamiques se sont montrées assez réticentes pour ce genre d'opérations du fait des pertes importantes qu'elles ont subies suite à la mauvaise foi de certains entrepreneurs²⁸. C'est pourquoi elles se sont tournées vers d'autres formes d'opération de financement et d'investissement n'incluant pas de mécanisme participatif.

²⁷ Loi n°83-1 du 3 janvier 1983

²⁸ Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, éd. Economica, 1995, p. 180

§ 2 – *Le crédit associé à la vente*

Les banques islamiques ont su intervenir dans le secteur économique conformément la pensée islamique par le biais de produits financiers qui détournent la prohibition du *riba* et qui constituent donc de véritables subterfuges juridiques. La compatibilité de ces instruments financiers originaux avec le droit français n'est pas toujours acquise en totalité mais les dispositions du droit français peuvent tout de même constituer un cadre favorable au développement de la finance islamique en France.

L'opération la plus utilisée par les banques islamiques est la *murabaha*, contrat qui recouvre plus de 80% des activités financières des banques islamiques. La *murabaha* consiste en un achat pour revendre avec une marge correspondant économiquement à l'intérêt. Les biens sont achetés au prix coûtant par la banque islamique et revendus au client au coût de revient majoré d'une marge négociée à l'avance par les parties. Le droit musulman ne connaissant pas la lésion, sauf si sont en cause des manœuvres frauduleuses, la majoration peut être très élevée²⁹. Le prix est payable à terme, en une ou plusieurs fois, grâce à un crédit-vendeur consenti par le financier intermédiaire. Cette opération a été analysée comme étant une promesse synallagmatique de vente par laquelle le client donne un ordre d'achat à la banque qui promet de le satisfaire à condition de le lui revendre avec bénéfices et dans des conditions fixées d'avance.

Il s'agit en général d'un financement d'actif à court terme par lequel le client demande à la banque de financer l'achat d'une chose déterminée en la décrivant de manière très précise. Il est nécessaire que trois acteurs interviennent dans une opération de *murabaha* : le client, la banque et le fournisseur. La banque doit acheter elle-même la chose auprès d'un tiers fournisseur, se l'approprier et assumer les risques de la chose avant qu'elle soit transférée au client. Afin d'éviter le risque que le client refuse l'achat du bien à la banque, celle-ci peut se faire représenter par le client lors de la signature du contrat de vente entre la banque et le fournisseur. Par ce biais, le client ne pourrait refuser l'achat final au motif que la chose ne correspond pas à la description qu'il aurait faite à la banque. Souvent, la banque fait en sorte que le contrat de vente passé entre elle et le fournisseur, et le contrat de *murabaha* passé entre le client et elle, soient signés simultanément. Aussi, la banque a tendance à exiger que la

²⁹ Sélim JAHEL, « La finance islamique », *Les cahiers de l'institut du Pacifique*, n°45, octobre 2009

propriété de la chose soit immédiatement transférée au client acheteur parce qu'elle évite ainsi de répondre des risques de la chose en leur qualité de propriétaire. La banque a aussi la possibilité de créer un Special Purpose Vehicule afin de réduire son exposition liée à sa qualité de propriétaire.

Afin que le contrat de *murabaha* ne soit pas résilié pour non-conformité avec la *Chari'a*, la banque peut faire appel à un conseil expert attestant de la légalité de la transaction au regard des principes du droit musulman. Mais la banque islamique joue le rôle d'une banque conventionnelle, d'ailleurs conforme avec les principes *charii*, lorsqu'elle utilise les fonds d'un ou plusieurs clients pour acheter la chose faisant l'objet du contrat de *murabaha*. L'intérêt du client est de profiter d'une partie de la plus-value résultant du prix de revente de la chose.

En droit français, la *murabaha* peut être qualifiée d'opération de crédit au sens de l'article L.313-1 du Code monétaire et financier. Cette opération de crédit associé à la vente doit cependant respecter les conditions propres à la finance islamique. Il est ainsi interdit au client de refinancer les biens qui sont déjà sa propriété. En effet, le bien acheté et revendu par la banque doit appartenir à une tierce personne³⁰. Aussi, il est possible de prévoir une clause pénale en cas de retard de paiement, mais les sommes perçues par la banque comme indemnités de retard doivent être obligatoirement reversées à un fonds de charité. Enfin, l'acheteur peut payer le pris de la vente par un billet à ordre ou une lettre de change, mais ces dernières ne peuvent être escomptées. Par ailleurs, cette opération de la *murabaha* semble compatible avec le droit français puisqu'elle est globalement bien adaptée au régime du marchand de bien en matière immobilière.

Bien que le rôle traditionnel de la banque ne soit pas celui d'effectuer des opérations d'achat et de revente, la *murabaha* est communément utilisée afin de contourner la prohibition du taux d'intérêt et elle semble assez facile à introduire dans le système juridique français. Dans le financement des opérations commerciales, un autre mécanisme inspiré du contrat de vente permet de surmonter les difficultés liées aux principes islamiques : la **vente salam**.

³⁰ Chucric-Joseph SERHAL, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *Banque & Droit*, 1^{er} mars 2006, n°106, p.36 à 43

L'article 123 du *medjellé* définit la vente *salam* comme étant « une vente contre paiement au comptant ». Cette technique de financement permet d'échapper aux restrictions religieuses interdisant la vente d'objets futurs ou aléatoires. C'est une prestation différée promise contre une prestation immédiate. Les conditions qui rendent cette opération possible sont que la chose soit déterminée, que l'objet de la vente *salam* soit nécessairement possible, qu'elle ne dissimule pas une opération usuraire, que le terme de la livraison soit fixé à l'avance et que la capital ou le prix soit payé comptant³¹. Cette vente *salam* permet le crédit à la production et est donc utile pour le producteur qui a besoin d'un crédit saisonnier et à moyen terme.

A côté de la *murabaha* et de la vente *salam*, une autre technique de substitution au crédit moyennant intérêt est utilisée par les banques islamiques : le contrat d'*ijira*. Cette technique de financement est similaire à la technique du crédit-bail ou *leasing* dans les banques de droit commun. On peut définir cette opération d'*ijira* comme un achat par une banque d'équipements ou d'immeubles dans le but de les mettre à la disposition du client sous forme de location. La banque acquiert le matériel et le met immédiatement à la disposition du client moyennant un acquittement périodique des loyers. Le loyer n'est d'ailleurs pas forcément déterminé à l'avance pour toute la durée du contrat, il peut être périodiquement revu par un expert afin de rester en concordance avec les prix du marché.

Comme le client dispose du bien, il en assure la garde et en supporte les risques de perte de l'objet en sus du paiement des loyers. Toutefois, la banque reste propriétaire de la chose louée pendant la durée de la location. Cela lui confère une garantie similaire à celle du crédit bailleur dans le cadre d'un crédit bail. Mais la banque ne supporte pas les risques d'utilisation de la chose louée qui ne pèsent que sur le locataire. Elle n'a à sa charge que les risques du propriétaire et souscrit à ce titre à une police d'assurance. Si l'on fait le parallèle avec le crédit bail, la banque devrait pouvoir transférer au locataire ses recours contre le fournisseur afin d'être dégager de son obligation personnelle de garantie des vices cachés.

Le régime du crédit-bail en matière de biens meubles ou immeubles est tout à fait compatible avec le contrat d'*ijira*. En effet, le champ d'application du crédit-bail tel que définit par l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier semble adapté aux opérations d'*ijara*³².

³¹ Alain Abi HAIDAR, *La banque islamique*, thèse, Paris II, 1991 p. 351 à 356

³² Gilles SAINT-MARC, « finance islamique et droit français », Tables rondes du 19 juin 2008 organisées par la Commission des finances du Sénat

Aussi, le régime de l'ordonnance du 17 juin 2004 attaché aux partenariats public-privé et permettant le financement de grands projets immobiliers peut être utilisé dans le cadre de financements *shariah compliant*, notamment en matière de financements de projet sur le domaine public.

Cependant le contrat d'*ijira* se distingue du contrat de location ordinaire puisque dans le cas d'une location ordinaire le locataire est tenu de payer les loyers même si la chose louée est rendue impropre à l'usage. Or, avec l'*ijira*, une telle situation décharge le client de son obligation de payer les loyers. Aussi, en vertu du principe de la prohibition du *riba*, le contrat d'*ijira* ne peut prévoir, comme dans un contrat de location ordinaire, le versement d'intérêt de retard dus par le locataire qui ne paierait pas le loyer dans les délais convenus.

A la différence de la *murabaha*, l'*ijira* n'est pas un financement à court terme. Aussi, il n'est pas nécessaire de faire intervenir une tierce partie au contrat, c'est-à-dire que la banque n'est pas tenue d'acheter la chose à un fournisseur pour la louer au client. Il est donc possible que la banque acquiert directement la chose du client et la lui loue en vertu du contrat d'*ijira*.

Une autre forme d'*ijira* comprend une option d'achat, qui, comme le *leasing*, accorde au locataire une option d'achat des biens d'équipement qu'il peut lever pendant la durée du contrat. Mais contrairement au *leasing* le client n'est pas obligé d'acheter les biens financés par l'*ijira*.

