

L'APPLICATION DU TAUX EFFECTIF GLOBAL AUX CONTRATS DE FINANCEMENT ISLAMIQUE*



CHUCRI JOSEPH SERHAL
Avocat,
département
financier,
financement de
projets
Gide Loyrette
Nouel AARPI

IBRAHIM ZEYYAD CEKICI
Enseignant-chercheur ;
coresponsable
du diplôme
Finance
islamique,
Université
de Strasbourg

La structuration d'opérations de financement conformes à la Charia et régies par le droit français se heurte à la problématique de la mention du taux effectif global (TEG). En effet, tout contrat qualifié, en droit français, d'opération de crédit est soumis aux dispositions impératives sur le TEG, l'une d'entre elles étant de mentionner par écrit ce dernier. Or, la finance islamique interdit la stipulation de l'intérêt. Par conséquent, la mention du TEG risquerait-elle de rendre l'opération non conforme aux préceptes de l'Islam ?

Aux termes de l'article L. 313-2 du Code de la consommation, le taux effectif global (TEG) doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt.

Toute infraction aux dispositions de l'article L. 313-2 du Code de la consommation est punie d'une amende de 4 500 euros. Contrairement aux dispositions relatives à l'usure, celles ayant trait au TEG s'appliquent indistinctement aux professionnels et aux non-professionnels.

Selon l'article L. 313-1 du Code de la consommation, le TEG doit être calculé de façon à représenter le coût réel total du crédit. Il doit également permettre à l'emprunteur de comparer les différentes offres de prêt proposées par des établissements de crédit¹, ainsi que de vérifier si le taux proposé n'est pas usuraire au sens de l'article L. 313-3 du Code de la consommation. Le TEG a donc à la fois un objectif de protection des non-professionnels contre l'usure, mais également une finalité informative et de transparence.

CONTRAT DE PRÊT ET OPÉRATION DE CRÉDIT

Le droit français ne prévoit pas de définition générale du contrat de prêt.

Le Code civil prévoit deux sortes de prêt : le prêt à usage (commodat) et le prêt de consommation. Néanmoins, l'article 1905 dispose qu'il est permis de stipuler l'intérêt en matière soit de prêt d'argent, soit de prêt de denrée ou autres choses mobilières². Quant à la doctrine, elle définit le prêt comme étant un contrat « par lequel l'une des parties, le prêteur, met à la disposition de l'autre, l'emprunteur, une chose pour son usage, à charge de restitution »³.

Concernant les opérations de crédit, le droit français les définit à l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier comme étant « tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie ».

L'alinéa 2 du même article dispose que « le crédit-bail et de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat, sont assimilés à des opérations de crédit », ceci en raison du ratio legis qui y assimile les garanties bancaires et les opérations assorties d'une option d'achat. Sont des opérations de crédit non seulement des opérations de prêt à intérêts, mais également des opérations d'affacturage, de cession de créance par bordereau Dailly, d'escompte, de découvert en compte⁴.

Il apparaît alors que si toute opération de prêt à intérêts est une opération de crédit⁵, toute opération de crédit n'est pas une opération de prêt à intérêts⁶.

Doit-on alors comprendre que l'obligation de mentionner le taux effectif global, telle que prévue à l'arti-

2. Voir le régime juridique de la prohibition de l'intérêt en droit musulman, I. Z. Cekici, La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamiques en France, *Revue Lamy Droit des Affaires*, octobre 2008, p. 107.

3. « Lexique des termes juridiques », Dalloz 10^e édition.

4. Rép. Min. n° 4067, JOAN Q 27 janvier 2003, p. 600.

5. M. Vasseur, « Droit et économie bancaire, Les cours de droit, Institutions bancaires », Fasc. I-A, 4^e édition, 1985-1986, p. 74.

6. *Juris Classeur Banque, Crédit et Bourse*, fascicule 50, F. Peltier et E. Fernandez-Ballo, v.3/2005, p. 8.

* Dans cet article, les auteurs utilisent la translittération anglaise des mots d'origine arabe.

1. J. Huet, *Traité de droit civil, « Les Principaux contrats spéciaux »*, edit. LGDJ, p. 1005.

cle L. 313-1 et L. 313-2 du Code de la consommation, ne s'applique qu'aux contrats de prêt à intérêts, ou bien cette obligation s'étend-elle plus généralement à toute opération de crédit?

CHAMP D'APPLICATION DU TEG

Selon la doctrine, « la fixation par écrit du taux effectif global n'est pas exigée seulement pour le prêt au sens étroit du terme, mais pour toute forme de crédit au sens de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier »⁷.

Cette notion de contrat de prêt, telle que désignée à l'article L. 313-2 du Code de la consommation, doit être entendue largement : « Il en est ainsi des prêts et crédits sous toutes formes, dont les avances, les découverts en compte, l'escompte d'effets de commerce ou de créances professionnelles »⁸.

Il ressort ainsi que le champ d'application de l'obligation de mentionner le TEG s'étend à toute opération de crédit au sens large, exception faite toutefois du crédit-bail.

APPLICATION DU TEG AUX OPÉRATIONS DE FINANCEMENT ISLAMIQUE

Aux termes de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, deux éléments cumulatifs conditionnent la qualification d'une opération d'opération de crédit : une mise à disposition de fonds et le caractère onéreux de l'opération.

