

FINANCEMENTS CONFORMES À LA CHARIA

NEUTRALITÉ FISCALE, À QUAND LES AMÉNAGEMENTS JURIDIQUES?



**Hassan
Javanshir**

Associé
Ashurst

Pour favoriser l'essor de la finance islamique, les pouvoirs publics ont publié en février des instructions sur le traitement fiscal de ce type d'opérations. Néanmoins, quelques aménagements juridiques restent nécessaires.



**Hisham
Bouhouita
Guermech**

Avocat
Ashurst

Il convient de saluer la publication des instructions du 25 février 2009 (précédées par la publication des fiches du 18 décembre 2008) précisant le traitement fiscal des financements réalisés en France conformément au droit musulman (Charia) tant il est rare que les pouvoirs publics répondent aussi rapidement à certaines attentes des praticiens. La réactivité des pouvoirs publics est d'autant plus méritoire qu'elle intervient dans un contexte de crise financière où les fonds en provenance du Proche-Orient apparaissent de plus en plus comme une source alternative d'investissement et de financement.

L'INTÉRÊT DE L'ÉTAT POUR L'ACTIF IMMOBILIER

Même si elles ne se limitent pas aux acquisitions et au financement des

acquisitions immobilières, les instructions du 25 février 2009 visent expressément les ventes d'immeubles. Plusieurs raisons expliquent l'intérêt de l'État pour l'actif immobilier. Il convient tout d'abord de noter que les quelques opérations conduites en France conformément au droit musulman ont porté, à notre connaissance, sur des actifs immobiliers. C'est à l'occasion de ces opérations que les praticiens ont pu mesurer certaines insuffisances de notre droit. Ensuite, l'actif immobilier est particulièrement bien adapté aux prescriptions du droit musulman exigeant que l'investissement porte sur un bien tangible.

LA NEUTRALITÉ FISCALE DES MOURABAHAS

Sans revenir de façon exhaustive sur les principes de base de la finance islamique, maintes fois exposés, rappelons simplement que la règle essentielle de la finance islamique consiste en une interdiction : celle du *riba* (l'intérêt ou l'usure selon les interprétations des Oulémas même si la plupart s'accordent aujourd'hui à dire que le *riba* correspond à l'intérêt).

Afin de respecter cette prescription, les montages d'investissements immobiliers islamiques dits *moura-*

baha impliquaient la mise en place de deux structures d'acquisition. La première structure, non liée au fonds ou à l'institution islamique, recourait à un prêt classique auprès d'une banque conventionnelle afin de financer partiellement l'acquisition d'un immeuble ou d'un portefeuille d'immeubles. Le jour même, un instant de raison plus tard, la première structure cédait l'immeuble à la seconde structure, détenue elle par le fonds ou l'institution islamique, en lui consentant un crédit vendeur.

La marge (*el ribh* dont est issu le mot *mourabaha* et qui signifie littéralement le profit) réalisée par la première structure (que la pratique a coutume de désigner comme le "financier") lors de la revente de l'actif à la deuxième structure (le "client") correspond, au moins en partie, à la rémunération du différé de paiement consenti par le financier au client. Afin de neutraliser les conséquences fiscales liées à cette double mutation de l'actif immobilier, la pratique a eu recours au statut fiscal de marchand de biens (pour le financier) tout en s'interrogeant sur le traitement que l'administration fiscale réserverait à un tel recours, les conditions d'habitude n'étant souvent pas remplies.

1. ADAPTER LE DROIT

POUR ORGANISER LE TRANSFERT DE CRÉANCES AU PROFIT DU FINANCIER

■ Afin de garantir le paiement de la partie du prix payable à terme par le client au titre du contrat de revente, il a été envisagé de mettre en place, au profit du financier, des cessions civiles à titre de garantie des loyers versés par le locataire au client. Cette voie avait été envisagée car le financier n'étant pas un établissement de crédit, il ne pouvait bénéficier d'une cession de créances à titre de garantie par voie de bordereau Dailly. La voie de la cession civile doit désormais être écartée à la lumière de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 décembre 2006 qui, s'en tenant à la lettre et à l'esprit de l'article 1689 du Code civil, a exclu le recours à une telle cession afin de garantir une créance. En l'état du droit et de la jurispru-