La troisième variété d'*ijira* consiste en une convention associant dans un contrat complexe un bail et une vente, c'est l'*ijira wa-iktina*. En vertu de ce contrat, le client est tenu dès la conclusion du contrat d'acquiescer la chose louée à l'échéance du contrat de location. Il paie des loyers à la banque et effectue des paiements supplémentaires qui sont versés sur un compte de participation. A l'échéance du contrat, les profits résultant de la gestion des fonds déposés sur ce compte sont affectés par le client au paiement du prix d'achat de la chose louée. A la différence du contrat de location-vente classique, le client du contrat d'*ijira wa-iktina* est obligé d'acheter le bien loué en fin de contrat. Une des garanties que présente ce contrat est que la banque dispose d'un droit de propriété pendant la période de location qui l'autorise, en cas de défaillance du locataire, à reprendre le bien loué et à s'opposer à toute revendication des tiers sur le matériel qui n'est jamais entré dans le patrimoine du locataire.

Une autre forme de crédit associé à la vente se consiste en une aliénation fiduciaire, ou *bei bil wafa*. Ce procédé permet de surmonter la prohibition du *riba*. Si l'on suit la définition donnée à la fiducie par H. Capitant, il s'agit du « contrat par lequel l'acquéreur apparent d'un bien s'engage à le restituer à l'aliénateur lorsque celui-ci aura rempli les obligations qu'il a envers lui ». Cette technique de financement est venue concurrencer la pratique du gage du fait de ses caractéristiques souples et avantageuses envers le créancier acquéreur du bien. Le *bei bil wafa* peut être rapproché au *lease-back* qui consiste la vente d'un bien à une société de crédit- bail en garantie d'un prêt³³.

Parce que les objectifs des banques islamiques et conventionnelles sont quasiment identiques, les différences tenant à l'approche de la matière bancaire ne constituent pas un obstacle à l'introduction de la finance islamique en droit français. Les techniques de financement islamiques sont, en de nombreux points, similaires aux outils de financement offerts par les banques françaises. La seule limite tient à ce que les opérations doivent nécessairement respecter les principes fondamentaux de l'ordre économique islamique. Mais cette restriction est aisément surmontée par des outils qui réduisent la prohibition du *riba* à peu de chose. Le système juridique français semble donc, tant par les principes que par les techniques de financement, apte à recevoir ces opérations islamiques. Toutefois, même si le contexte paraît favorable à l'établissement des banques islamiques en France, certains aménagements sont indispensables en raison des obstacles juridiques et fiscaux qui limitent l'expansion des banques islamiques dans le système bancaire français.

³³ Sélim JAHEL, cours magistral, 2009-2010

SECONDE PARTIE – Les aménagements nécessaires à l'établissement d'une banque islamique en France

Lorsqu'elles fonctionnent dans le cadre juridique et fiscal du système financier traditionnel tel qu'en France, les banques islamiques peuvent rencontrer des difficultés à plusieurs niveaux. La concurrence avec les banques conventionnelles et le contexte non islamique constituent des obstacles qui découragent l'introduction des banques islamiques sur notre territoire.

Or, dans le contexte actuel de crise de la finance mondiale, l'économie française a besoin de financement. L'excédent structurel de liquidité auquel sont confrontées les banques islamiques qui cherchent à étendre leur présence hors des pays musulmans est une opportunité dont pourrait se saisir la France. Il faut pour cela procéder à un certain nombre d'adaptations afin que le développement de la finance islamique soit rendu possible.

La proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers avait révélé des ambitions législatives concernant le mécanisme de la fiducie introduit en France depuis la loi du 19 février 2007³⁴. Toutefois, la censure du Conseil constitutionnel montre que la conception française de la propriété se heurte encore à cette opération financière pourtant très utile si l'on envisage un établissement effectif des banques islamiques en France.

Les rigidités du système juridique français constituent sans doute un obstacle majeur à l'accueil de la finance islamique (*Section 1*). Cependant, les incohérences fiscales qui peuvent freiner les opérations de financement islamique sont en passe d'être surmontées (*Section 2*).

Section 1 – Les obstacles liés aux rigidités juridiques françaises

³⁴ Loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie

Si les marchés occidentaux, et notamment français, comptent résoudre leur crise de liquidité en s'ouvrant aux banques islamiques, comme le propose Madame le Ministre Christine Lagarde dans son discours de 2008, il s'agit de donner les moyens juridiques à cette ambition. La compatibilité entre les deux systèmes juridiques est globalement acquise mais des réformes seraient pour le moins utiles. La législation française pourrait subir quelques adaptations pour accueillir de manière pragmatique les opérations de financement islamiques aux formules si spécifiques (§ 1). Par ailleurs un outil, dont l'introduction en droit français est très récente, semble convenir aux mécanismes des banques islamiques : la fiducie. Il faudrait néanmoins procéder à des avancées afin de réussir à dépasser la conception française de la propriété qui bloque l'application de la fiducie dans la pratique (§ 2).

§ 1 – La nécessaire adaptation de la législation française aux opérations de financement islamique

Tant le Code civil que le Code monétaire et financier pourrait être modifiés dans le sens d'une meilleure réception des outils financiers islamiques dans notre droit.

Sous l'impulsion d'un comité *ad hoc* créé par Paris Europlace, un rapport intitulé « enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris » a mis en avant plusieurs propositions visant à faire comprendre dans quelle mesure le droit français doit s'ouvrir à la finance islamique³⁵. Les techniques de financement islamique sont analysées et y sont envisagées les éventuelles modifications du droit français qui permettraient une véritable attraction de la place de Paris.

Tout d'abord, les opérations d'achat/revente, *mourabaha*, et de location-vente, *ijira wa ikina*, sont pénalisées par rapport à l'octroi d'un simple crédit-acheteur par une banque traditionnelle. En effet, la double transaction va entraîner des risques qui vont peser sur la banque. Dans le contrat de *mourabaha*, la banque va supporter les risques du propriétaire entre le moment de l'achat et celui du transfert de propriété à l'acheteur emprunteur. A ce titre, elle sera responsable de toutes les garanties qui y sont attachées, telle que la garantie de bonne livraison, de conformité, contre les vices cachés. La couverture de ces risques par des

³⁵ E. JOUINI & H. PASTRE « Rapport Jouini et Pastre : Enjeux et Développement de la Finance Islamique pour la Place de Paris » Rapport remis à Paris Europlace, 8 décembre 2008.

clauses contractuelles pose problème puisque de telles clauses dénatureraient la nature même du contrat qui est basé sur l'équité et le partage du profit et des pertes³⁶.

Selon l'article 1653 du Code civil « Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble ». Cette disposition a pour fondement l'obligation de garantie incombant au vendeur. Ainsi, il serait opportun de modifier le Code civil afin qu'il prévoit l'exonération de la garantie des vices cachés (d'ordre public) les opérations d'achat/revente effectuées dans le cadre d'une *mourabaha*. Dans ce contrat, la propriété juridique du financier n'est que temporaire et justifiée uniquement par la structuration d'un financement *Chari'a compliant*. Cette garantie incombant au financier revendeur du bien à l'acheteur ne semble être adaptée pour des opérations temporaires d'achat/revente. Il faudrait prévoir que le financier peut être exonéré de la garantie des vices cachés lorsque la revente du bien financé intervient concomitamment au premier achat. La garantie reposerait alors sur le vendeur initial.

Une proposition du rapport Jouini et Pastre entend modifier la législation afin de reconnaître la cession civile à titre de garantie. La cession par bordereau Dailly a été instituée en 1981 afin de faciliter l'octroi du crédit aux entreprises. Elle permet la cession, ou le nantissement, d'une ou plusieurs créances par la seule remise d'un bordereau qui les récapitule. Cet outil n'est toutefois pas ouvert à tout le monde. Le cessionnaire est obligatoirement un établissement de crédit et l'utilisation du bordereau est subordonnée à la condition que la cession soit liée à une opération de crédit consentie au cédant³⁷. Ainsi, le financier, qui n'est généralement pas un établissement de crédit, ne peut bénéficier d'une cession Dailly à titre de garantie. La décision rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 19 décembre 2006 a, dans ce sens, invalidé la cession civile à titre de garantie. Il s'agirait donc de prévoir expressément dans le Code civil la possibilité de créer des créances à titre de garantie. C'est d'ailleurs ce que préconise l'avant-projet de la Chancellerie dans sa réforme touchant au droit des obligations.

Dans le contrat *ijira wa ikina*, la banque supporte aussi les risques du propriétaire jusqu'à la vente du bien. En réponse, elle procède souvent à l'insertion de clauses relatives à l'obligation

³⁶ Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique*, éd. Revue Banque, 2009

³⁷ Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, Litec, 2007, p. 510-511

d'entretien, d'usage conforme, de droit de contrôle. Or, cette gestion des risques entraîne des frais de gestion élevés pour l'établissement.

Si la location-vente présente certaines incertitudes quant aux règles qui l'encadrent, la formule présente tout de même des avantages non négligeables. Cet outil juridique semble tout à fait adapté aux opérations de financement de projet au même titre que le crédit-bail. Ainsi, il a été préconisé de faire de la location-vente un contrat nommé en calquant son régime sur celui du crédit-bail notamment au regard des procédures collectives ou de la déductibilité des loyers³⁸. A la différence du crédit-bail, le contrat d'*ijira wa ikina* stipule systématiquement un transfert de propriété du bien financé à l'échéance de l'opération. Cette spécificité mériterait que l'on clarifie le régime de ce produit bancaire qui pourrait se révéler très utile pour les opérations de financement.