dence, il ne reste plus aux praticiens que la voie de la délégation à double étage par laquelle le client déléguerait le locataire de l'immeuble au financier qui, à son tour, déléguerait le locataire à la banque lui ayant consenti le crédit. Cette voie présente cependant l'inconvénient de ne pas avoir pour effet le transfert des sûretés attachées à la créance du client. Par ailleurs, bien que la chambre commerciale de la Cour de cassation ait affirmé dans son arrêt du 14 avril 2006 que la créance du délégant sur le délégué est indisponible aux créanciers du premier (revenant ainsi à la position adoptée dans son arrêt de principe du 16 avril 1996), il subsiste à notre sens un doute quant au sort de cette créance en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'en-

contre du délégant. C'est en raison de l'inconvénient et du risque décrits ci-dessus que certains, au premier rang desquels se trouve la commission finance islamique du groupe Europlace, proposent de consacrer dans notre droit la cession civile à titre de garantie. Plutôt que d'entreprendre une telle réforme, le législateur pourra préférer opter pour la mise en place, au même titre que le bordereau instauré pour la cession de créances à un fonds commun de créances, d'un instrument spécifique de cession de créances (et des sûretés qui sont l'accessoire de ces créances) au profit du financier qui pourra, à son tour, les céder (et les sûretés y attachées) à titre de garantie par voie d'endos à la banque lui ayant consenti un crédit.

du différé de paiement. Lorsque le financier est non-résident de France, la marge bénéficiera donc de l'exonération de retenue à la source prévue par l'article 171 quater du Code général des impôts. Cette assimilation de la marge (du moins la partie rémunérant le différé de paiement) à des intérêts permet également de l'exonérer de TVA. Seule la partie de la marge rémunérant le différé de paiement étant qualifiée d'intérêt, il convient d'exclure du bénéfice de ces dispositions celle correspondant à la rémunération du service d'intermédiation rendu par le financier.

L'ENTÉRINEMENT DU STATUT DE MARCHAND DE BIENS

L'instruction répute les conditions d'habitude et d'intention spéculative requises pour bénéficier du régime de marchands de biens remplies dans le cadre d'une *mourabaha*. La revente de l'immeuble par le financier au client sera dès lors uniquement soumise à la taxe de publicité foncière au taux de 0,60 % à laquelle s'ajoutent le salaire du conservateur (0,10 %) et des frais d'assiette et de recouvrement, soit un taux global de 0,715 %. La marge réalisée par le financier (à l'exclusion de la partie de cette marge correspondant à la rémunération du différé de paiement) sera assujettie à la TVA.

LES AMÉNAGEMENTS JURIDIQUES NÉCESSAIRES

Contrairement au volet fiscal où de simples précisions étaient nécessaires, quelques aménagements de

2. POUR OU CONTRE

L'exonération du financier de la garantie des vices cachés

■ Le financier n'intervenant qu'en qualité d'intermédiaire entre le vendeur et le client et ne conservant la propriété de l'actif immobilier, dans la plupart des cas, qu'un instant de raison, il pourrait sembler déraisonnable qu'il garantisse le client contre les vices cachés de l'immeuble conformément à l'article 1641 du Code civil. C'est pour cette raison que certains ont proposé que le financier soit exonéré de la garantie des vices cachés dans le cadre des opérations dites *mourabahas*. Une intervention législative en ce sens serait indispensable, une telle exonération ne pouvant être prévue contractuellement en raison du caractère d'ordre public de la garantie des vices cachés du vendeur d'un bien. Aussi séduisante puisse-t-elle paraître, une telle adaptation présenterait le risque que le comité Charia (les désormais fameux *Charia boards*) d'un investisseur islamique s'oppose à une telle exonération estimant qu'elle vide de sa substance l'intervention du financier.

Les précisions apportées par le ministère des Finances dans les instructions du 25 février 2009 avaient deux objectifs principaux (en ce qui concerne du moins les structures *mourabaha*) : préciser le régime d'imposition de la marge perçue par le financier lors de la revente de l'actif et entériner le recours au statut de marchand de biens.

LE RÉGIME D'IMPOSITION DE LA MARGE

L'instruction vient préciser que la marge, sous réserve du respect d'un certain nombre de conditions, sera assimilable à un intérêt (dans la mesure où elle rémunère un différé de paiement) imposable sur la durée

La revente de l'immeuble par le financier

notre droit devront être adoptés afin de garantir la sécurité juridique des *mourabahas*. Par souci de rapidité, les pouvoirs publics pourront choisir de légiférer par voie d'ordonnance (plutôt que par voie parlementaire) conformément à l'article 42 de la loi de modernisation de l'économie du 23 juillet 2008 habilitant le gouvernement à choisir cette voie pour prendre les mesures nécessaires à la modernisation du cadre juridique de la place financière française. Parmi les adaptations de notre droit proposées ici et là, notamment par la commission finance islamique du groupe Europlace, certaines semblent indispensables, d'autres le sont moins et pourraient même s'avérer contre-productives. Le droit français contient d'ores et déjà les instruments juridiques permettant la réalisation d'opérations conformes à la Charia. Signalons à cet égard l'introduction au droit français de la fiducie. Même si un certain recul est indispensable afin d'en appréhender les contours, l'institution de la fiducie pourrait être utilisée dans l'hypothèse où les banques ne souhaiteraient pas que la structure agissant en qualité de financier soit une de leur filiale. Il pourrait être envisagé dans ce cas d'avoir recours à une structure qui agirait en qualité de fiduciaire de la banque.

L'une des adaptations principales de notre droit consisterait pour le législateur à mettre en place un instrument juridique fiable permettant le transfert, à titre de garantie, des

■ L'article L. 511-5 du Code monétaire et financier pose le principe du monopole bancaire en vertu duquel seuls les établissements de crédit peuvent réaliser des opérations de banque, au nombre desquelles figurent les opérations de crédit. Dans les *mourabahas*, la revente de l'actif immobilier par le financier au client est réalisée par le recours à un crédit-vendeur. Une telle opération constitue-t-elle une opération de crédit ou une simple opération de vente assortie d'un différé de paiement ? Certains soutiennent, bien que cet argument nous semble fort discutable, que

quand bien même il s'agirait d'une opération de crédit, une telle opération ne violerait pas le monopole bancaire, l'article L. 511-7 du Code monétaire et financier comptant parmi les exceptions à ce monopole les délais et avances de paiement consentis par une entreprise à ses contractants dans l'exercice de son activité professionnelle. Sans entrer ici dans l'appréciation des mérites de ces arguments, il nous paraît souhaitable que le législateur clarifie la situation. Nous marquons, pour notre part, une préférence pour une exclusion expresse des opérations de revente dans les structures de type *mourabaha*

de la qualification juridique d'opération de crédit ce qui permettrait d'éviter tout risque de requalification par un tribunal. En effet, si mettre en avant l'exception prévue par l'article L. 511-7 du Code monétaire et financier ou toute autre exception expressément prévue pour les *mourabahas* permet d'éviter le risque de violation du monopole bancaire, il n'en constituerait pas moins un aveu que cette opération est bel et bien une opération de crédit ce qui risquerait de mettre à mal sa conformité avec le droit musulman.

créances (et des sûretés y attachées) que le client détient à l'encontre, notamment, du locataire, au financier (*encadré 1*). Le législateur dispose de plusieurs options.

Certains (et notamment la commission finance islamique du groupe Europlace) préconisent également l'exonération du financier de la garantie des vices cachés (*encadré 2*). Enfin, il nous semble souhaitable que soit ôté tout doute quant à la qualification juridique de l'opération de revente de l'immeuble par le financier (*encadré 3*).

LA CRÉDIBILITÉ DE LA PLACE DE PARIS

En dehors des précisions apportées par les instructions du 25 février 2009 et les aménagements juridiques devant être apportés à notre droit, les praticiens auront également leur rôle à jouer afin de favoriser l'essor de la finance islamique en France en faisant preuve d'ingéniosité dans la confection des clauses du contrat de *mourabaha* (le contrat de revente entre le financier et le client) afin de respecter certaines interdictions

« Il y a fort à parier que le développement de la finance islamique s'accompagnera d'une vigilance de plus en plus accrue des Charia boards quant à la conformité de certaines clauses du contrat de revente aux prescriptions du droit musulman. »

coraniques telles que le *gharar* (incertitude) et le *maysir* (spéculation). En effet, il y a fort à parier que le développement de la finance islamique s'accompagnera d'une vigilance de plus en plus accrue des Charia boards quant à la conformité de certaines clauses du contrat de revente aux prescriptions du droit musulman. De cette ingéniosité dépendra aussi la crédibilité de la place de Paris en matière de finance islamique. ■