D'ailleurs, le Code monétaire et financier dispose à son article L.511-5 qu' « Il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel. » Ainsi, dans une opération de crédit-bail, le fait que le financier ne soit pas un établissement de crédit ne lui permet pas de consentir un crédit-bail qui est juridiquement considéré comme une opération de banque. D'après Gilles SAINT-MARC, cet obstacle pourrait être surmonté si l'on modifiait les dispositions du Code monétaire et financier pour prévoir que toute filiale à 90% d'un établissement de crédit peut bénéficier du statut bancaire de sa société mère. Il suffit, pour cela, de modifier l'article L. 511-6 du Code en prévoyant une exception supplémentaire au monopole bancaire. La directive 2006/48 CE, toujours pas transposée en droit français, prévoit ce concept de « prêt de licence bancaire ». La solution envisagée permettrait de dispenser d'agrément bancaire le Special Purpose Vehicle (SPV) filiale d'un établissement de crédit.

Une autre difficulté freine le développement de l'*ijira wa ikina* : l'impossible recours au refinancement en matière de crédit bail. En effet, il n'est actuellement pas autorisé de se libérer d'un contrat avec un crédit-bailleur pour en conclure un autre avec un autre crédit-bailleur, portant sur le même actif mais à des conditions plus avantageuses sans subir les conséquences fiscales liées aux transferts successifs de propriété. Aussi, il serait utile de prévoir que, lorsque la propriété d'un actif est transférée entre crédit-bailleurs, cela ne

³⁸ Gilles SAINT-MARC, « Le droit français est-il compatible avec la finance islamique ? », *Banque Magazine*, 1^{er} juin 2008, n°703, p. 60-63

débouche sur aucune conséquence fiscale particulière pour le crédit-preneur. Ce serait l'occasion d'accroître la concurrence entre crédit-bailleurs.

Afin d'intégrer de manière effective la finance islamique sur les marchés financiers, le rapport de 2008 présenté à Paris Europlace propose la création d'un indice boursier islamique par NYSE euronext. Cet indice islamique présenterait des avantages dans divers domaines. Il encouragerait le développement du marché d'actifs éligibles pour les institutions financières islamiques. Cela permettrait de voir plus loin que le marché de l'immobilier qui est actuellement en France le seul marché potentiellement éligible. D'un point de vue économique, cela aurait pour conséquence la baisse du coût d'entrée des OPCVM sur indice. Enfin, la création d'un tel indice représenterait sans doute un atout commercial. En effet, il constituerait la réponse au besoin de communication et de marketing des sociétés de gestion.

Il serait aussi judicieux de créer, au sein de NYSE euronext un compartiment dédié aux *soukoud* suivie d'une ou plusieurs émissions privées de *soukoud*. Un rapport de *Standard & Poor's* met en évidence la perte de vitesse du dollar sur le marché des *soukoud* : sur les huit premiers mois de 2008, seuls 13,3% des émissions ont été libellées en dollars. Ce pourcentage est loin des 41,8% de 2007 et des 85% en 2002. La volonté des émetteurs de Golfe et d'Extrême Orient de limiter leur exposition au dollar est une opportunité à saisir pour les émetteurs en euros. L'émission de *soukoud* en France est, désormais possible (note AMF du Juillet 2008), au prix de quelques améliorations du régime de la fiducie. Reste à créer un segment dédié à l'émission et à la cotation de *soukoud* au sein de NYSE Euronext. Afin de favoriser le positionnement des acteurs français sur ce marché, plus que des réformes réglementaires, il paraît nécessaire que les autorités publiques envoient des signaux clairs vers les émetteurs et investisseurs potentiels. Une émission de *soukoud* de la part de l'État pourrait avoir, dans ce domaine, une forte valeur symbolique.

Mais une telle initiative présente de nombreux inconvénients. En effet, l'émission de dette publique est peu adaptée aux exigences des fonds islamiques. L'utilisation de la dette publique n'est pas transparente pour les investisseurs, et inclut des activités non *Chari'a compliant* (armement, etc.). Ce type de financement est, par ailleurs, plus coûteux pour l'Etat. En revanche, il est possible d'encourager des initiatives de certaines collectivités locales dans ce domaine.

L'établissement de la finance islamique en France suppose évidemment la formation des professionnels qui sont susceptibles de la pratiquer. Le rapport Jouini et Pastre met en avant un certain nombre de propositions visant à développer les compétences dans ce domaine. Il mentionne, à ce titre, la création d'une chaire de finance islamique à Paris, des formations ciblées tant pour les étudiants que pour les professionnels, et le financement de la recherche et des publications sur le sujet.

Ainsi, l'introduction des techniques de financement islamiques en France nécessite quelques adaptations auquel le droit français pourrait procéder assez facilement. Les aménagements juridiques concernant l'*ijira* et la *murabaha* ne constituent pas des bouleversements dans le système juridique français mais seulement des modifications non substantielles. En revanche, l'élargissement de la fiducie, pour accueillir l'opération de moudararba et les sukuk notamment, présente un caractère tout à fait original et innovant. En effet, la conception française de la propriété pose un frein important à ces instruments de finance islamique.

§ 2 – La fiducie à l'épreuve de la conception française de la propriété

« La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenants séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires » dispose l'article 2011 du Code civil. La fiducie requiert donc trois éléments : un transfert de biens, un transfert ayant une finalité déterminée et la création d'un patrimoine d'affectation. On peut penser qu'il s'agit d'un transfert de propriété puisque cette disposition est intégrée au Livre III du Code civil intitulé « Des différentes manières dont on acquiert la propriété ». Il n'en demeure pas moins que le droit de propriété du fiduciaire sur les biens transférés est limité.

Devenu propriétaire des biens transmis, le fiduciaire devrait être investi du droit d'en jouir et d'en disposer de la manière la plus absolue, comme l'article 544 du Code civil le prévoit : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Mais son droit de propriété connaît deux limites : d'une part, le fiduciaire doit user de son droit dans un but déterminé, défini par le contrat de fiducie, d'autre part, son droit revêt un caractère temporaire.

A la différence de la fiducie, le *trust* anglo-saxon met en place une dissociation du droit de propriété. Le bien mis en *trust* fait l'objet de deux propriétés conjointes : l'une, « legal ownership », qui appartient au trustee, fiduciaire, et à laquelle sont attachés le titre et le pouvoir, l'autre, « beneficial ownership », qui appartient au bénéficiaire et à laquelle est attaché l'émolument, la valeur et la richesse.

Le droit français accepte une conception stricte de la propriété à travers le principe de l'unité du patrimoine. Il est impossible de constituer une masse de biens en un patrimoine distinct. A l'inverse de certains droits étrangers, tel que la *common law*, le droit français ne sait isoler un patrimoine qu'en inventant, au besoin, une personne : l'institution des personnes morales permet de surmonter cette restriction. L'indivisibilité du patrimoine confirme les liens établis entre la personne du débiteur, son actif et son passif. Un débiteur ne peut donc décider de soustraire une partie de son actif à l'emprise de ses créanciers. L'unité du patrimoine est aussi une garantie pour les créanciers lorsque l'on considère que seuls les biens d'une personne répondent de ses dettes et les biens d'une personne ne répondent que de ses dettes³⁹. Cette conception se trouve heurtée par la formule de la fiducie qui tend justement à fractionner le patrimoine.

Actuellement, il n'existe pas de statut particulier du bien qui est l'objet d'une opération fiduciaire. Quand on recourt à une opération de ce type, les biens transmis sont confondus au sein du patrimoine de celui qui les acquiert et peuvent être appréhendés par ses créanciers. En l'absence de divisibilité du patrimoine, cet ensemble de biens soumis à une utilité spéciale auxquels sont rattachés les dettes nées de sa gestion n'est pas identifiable aux yeux des tiers, dès lors qu'il y a eu transfert de propriété.

Ce qui nuit à la pleine efficacité du mécanisme c'est qu'il n'existe pas en principe de régime juridique distinct concernant le bien objet de la prestation de nature fiduciaire⁴⁰. En raison de l'unité du patrimoine, la personne qui gère ou qui détient momentanément les biens en cause ne peut isoler cette masse, devant revenir au terme de l'opération à un bénéficiaire, au sein de son patrimoine et la mettre à l'abri de ses créanciers. Le patrimoine fiduciaire ne peut être considéré comme ayant une individualité propre et donc une réalité en droit positif. En vertu

³⁹ Christian ATIAS, *Droit civil des biens*, 10^e éd., Litec 2009

⁴⁰ Claude WITZ, « La fiducie en droit privé français », thèse Université Strasbourg III, 1979

de l'unité du patrimoine, tous les biens du fiduciaire sont considérés comme équivalents et peuvent être appréhendés par ses créanciers personnels.

La reconnaissance d'une pluralité de personnalités au fiduciaire permettrait de fonder l'opposabilité aux tiers d'une séparation entre les biens objets du contrat de fiducie et le reste du patrimoine fiduciaire. Aujourd'hui le tiers bénéficiaire de la fiducie n'est pas assuré de pouvoir récupérer à terme les biens objet du contrat si le professionnel est en cessation de paiement, ou si ceux-ci font l'objet d'une mesure d'exécution. Ainsi, la séparation qui pourrait résulter de l'identification et de l'autonomie du patrimoine fiduciaire serait de nature à assurer une sécurité juridique⁴¹.

Dans le cadre d'opérations de financement islamique, la fiducie serait un outil considérablement utile pour un certain nombre d'instrument financier. Pour l'instant, les avancées ont été freinées par la censure du Conseil constitutionnel dans sa décision 2009-589 du 14 octobre 2009. Appliquant sa jurisprudence relative aux cavaliers législatifs, il a déclaré contraire à la Constitution une disposition visant à ajouter un nouvel alinéa à l'article 2011 du Code civil définissant la fiducie. Il s'agissait d'ajouter aux dispositions du Code l'alinéa selon lequel « le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie ». L'objectif poursuivi par le législateur était de favoriser le développement de la finance islamique sur la place financière de Paris. Or, le Conseil constitutionnel, sans se prononcer sur la teneur de cet alinéa, écarte d'emblée la proposition sur le fondement que « ces dispositions ne présentent aucun lien, même indirect, avec celles qui figuraient dans la proposition de loi ». Ainsi, il ne censure pas le fond du droit mais la procédure selon laquelle les dispositions ont été adoptées⁴². Quoiqu'il en soit, la formule de la fiducie en droit français ne paraît actuellement pas satisfaisante pour accueillir correctement les produits de la finance islamique.

Les auteurs s'accordent pour dire qu'il faudrait élargir la fiducie, réformer la réglementation la concernant pour un accueil optimal des banques islamiques. Il est proposé d'ouvrir le champ des acteurs de la fiducie et donc de permettre que le SPV non bancaire utilisé en

⁴¹ Anne-Laure THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine*, ed. Defrénois, 2007

⁴² Arnaud RAYNOUARD, « Lorsque le Conseil constitutionnel sauve le Code civil d'un alinéa inutile et inefficace... tout en mettant la fiducie (encore) sous les feux de la rampe », *la Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n°3, 22 janvier 2010

matière de *murabaha* puisse intervenir en qualité de fiduciaire dès lors qu'une filiale est à plus de 50% d'un établissement de crédit.

Aussi, il faudrait préciser que le transfert à la fiducie est opposable aux tiers dès la signature du contrat de fiducie ou à la date d'enregistrement pour les biens soumis à publicité sur un registre. En effet, il est nécessaire que les créanciers du constituant aient une vision précise du patrimoine de leur débiteur. Ainsi, le transfert à la fiducie du patrimoine doit être opposable aux tiers en accomplissant une formalité simple. Il paraît donc souhaitable d'élargir l'utilisation du registre national des fiducies pour un autre objectif indispensable à l'information des créanciers du constituant comme à l'affirmation des droits de la fiducie : le transfert des biens, droits, sûretés et dettes serait, dans ce cadre, opposable à l'égard des tiers à compter de la publicité du contrat de fiducie au registre national des fiducies.

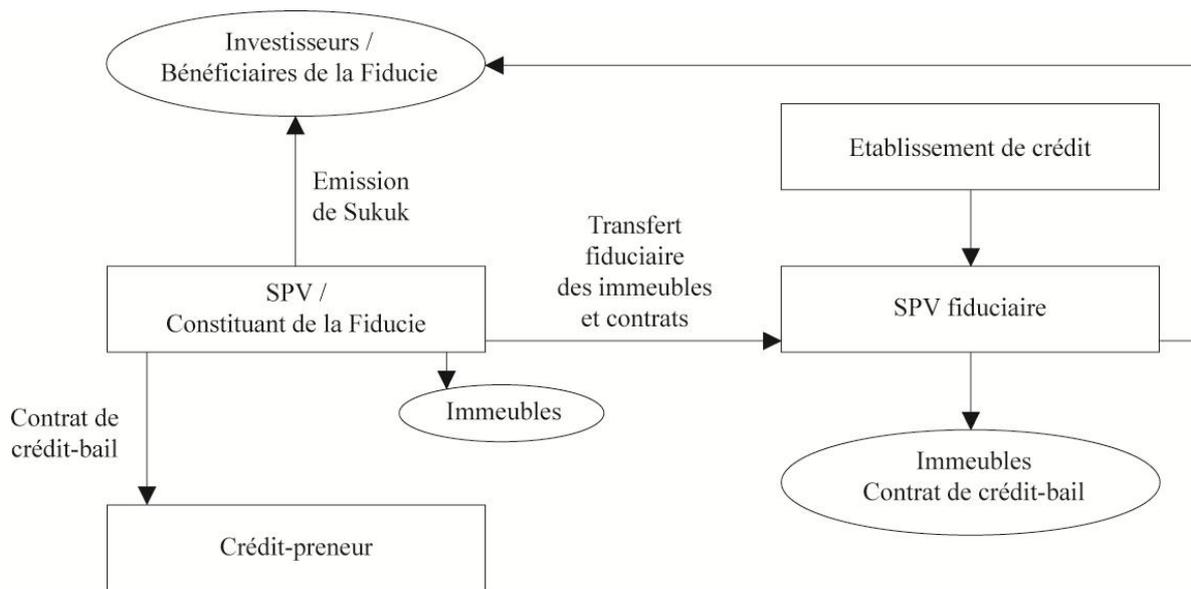
Par ailleurs, pourrait être prévue l'articulation fiducie / procédure collective : la fiducie devrait pouvoir être gelée pendant un court délai permettant à l'administrateur judiciaire de reprendre le bien mis en fiducie contre le paiement au comptant de la dette garantie au fiduciaire, à défaut de quoi la fiducie pourra se dénouer conformément à ses termes.

En outre, associée à l'émission d'obligations islamiques, *soukook*, la fiducie pourrait être de nature à faciliter le financement de l'acquisition d'actifs au moyen de fonds en provenance du Moyen-Orient. Les *soukook* sont des titres représentant pour leur titulaire un titre de créances ou un titre participatif dont la rémunération et le capital sont indexés sur la performance d'un ou de plusieurs actifs détenus par l'émetteur, affectés au paiement de la rémunération et au remboursement des *soukook*. Mais le *soukook* s'apparente plutôt à un titre de « copropriété » d'un actif : il tend précisément à octroyer à son porteur un droit réel sur l'actif afin de le faire participer au profit et au risque de l'activité financée. La performance de l'actif doit seule rémunérer l'investisseur, sans stipulation d'un intérêt⁴³.

Afin de mieux cerner le schéma de financement, prenons le cas d'un groupe qui souhaite financer l'achat d'un immeuble en émettant des *soukook* sur les marchés financiers. Il crée une société de droit français avec le rôle de SPV. Cette structure émet des obligations pour financer l'acquisition envisagée. Les *soukook* sont souscrites par des investisseurs. Ensuite, le

⁴³ Philippe DUPICHOT, « Fiducie et finance islamique », Recueil Dalloz 2010, p. 1064

SPV consent un contrat de crédit-bail au profit d'une société, filiale du groupe. Dans l'hypothèse où la société ne lèverait pas l'option d'achat de l'immeuble au terme du contrat de crédit-bail, le SPV dispose d'une option lui permettant de vendre l'immeuble à sa société mère. A partir de là, le SPV transfère la totalité de son patrimoine actif et passif à une fiducie⁴⁴. Le fiduciaire assure la gestion du patrimoine transféré par le SPV et verse la rémunération des obligations à leurs porteurs, bénéficiaires de la fiducie.



La *Chari'a* impose que les porteurs de *soukook* aient la propriété du bien financé, ce que ne permet pas à l'heure actuelle, contrairement au *trust*, la fiducie de droit français puisque le bénéficiaire n'est titulaire que d'un droit de créance. Au regard de la décision 2009-289 du Conseil constitutionnel, le contrat ne semble toujours pas permettre un fractionnement du droit de propriété entre le fiduciaire et les bénéficiaires.

Cependant, on peut imaginer un démembrement aménagé spécialement, prévoyant le transfert de prérogatives similaires à celle de l'usufruit. Le contrat pourrait accorder aux bénéficiaires le droit réel de jouir du bien mais non d'en user. Une autre solution serait plus proche du *trust* dans laquelle le bien transféré en fiducie ferait l'objet de deux propriétés conjointes : la propriété fiduciaire revenant au fiduciaire, à laquelle seraient attachés le titre et le pouvoir, et

⁴⁴ *La fiducie mode d'emploi*, dossiers pratiques Francis Lefebvre, 2009

la propriété économique qui serait accordée au bénéficiaire. Affirmer le droit de copropriété des bénéficiaires de la fiducie sur le patrimoine remis en fiducie semble être une réforme tout à fait adaptée à l'établissement des banques islamiques en France.

La formule de la fiducie semble d'ailleurs correspondre au schéma de fonctionnement de la *moudaraba*, proche de notre société en commandite. En effet, à partir du moment où l'investisseur remet les fonds objet de la *moudaraba* au *moudareb*, ce dernier détient les fonds en fiducie. Le *moudareb* gère les fonds en toute liberté comme s'il en était propriétaire. Mais il n'est pas le propriétaire ordinaire des fonds formant le portefeuille de la *moudaraba* puisqu'il ne répond pas des pertes qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. Le *moudareb* n'est pas en droit de tirer profit de la valeur économique des biens qu'il gère, seule la rémunération convenue lui est due.

Lors de l'exécution du contrat, l'investisseur ne sera plus titulaire des pouvoirs d'un propriétaire ordinaire. En effet, l'investisseur n'est pas propriétaire absolu du produit financé, il ne peut pas intervenir au niveau des décisions prises par le *moudareb* dans le cadre de la gestion du portefeuille de la *moudaraba*. Ce n'est qu'au terme du contrat que l'investisseur aura la qualité de propriétaire ordinaire, et ceci après avoir payé au *moudareb* la rémunération convenue. Ce fractionnement de la propriété partagée entre le *moudareb* et l'investisseur constitue une caractéristique essentielle de la fiducie⁴⁵. Le *moudareb* est titulaire d'une propriété temporaire alors que l'investisseur serait démuné de ses prérogatives de propriétaire en cours de contrat

Un autre aspect de la propriété faisant l'objet du contrat de *moudaraba* révèle la nature fiduciaire de l'institution. Il s'agit de l'obligation pour le fiduciaire de séparer ses actifs de ceux formant le patrimoine de la *moudaraba*. Ainsi, à l'instar du contrat de fiducie, la *moudaraba* nécessite la création d'un patrimoine séparé qui ne pourrait être saisi par les créanciers personnels du *moudareb*.

⁴⁵ Michèle EL KHOURY, « la fiducie : étude de droit comparé », thèse Paris II, 2002

Une autre utilisation de la *moudaraba* pourrait servir à des fins de garantie tout comme la fiducie-sûreté. L'objectif du transfert de fonds ou des actifs du *moudareb* serait de garantir une dette de l'investisseur. Ce dernier devrait laisser la gestion du portefeuille faisant l'objet du contrat à titre de sûreté au *moudareb*.

La fiducie constitue donc une formule très attrayante pour les banques islamiques qui veulent s'introduire en France. Comme nous l'avons vu, les aménagements juridiques sont tout à fait accessibles pour le droit français et les volontés politiques tendent certainement vers un certain nombre de réforme en la matière. Si les modifications doivent toucher au système juridique, l'aspect fiscal de la question ne doit pas être éludé. Il convient en effet de résoudre le problème des « frottements fiscaux »⁴⁶ qui peuvent décourager l'implantation des banques islamiques en France.

⁴⁶ Termes du ministre de l'Economie lors du forum Paris Europlace de juillet 2008

Section 2 – Des ajustements fiscaux en partie effectués

Lorsque Madame le Ministre Christine Lagarde parle de « frottements fiscaux », elle met en avant le fait que les financements islamiques sont plus coûteux d'un point de vue fiscal que ne le sont les financements conventionnels. Si la finance islamique doit connaître un véritable essor en France, il est évident que des aménagements fiscaux sont nécessaires, à l'instar de ce que la place financière de Londres a déjà effectué. Il a été constaté par un certain nombre d'observateurs que les difficultés tiennent aux surcoûts engendrés par la structuration des produits islamiques face au contexte fiscal français (§ 1). Après avoir relevé les constats et les propositions émises pour résoudre ces frottements, l'administration fiscale en a tiré les conséquences et dégagée un certain nombre de solutions (§ 2). Une Instruction fiscale de février 2009 a permis des avancées non négligeables concernant la *murabaha* et les *soukouk*. Très récemment, fin août 2010, d'autres Instructions sont venues compléter l'harmonisation si attendue sur le plan fiscal. On peut affirmer aujourd'hui que la fiscalité française est prête à accueillir les banques islamiques et leurs techniques de financements.

§ 1 – Les difficultés liées aux surcoûts lors de la structuration des produits islamiques

Lors de la table ronde organisée le 19 juin 2008, il avait été observé que sur le plan fiscal, le recours aux formules de la *murabaha* et de l'*ijira* est très désavantageux fiscalement⁴⁷. Elles reposent sur une double mutation rendant les opérations passibles d'une double taxation. Une même opération financée dans le cadre de la finance conventionnelle subirait une seule imposition d'où un prix de revient inférieur facturé au client. Du fait du double transfert de propriété, les opérations vont entraîner des charges fiscales lors de chaque transfert, ainsi que des droits de mutation et des émoluments du notaire. A cela s'ajoute l'impôt sur la plus-value éventuelle du bien entre le moment de la première transaction et celui de la deuxième.

Le coût fiscal de la finance islamique est donc assez élevé. La plupart des opérations de finance islamique impliquant une double mutation de propriété (notamment, l'*ijara* ou la *murabaha*), elles engendrent un doublement des charges. Il a été relevé que lors de chaque

⁴⁷ Estelle BRACK, « Banque et finance islamique en France », *La finance islamique : une autre finance*, Table ronde du 18 juin 2008

cession, les droits d'enregistrement ont atteint les 4,89% ; la taxe sur la publicité foncière équivalait à 0,615% + 0,10% correspondant au salaire du conservateur ; et les émoluments du notaire à 0,825% négociable au delà de 80.000 Euros⁴⁸.

La formule de la *murabaha* permet aux particuliers d'accéder à la propriété d'un bien immobilier. Elle suppose l'achat par la banque du bien avant de le revendre à son client. Le bien immobilier fait donc l'objet d'une double transaction d'où des frais supplémentaires supportés par le client⁴⁹. En effet, les honoraires du notaire, la taxe notariale et les droits d'enregistrement sont exigibles une première fois lors de l'acquisition du bien par la banque et une deuxième fois lors de sa revente au client. En plus de ces frais et taxes, le client supporte la marge bénéficiaire de la banque.

S'agissant des opérations d'*ijira*, la banque finance dans ce cas pour le client un bien meuble ou immeuble. Le client s'engage, en vertu du contrat, à payer des mensualités sur un compte d'investissement qui lui permettra d'acquérir le bien. Il y a également en la matière, une double transaction donc potentiellement une double perception des droits de mutation et de taxe sur la valeur ajoutée. Les mensualités calculées en tenant compte du prix d'acquisition et de la marge bénéficiaire de la banque supportent la taxe sur la valeur ajoutée. L'application de la TVA aux mensualités exigibles dans ce cas, alourdit considérablement le prix dès lors que cette taxe ne s'applique pas seulement à la marge bénéficiaire. Les administrations fiscales des États, dont la législation n'est pas adaptée à la finance islamique, considèrent une telle opération comme une transaction commerciale d'où l'application d'un taux supérieur à celui applicable aux opérations bancaires.

Les *soukouk*, produits obligataire islamique, sont des titres négociables qui matérialisent l'engagement d'un emprunteur envers un prêteur, qui, en contrepartie, met les fonds à sa disposition. Cet engagement est consacré par un contrat d'émission qui définit les caractéristiques de l'emprunt, les modalités de remboursement des fonds et le mode de rémunération du prêteur. A la différence des obligations classiques, les *soukouk* n'ont pas de taux d'intérêts mais rapportent à celui qui y souscrit une part de bénéfices générés par les actifs financés. Les obligations islamiques ne sont donc pas des titres de dette, mais des titres

⁴⁸ Gilles SAINT-MARC, « La finance islamique et le droit français », *Tables rondes organisées par la Commission des Finances du Sénat*, 14 mai 2008

⁴⁹ Didier LAMETHE, « La faute de l'incertitude ou propos d'un juriste d'entreprise occidentale autour de la finance islamique », *La finance islamique : une autre finance*, Table ronde du 18 juin 2008

de propriété de l'actif financé. Ces titres permettent de percevoir des paiements réguliers et de recouvrer le capital investi. A titre d'exemple, le Pakistan a émis un emprunt sous la forme d'un *soukook* afin de financer la construction d'une autoroute. Les droits de péage ont servi à garantir les remboursements des emprunts. Le développement des produits islamiques obligataire est conditionné par la fiscalité applicable en la matière. Du fait de la rémunération sous forme de partage des profits et des pertes dans toutes les opérations réalisées sous cette forme, telle que l'émission de *soukook*, la rémunération versée par la banque est considérée comme un dividende et non comme une charge financière déductible fiscalement⁵⁰.

L'Angleterre, soucieuse de devenir un centre mondial de la finance islamique, a aligné les règles d'émission de *soukook* sur celles des obligations conventionnelles. C'est ainsi que les exemptions fiscales dont bénéficient les sociétés émettant des bons de trésor ont été élargies aux obligations islamiques.

En raison de l'ensemble de ces inconvénients, des propositions ont été émises, notamment par les praticiens et les enseignants-chercheurs, afin de créer une nouvelle réglementation davantage adaptée aux spécificités du financement islamique.

Pour éviter la double taxation, la création d'un régime *ad hoc* de l'achat/revente lorsque la revente n'est pas effectuée avec une intention spéculative semblait la meilleure solution. Il s'agit d'un régime analogue à celui du marchand de biens, mais cependant distinct dans la mesure où celui-ci n'a vocation à s'appliquer qu'à des opérations immobilières effectuées à titre habituel et avec intention spéculative. Un tel régime ouvrirait des opportunités dans le cadre de la gestion de l'immobilier public et le renouvellement urbain.

Ce régime prévoirait le paiement en une seule fois de la taxe de publicité foncière et des droits d'enregistrement dans le cadre de ces opérations. Le Royaume-Uni, pionnier dans ce domaine, avait très tôt supprimé le double droit de timbre pour ces opérations. Il conviendrait de circonscrire le bénéfice de ce régime aux seules personnes morales. L'exonération vaudrait sur les droit de mutation au sens large : droit d'enregistrement et diverses taxes applicables dans le régime de la TVA. Enfin, l'extension des dispositions du 2 de l'article 257.7 du Code

⁵⁰ Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique*, éd. Revue Banque, 2009

Général des Impôts pourrait permettre à un marchand de biens de revendre en TVA un immeuble acquis en TVA.

Par ailleurs, il serait souhaitable que soit confirmée, tant en matière de TVA ou droits de mutation que d'impôt sur les sociétés, la neutralité de la mise en place du contrat du crédit-vendeur. En effet, dans ce type de montages, pour des raisons de *Chari'a compliance*, la rémunération perçue par le SPV au titre du différé de paiement consenti à l'investisseur islamique doit, en principe, être affichée comme un profit prédéterminé, et non comme un intérêt courant sur le montant du crédit-vendeur. En matière d'impôt sur les sociétés, une éventuelle imposition immédiate du SPV au titre de la revente sur le profit correspondant à cette rémunération prédéterminée, mais qui économiquement correspond bel et bien à un taux d'intérêt à taux fixe, romprait l'équilibre financier du schéma de *mourabaha* en générant un décaissement d'impôt immédiat⁵¹.

Concernant la *musharaka*, il serait souhaitable que soit autorisée la déductibilité de la rémunération versée à un prêteur participatif, que le prêt soit ou non un prêt participatif au sens des articles L. 313-13 et suivants du Code monétaire et financier. A propos des *soukhouk*, il conviendrait pour des raisons de sécurité juridique, que soient confirmées la déductibilité, dans les conditions de droit commun (application d'un taux de marché et éventuellement application de l'article 212 du CGI), par l'émetteur de *soukhouk* ou l'emprunteur d'un prêt participatif (d'origine légal ou contractuel) de la rémunération versée aux bailleurs de fonds.

Il ne faut pas oublier que des conventions fiscales internationales visent à éviter la double imposition et lutter contre la fraude et l'évasion fiscales. Ainsi, elles déterminent leurs champs d'application en visant les impôts et revenus prévus par les législations fiscales internes des pays signataires. La qualification des opérations réalisées par le contribuable revêt un caractère important dans la mesure où elle détermine la nature des impôts à appliquer. Du point de vue du droit fiscal français, le prêteur islamique peut être assimilé à un vendeur ou un bailleur selon le cas.

En effet, dans la *mourabaha*, par exemple, le prix de vente est constitué du prix d'achat augmenté d'une marge bénéficiaire. Dans ce cas, au regard du droit fiscal français le prêteur

⁵¹ E. JOUINI & H. PASTRE « Rapport Jouini et Pastre : Enjeux et Développement de la Finance Islamique pour la Place de Paris », Rapport remis à Paris Europlace, 8 décembre 2008

peut être assimilé à un revendeur. Il s'ensuit que l'opération reçoit la qualification de simple opération commerciale (achat/revente) et non celle d'opération bancaire.

Dans le cadre de l'*ijara* (crédit-bail) qui permet à la banque d'acheter un bien afin de le louer à son client avec option d'achats, la banque peut être considérée comme un bailleur. Les paiements réalisés dans ce cadre seront traités fiscalement en fonction de la qualification juridique retenue.

A titre d'exemple, les paiements versés dans le cadre d'un financement en France d'une opération selon les techniques islamiques par un organisme bancaire situé dans un Etat lié par une convention fiscale à la France peuvent être soumis à la TVA. En effet, l'administration fiscale française peut assimiler ces paiements à des loyers versés dans le cadre d'un crédit-bail. Pour le pays où se trouve l'institution bancaire, les paiements perçus par cette dernière peuvent être considérés comme des revenus imposables. En présence d'un financement conventionnel, de tels paiements versés à une société étrangère, en l'occurrence l'institution bancaire, feraient l'objet d'une retenue à la source⁵². Le montant de cette retenue à la source viendrait en déduction de l'impôt à payer dans l'autre Etat contractant en appliquant la technique du crédit de l'impôt. Ainsi, dans ce cas, la double imposition est éliminée.

Il s'ensuit que les méthodes d'élimination de la double imposition (crédit d'impôt ou exemption) prévues par les conventions fiscales ne peuvent trouver application qu'en cas d'adaptation de la fiscalité interne à la finance islamique. En effet, dans l'exemple précédent si l'opération n'avait pas été qualifiée de crédit-bail par l'administration fiscale française, les paiements n'auraient pas été grevés de taxe sur la valeur ajoutée. Ils auraient subi une retenue à la source au titre des revenus versés à une société étrangère ou à une personne fiscalement domiciliée en France. La retenue à la source viendrait en déduction de l'impôt à payer par l'institution financière située dans l'Etat contractant en vertu de la technique du crédit d'impôt prévue par la convention fiscale pour éliminer la double imposition.

Aussi, il semblerait judicieux de déclarer l'absence de retenue à la source sur les intérêts et/ou primes de remboursements versés à des détenteurs de *soukous* situés hors de France, en application de l'article 131 quater du Code Général des Impôts.

⁵² Patrick SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, 9^e éd., Dalloz 2010

Il ressort de l'ensemble de ces observations que l'absence de cohérence entre la législation fiscale française et la finance islamique présentait un surcoût particulièrement important pour la mise en place de ces techniques de financement. L'administration fiscale a finalement réagi dès le début de l'année 2009 par une importante Instruction qui a ouvert la voie à un certain nombre d'ajustements fiscaux propres aux mécanismes de financement islamique.

§ 2 – Les solutions dégagées par la législation fiscale

La prise de conscience d'une indispensable réforme fiscale a été réelle. Le 25 février 2009, la Direction Générale des Finances Publiques a publié une Instruction ayant pour objet de préciser le régime fiscal applicable à deux opérations de financement islamique : le contrat de *murabaha* et les *soukouk*⁵³. Sont concernés l'impôt sur les bénéfices, le prélèvement obligatoire sur les produits financiers de source française versés à des non-résidents de France (retenue à la source), la taxe professionnelle, la cotisation minimale sur la valeur ajoutée, la TVA et les droits d'enregistrement.

Il s'agit, dans un premier temps, de se pencher sur le contrat de *murabaha*. L'administration fiscale a dégagé les modalités d'imposition du profit financier rémunérant le différé de paiement consenti à l'acquéreur. L'imposition fiscale du financier est fonction de la nature de l'objet de la transaction, si le bien transmis est un bien meuble ou immeuble.

Pour la *murabaha* mobilière, juridiquement, le contrat entre le financier et le client est un contrat de vente, donc fiscalement la totalité du produit de la vente et le profit du financier sont immédiatement imposables soit à l'impôt sur les sociétés soit à l'impôt sur le revenu, car la marge est réputée acquise dès que le transfert de propriété du bien est intervenu. Le prix payable à terme ne permet pas de rattacher le profit imposable à un exercice postérieur, ce qui constitue un traitement fiscal plus lourd que pour la finance conventionnelle. Mais si juridiquement, la marge du financier correspond à une plus-value, sur le plan économique, ce profit constitue la rémunération du différé de paiement. L'idée est alors de rendre l'imposition moins lourde pour le financier en alignant le régime fiscal sur la réalité économique, réalité prise en compte pour les financements conventionnels.

⁵³ Instruction N°22 du 25 février 2009, Bulletin Officiel des Impôts

Paradoxalement, la rémunération de ce différé peut être analysée en des intérêts dus pendant la durée du contrat, mais le code général des impôts pose des conditions strictes d'ordre formel à l'article 38-2 bis. La première concerne l'objet de l'opération. Le contrat doit expressément indiquer que le financier acquiert le bien pour le revendre aussitôt, ou dans un délai de six mois maximum, à son client. Ensuite, en ce qui concerne la rémunération du financier, celle-ci doit être clairement explicitée dans le contrat et acceptée par les parties, l'*instrumentum* doit aussi faire apparaître les différentes parties de cette rémunération, à savoir la rémunération propre du financier correspondant à son intermédiation et celle correspondant au différé de paiement accordé par lui. Par ailleurs, le prix d'acquisition du bien par le client et le prix d'achat par le financier doivent être indiqués distinctement. Toujours en ce qui concerne la rémunération, le profit doit être identifié dans le contrat comme la contrepartie du service rendu résultant du différé de paiement.

Un autre avantage est octroyé par l'administration : l'exonération de retenue à la source. En effet, pour éviter la fuite des capitaux et par voie de conséquence le tribut dû à l'Etat, le législateur a mis en place il y a plusieurs années une retenue à la source des capitaux en provenance de France vers l'étranger. Mais, en vertu de l'article 131 quater du Code Général des Impôts, les sommes versées par le client, personne morale, au financier sont, lorsque ce dernier est établi à l'étranger, exonérées du prélèvement obligatoire prévu au III de l'article 125 A du même Code. Il s'agit là d'une véritable mesure préférentielle pour attirer les investissements étrangers dans l'hexagone.

Pour la *murabaha* immobilière, l'objet du contrat étant un bien immobilier, le profit se caractérise comme une plus-value immobilière. Ces plus-values réalisées lors de cession à titre onéreux sont passibles de l'impôt sur le revenu, lorsque le cédant est une personne physique ou une société de personne, de l'impôt sur les sociétés dans les autres cas. D'après l'article 150 V du Code général des impôts, la plus-value imposable est égale à la différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition de l'immeuble. Le prix de cession à retenir étant celui inscrit dans l'acte de vente.

En dehors de ces précisions, le régime de la *murabaha* immobilière est semblable à celui de la *murabaha* mobilière, à savoir que la rémunération d'un différé de paiement est assimilable à des intérêts. Par suite, il est admis que la part de la somme versée par le client lors de l'acquisition du bien ne soit pas retenue pour l'application du régime d'imposition des plus-

values immobilières ; sous réserve que ladite convention respecte les mêmes conditions que celles qui sont requises pour l'assimilation du profit du financier à des intérêts.

L'Instruction du 25 février 2009 a aussi précisé les modalités d'imposition à la taxe professionnelle du financier qui acquiert, en vue de les revendre à tempérament aux tiers intéressés, soit un ou plusieurs immeubles, soit des titres, soit encore des stocks, ainsi que le traitement de ses produits et de ses charges au regard de la valeur ajoutée. En ce qui concerne la base d'imposition du financier, ce dernier est imposable sur la valeur locative des immobilisations corporelles dont il dispose au cours de la période de référence définie aux articles 1467 A et 1478 du Code Général des Impôts. Le ou les immeubles et les titres acquis, le cas échéant par le financier, ne constituent pas, en principe, des immobilisations mais sont comptabilisés dans les comptes de stocks. Par conséquent, ils ne peuvent pas, en principe, être pris en compte dans sa base d'imposition.

S'agissant de l'imposition à la TVA, les opérations d'achat de titres suivi de leur revente constituent des opérations situées en dehors du champ d'application de la TVA, conformément à la jurisprudence communautaire. La simple acquisition et la simple revente de parts sociales ne constituent pas une exploitation d'un bien visant à produire des recettes ayant un caractère de permanence, de sorte qu'elles ne doivent pas être considérées comme des activités économiques au sens de la directive 2006/112/CE de nature à conférer à leur auteur la qualité d'assujetti.

Et, enfin, concernant les droits d'enregistrement, la solution dégagée par l'administration fiscale permet de se soustraire aux inconvénients de la double mutation. Ainsi, une opération d'achat-revente que constitue la convention de *murabaha* peut bénéficier du régime des marchands de biens afin de limiter les droits d'enregistrements lors de l'achat d'immeuble.

Dans un second temps, il s'agit d'examiner le mécanisme d'imposition fiscale attribué aux *soukoug* par l'Instruction de février 2009. Le financement par émission de *soukoug* exige, en France, la mise en place d'une fiducie comme nous l'avons déjà constaté. D'un point de vue fiscal, ce sont les résultats du patrimoine fiduciaire qui sont soumis à l'impôt. Afin de procéder à la détermination de ces résultats, il faut effectuer la différence entre les loyers versés par le crédit-preneur et les charges supportées par la fiducie.

La déduction de la rémunération versée au titre des obligations dites *soukoug* ou des titres de dette et prêts indexés suppose que ces instruments financiers aient la qualification de dettes et donc qu'ils présentent les caractéristiques des instruments de dette. S'agissant des modalités d'imposition à l'impôt sur les sociétés, sous certaines conditions, l'administration accepte de considérer les *soukoug* comme des instruments de dette. Les rémunérations servies aux porteurs des obligations sont alors assimilées au plan fiscal à des intérêts d'emprunt, alors même qu'ils sont directement liés aux résultats de l'exploitation du bien financé et que les investisseurs ont vocation à participer aux pertes.

La mise en œuvre de cette solution suppose que des conditions soient remplies. Les porteurs de *soukoug* doivent être désintéressés avant les associés de l'émetteur ou de l'emprunteur, quelle que soit la nature des titres de capital émis par ce dernier et ne doivent pas bénéficier des droits reconnus aux associés. Ils ne doivent notamment disposer d'aucun droit de vote dans la structure émettrice ou emprunteuse. Les rémunérations versées au titre des *soukoug* qui satisfont ces conditions et peuvent recevoir la qualification fiscale d'intérêts, sont déductibles pour la détermination du résultat imposable.

Ensuite, est précisé le régime fiscal applicable aux titulaires non résidents de France de *soukoug*. Pour que les dispositions de l'article 131 quater du Code Général des Impôts s'appliquent aux *soukoug*, ces produits financiers, qu'ils soient émis sur le fondement du droit français ou d'un droit étranger, doivent présenter les caractéristiques des instruments de dette.

Les résultats de la fiducie sont imposables au nom du constituant, alors même qu'il n'est pas le bénéficiaire du contrat de fiducie. L'administration considère en effet que les droits dont le constituant est titulaire peuvent être regardés comme représentatifs de la contrepartie qu'il obtient à raison de l'opération de fiducie⁵⁴.

L'expiration du contrat de fiducie coïncide avec l'exercice de l'option d'achat de l'immeuble prévue au contrat de crédit-bail. Il convient de tirer, à l'égard du patrimoine fiduciaire toutes les conséquences fiscales d'une cessation d'entreprise prévue à l'article 201 du Code Général des Impôts. La fin du contrat de fiducie se traduit donc par l'imposition immédiate de l'ensemble des bénéfices non encore taxés.

⁵⁴ *La fiducie mode d'emploi*, dossiers pratiques Francis Lefebvre, 2009

L'administration fiscale est aussi venue établir les modalités d'imposition à la taxe professionnelle de l'activité exercée en fiducie, le SPV n'étant en principe pas imposable à celle-ci. Lorsqu'une activité est exercée en vertu d'un contrat de fiducie, elle est imposée au nom du fiduciaire. La filiale bancaire fiduciaire fait l'objet de deux impositions à la taxe professionnelle : l'une au titre de son activité propre et l'autre au titre de l'activité exercée par la fiducie. Les bases d'impositions de la fiducie sont déterminées dans les conditions de droit commun, c'est-à-dire sur la valeur locative des immobilisations passibles de taxe foncière sur les propriétés bâties ou non bâties et sur la valeur locative des équipements et biens mobiliers.

Pour la détermination de la valeur ajoutée servant au calcul du plafonnement de la taxe professionnelle et de la cotisation minimale, la loi prévoit des règles spécifiques concernant les établissements de crédit et entreprises ayant pour activité exclusive la gestion de valeur mobilière, qui permettent la déduction des charges financières. L'administration fiscale considère que ces dispositions sont applicables si le fiduciaire est une société détenue à 95% au moins d'un établissement de crédit et réalisant à titre exclusif des opérations de financement. Dans cette hypothèse, la valeur ajoutée issue de l'activité exercée en fiducie est donc diminuée des intérêts liés aux obligations.

Cette Instruction du 25 février 2009 a marqué une avancée considérable vers l'intégration de la finance islamique en France. Elle vient d'ailleurs d'être précisée par quatre Instructions en date du 24 août 2010 relatives à la *murabaha* (avec ordre d'achat)⁵⁵, les *soukouk* de financement⁵⁶, l'*ijira*⁵⁷ et l'*istina*⁵⁸.

L'Instruction concernant l'*ijira* apporte une réelle solution quant à son régime fiscal. L'aspect primordial est la qualification à donner au contrat d'*ijira*. L'administration fiscale énonce en effet que le régime fiscal applicable au contrat d'*ijira* dépend de la qualification juridique qui sera retenue pour l'opération, selon qu'elle est constitutive ou non d'une opération de crédit-bail au sens de l'art. L.313-7 du code monétaire et financier ou d'une opération de location assortie d'une option d'achat. Est donc dégagé l'ensemble des conditions à remplir pour avoir la qualité de crédit-bail ou d'opération de location assortie d'une option d'achat.

⁵⁵ Instruction N°78-4FE/S1/10 du 24 août 2010, Bulletin Officiel des Impôts

⁵⁶ Instruction N°78-4FE/S2/10 du 24 août 2010, Bulletin Officiel des Impôts

⁵⁷ Instruction N°78-4FE/S3/10 du 24 août 2010, Bulletin Officiel des Impôts

⁵⁸ Instruction N°78-4FE/S4/10 du 24 août 2010, Bulletin Officiel des Impôts

Ainsi, le contrat d'*ijara* est celui qui est assorti d'une option d'achat donnant au client la possibilité d'acquérir l'actif à l'échéance ou en cours de contrat, au terme de la période de location ou en cours de contrat, moyennant un prix convenu entre les deux parties au moment de la signature dudit contrat. Dès lors que l'opération d'*ijara* est constitutive d'une opération de crédit-bail au sens de l'art. L.313-7 du code monétaire et financier ou de location avec option d'achat, les modalités d'imposition de l'*ijara* sont à l'évidence celles applicables à ces opérations.

Ces dernières évolutions montrent l'actualité de la matière tant au niveau international que purement interne. Les contraintes ne sont, aujourd'hui, que strictement juridiques et finalement assez limitées. Le bouleversement tant attendu tient à un élargissement de la fiducie, qui, à l'heure actuelle, ne semble pas pouvoir concurrencer la formule si souple du *trust*. Si la compatibilité du système financier français et islamique semble acquise, il n'en reste pas moins que l'établissement des banques islamiques en France n'est pas encore fait. Des voix s'élèvent déjà pour dénoncer la remise en cause du principe français de laïcité⁵⁹. D'ailleurs, le fait de réserver aux seuls musulmans pratiquants les instruments financiers islamiques semble contraire au principe interdisant la discrimination fondée sur la religion. Aussi, l'étude des mécanismes de finance islamique démontre bien que la banque islamique s'adapte finalement assez bien avec le système capitaliste. L'intégration de la religion dans la finance est le fondement de la distinction entre banque islamique et conventionnelle. Il est donc légitime de s'interroger sur la réelle finalité de la finance islamique : la recherche de profit toujours plus important par des moyens qui contournent quasi totalement les principes de la *Chari'a*. On peut donc s'interroger avec raison sur les justifications éthiques et morales que l'on a pu entendre en faveur de l'établissement des banques islamiques en France.

⁵⁹ Le Monde, 20 novembre 2009, *signataires de l'Observatoire international de la laïcité contre les dérives communautaires*

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX ET SPECIALISES

Joseph SCHACHT, *Encyclopédie de l'Islam*, 1936

Mohamed BAQER EL-SADR, *La banque sans intérêts en Islam*, 1983

Nabil A. SALEH, *Unlawful gain and legitimate profit in islamic law*, éd. Graham & Trotman, 1992

Abdullah SAEED, *Islamic banking & Interest*, éd. E.J. Brill, 1999

Samuel HAYES / Frank VOGEL, *Islamic law and finance*, éd. Kluwer law international, 1998

THORNTON, *An enquiry into the Nature and Effects of the Paper Credit of Great Britain*, 1802

Christian LAVAL, *Jeremy Bentham, les artifices du capitalisme*, PUF, coll. « Philosophies », 2003

KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, 1936

Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, éd. Economica, 1995

Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique*, éd. Revue Banque, 2009

M. BOUDJELLAL, *Le système bancaire islamique, aspects théoriques et pratiques*, Institut international de la pensée islamique, 1998

Thierry BONNEAU, *Droit bancaire*, 8^e ed. Montchrestien, 2009

Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, Litec, 2007

Christian ATIAS, *Droit civil des biens*, 10^e éd., Litec 2009

Anne-Laure THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine*, ed. Defrénois, 2007

La fiducie mode d'emploi, dossiers pratiques Francis Lefebvre, 2009

Y. THOMAZEAU, *Fiscalité & Banque*, Sirey, 1972

Jean LAMARQUE, *Droit fiscal général*, Litec éd. 2009

Patrick SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, 9^e éd., Dalloz 2010

ARTICLES ET COMMENTAIRES PUBLIES EN REVUE

Sélim JAHEL, « Droit des affaires et religion », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2001, N°4

Andréane FULCONIS-TIELENS, « La finance islamique a-t-elle un avenir prometteur en France ? », *Revue Banque*, novembre 2007, N°696

Ghassen BOUSLAMA, « La finance islamique : une récente histoire avec la France, une longue histoire avec ses banques », *Revue d'économie financière*, novembre 2009, N°95

Gilles SAINT MARC, « Le droit français est-il compatible avec la finance islamique », *Banque Magazine*, 1^{er} juin 2008, n°703, p. 60-63

Chucri-Joseph SERHAL, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *Banque & Droit*, 1^{er} mars 2006, n°106, p.36 à 43

André Lapidus, "La propriété de la monnaie : doctrine de l'usure et théorie de l'intérêt", *Revue économique*, n°6, novembre 1987, p. 1095-1110.

S. AL-SUWAILEM, « Venture capital : a proposal model of mousharaka », *Journal of Islamic Economics*, 2004, vol.10

Michèle EL KHOURY, « Techniques de financement islamique, une discipline peu connue en France », *Banque et Droit*, novembre 2003, N°92, p.1722

Sélim JAHEL, « La finance islamique », *Les cahiers de l'institut du Pacifique*, n°45, octobre 2009

Gilles SAINT-MARC, « finance islamique et droit français », Tables rondes du 19 juin 2008 organisées par la Commission des finances du Sénat

Estelle BRACK, « Banque et finance islamique en France », *La finance islamique : une autre finance*, Table ronde du 18 juin 2008

Didier LAMETHE, « La faute de l'incertitude ou propos d'un juriste d'entreprise occidentale autour de la finance islamique », *La finance islamique : une autre finance*, Table ronde du 18 juin 2008

Arnaud RAYNOUARD, « Lorsque le Conseil constitutionnel sauve le Code civil d'un alinéa inutile et inefficace...tout en mettant la fiducie (encore) sous les feux de la rampe », la Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°3, 22 janvier 2010

Philippe DUPICHOT, « Fiducie et finance islamique », *Recueil Dalloz* 2010, p. 1064

TEXTES, CODES, JURISPRUDENCE

Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique

Loi n°83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne

Loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie

Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures

Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie.

Instruction N°22 du 25 février 2009, Bulletin Officiel des Impôts

Instruction N°78-4FE/S1/10 du 24 août 2010, Bulletin Officiel des Impôts

Instruction N°78-4FE/S2/10 du 24 août 2010, Bulletin Officiel des Impôts

Instruction N°78-4FE/S3/10 du 24 août 2010, Bulletin Officiel des Impôts

Instruction N°78-4FE/S4/10 du 24 août 2010, Bulletin Officiel des Impôts

Code de la consommation : articles L.313-3 et suivants

Code civil : articles 1844-1 ; 1965 ; 1129 ; 1133 ; 1653 ; 2011 ; 544

Code monétaire et financier : articles L.313-1 et suivants ; L.515-5 et suivants

Code général des impôts : articles 257.7 ; 212 ; 131 quater ; 120 V ; 1467 A ; 1478 ; 201

Directive 2006/48 CE

Directive 2006/112 CE

Décision n° 2009-589 DC du 14 octobre 2009 relative à la loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers.

Cass.com 31 mars 2009, n° 07-20219, note Libchaber, note « Incidences d'un trust américain sur l'assujettissement à l'ISF », Bulletin Joly Sociétés, 01 octobre 2009 n° 10, P. 873

Note de l'AMF sur les conditions relatives aux OPCVM islamique en date du 17 juillet 2007

Fiches doctrinales de l'administration fiscale, DGTPE

THESES

CHEBLI Raya, « Financement bancaire et droit musulman : des solutions juridiques à une prohibition religieuse », mémoire USJ 2004

Alain Abi HAIDAR, *La banque islamique*, thèse, Paris II, 1991

Zuhayr OBEIDI, « La Banque Islamique – Une nouvelle technique d'investissement », Thèse, Beyrouth, Dar ar-Rashad al-islamiyya, 1988

Claude WITZ, « La fiducie en droit privé français », thèse Université Strasbourg III, 1979

Michèle EL KHOURY, « la fiducie : étude de droit comparé », thèse Paris II, 2002

AUTRES DOCUMENTS

Sélim JAHEL, cours magistral, 2009-2010

Nextage Private Equity, « Rapport sur les besoins de financements des PME françaises », 2003

E. JOUINI & H. PASTRE « Rapport Jouini et Pastre : Enjeux et Développement de la Finance Islamique pour la Place de Paris » Rapport remis à Paris Europlace, 8 décembre 2008.

Discours de Gordon Brown du 13 juin 2006

Termes de Madame le Ministre de l'Economie lors du forum Paris Europlace de juillet 2008

Le Monde, 20 novembre 2009, *signataires de l'Observatoire international de la laïcité contre les dérives communautaires*

SITES INTERNET

http://www.dailymotion.com/video/x98940_solution-a-la-crise-économique-la-f_news, interview radio de Elyes Jouini et Olivier Pastré.

http://www.dailymotion.com/video/x8lhia_laicité-et-finance-islamique-font-b_news, reportage de la chaîne télé ARTE info sur la finance islamique.

<http://www.observatoire-laicite.org/>.

<http://www11.minefi.gouv.fr/boi/boi2009/4fepub/textes/4fe09/4fe09.pdf>, Bulletin officiel des Impôts sur le régime fiscal applicable aux opérations de finance islamique.

http://www.observateurocde.org/news/fullstory.php/aid/2585/Finance_islamique.html.

<http://www.articlesenligne.com/article7940.htm>.

<http://www.senat.fr/rap/r07-329/r07-3294.html>.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	4
PREMIERE PARTIE – Un contexte favorable à l'établissement d'une banque islamique en France	15
Section 1 - Une compatibilité au niveau des principes prescrits par la Chari'a.....	15
§ 1 – Les implications d'ordre économique des exigences Charii	16
§ 2 – Les équivalents en droit français des fondements Charii de la finance islamique ..	21
Section 2 - Une compatibilité au niveau des techniques de financement islamique.....	28
§ 1 – Les mécanismes associatifs	28
§ 2 – Le crédit associé à la vente.....	34
SECONDE PARTIE – Les aménagements nécessaires à l'établissement d'une banque islamique en France.....	39
Section 1 – Les obstacles liés aux rigidités juridiques françaises	39
§ 1 – La nécessaire adaptation de la législation française aux opérations de financement islamique	40
§ 2 – La fiducie à l'épreuve de la conception française de la propriété.....	44
Section 2 – Des ajustements fiscaux en partie effectués	51
§ 1 – Les difficultés liées aux surcoûts lors de la structuration des produits islamiques .	51
§ 2 – Les solutions dégagées par la législation fiscale	56
BIBLIOGRAPHIE	62