La mise à disposition de fonds peut prendre différentes formes, et ne se limite pas aux seules opérations de prêt à intérêts. En effet, « la notion d'opération de crédit [...] recouvre diverses opérations juridiques (prêt, avance, découvert, escompte, etc.) »⁹.

Cernant le caractère onéreux, il repose sur toute forme de rémunération « directe ou indirecte, voire sur une indexation du capital, et non pas uniquement sur de l'intérêt »¹⁰.

Ainsi, toute opération de financement islamique répondant aux deux critères précités, à savoir la mise à disposition de fonds, et ce d'une façon onéreuse, entre donc dans le champ d'application des règles relatives au TEG.

LA COMPATIBILITÉ DE LA DÉTERMINATION DU TEG AVEC L'INTERDICTION DU RIBA

L'un des piliers de la finance islamique est l'interdiction de la stipulation de l'intérêt (riba).

Cela ne veut pas dire pour autant que la simple mention d'un TEG dans un contrat est susceptible de rendre « l'opération nulle vis-à-vis des règles de l'Islam.

En effet, dans le cadre d'une opération de murabaha (achat-revente), les juristes de l'Islam¹¹ acceptent que le profit soit calculé sur la base d'un indice de référence de taux d'intérêts¹², par exemple le Libor ou l'Euribor. Un éminent juriste, président du comité Charia de l'AAOIFI¹³, considère que « dans une murabaha, le profit déterminé sur la base d'un benchmark de taux d'intérêts ne rend pas l'opération haram¹⁴ dans la mesure où le contrat se conforme aux principes de l'Islam et respecte les conditions imposées par la Charia »¹⁵.

La finance islamique, fondée sur une certaine conception de l'éthique dans les affaires, préconise et encourage toute forme de communication d'informations permettant aux parties de mesurer le risque et le coût afférent à la transaction. Dans ce sens, la Charia ne peut qu'adhérer à la finalité « éthique » qui réside également derrière les motivations du législateur français pour imposer la mention du TEG dans toute opération de crédit.

OPÉRATIONS BANCAIRES ISLAMQUES

Dans le cadre de cette étude, nous allons nous intéresser aux contrats les plus utilisés dans la pratique par la finance islamique, à savoir l'ijara (location), la musharaka (prêts participatifs), la mudaraba (commandite) et la murabaha (achat-revente).

Ijara (location)

L'ijara est un contrat de location qui peut également, selon la Charia, prendre la forme d'une location-vente (ijara muntahia bittamleek) ou d'un crédit-bail (ijara wa-iftina). Même si le second alinéa de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier « assimile à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat », la jurisprudence a considéré que le crédit-bail est en dehors du champ d'application du TEG tel que prévu à l'article L. 313-2 du Code de la consommation. Dans un arrêt en date du 12 novembre 1979, la chambre criminelle de la Cour de cassation se prononce sur la nature juridique du crédit-bail en affirmant qu'il est constitué par un contrat de louage assorti au profit du locataire d'une promesse de vente unilatérale¹⁶. Le contrat de crédit-bail n'est donc pas une opération de crédit ; par conséquent, ce dernier échappe aux dispositions de l'article L. 313-2 du Code de la consommation. A fortiori, l'opération islamique d'ijara aussi.

Mudaraba (commandite)

La mudaraba s'assimile, en droit français, à un contrat de commandite par lequel une partie (rab al-maal ou le commanditaire) apporte le capital à une autre partie (mudarib ou commandité) à charge pour cette dernière de l'investir

7. « Droit bancaire », 7^e ed., C. Gavalda et J. Stoufflet, n° 516, p. 288.

8. Dominique Schmidt et Paul Lutz, Réflexions sur les articles 1907 alinéa 2 du Code civil et 4 de la loi du 28 décembre 1966, *Revue de droit bancaire et de la bourse*, n° 9, septembre/octobre 1988, p. 143.

9. J.-L. Rives-lange et Mme Contamine-Raynaud, « Droit bancaire », Précis Dalloz, 6^e édition, 1995, n° 389, p. 387.

10. Guillen, « Lexique des termes juridiques », édition Dalloz, 1995.

11. C. Serhal « La finance islamique à la française », p. 226, edit. Secure Finance.

12. Rustum Shah, « Islamic Finance, a practical Guide », Consulting editor Rahail Ali.

13. Accounting and Auditing Organization for Islamic Finance Institutions, institut de standardisation des normes de la finance islamique basée à Bahreïn.

14. Haram signifie tout ce qui est illégal, illicite ou interdit.

15. M. Taqi Usmani, « Murabaha », publié par www.accountancy.com.pk

16. Cass. Crim., 12 novembre 1979, n° 79-90.165.

dans une activité ou un actif. Le commandité (*mudarib*) ne partage pas les pertes, la perte financière incombant uniquement au bailleur de fonds (*rab al-maal*). Le *mudarib* est rémunéré pour son expertise en fonction de la performance de l'actif objet de l'investissement.

Une opération de *mudaraba* ne remplit pas les deux critères exigés par l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier concernant la qualification d'opération de crédit, et échappe, à ce titre, aux dispositions relatives au TEG.

Musharaka (prêts participatifs)

Le terme « *musharaka* » est dérivé de « *shirka* » qui veut dire en arabe « société » et qui trouve ses racines historiques aux premiers temps de l'Islam : un marchand aisé finançait une opération menée par un entrepreneur, et les deux parties partageaient à égalité profits et pertes¹⁷.

L'Islam ne prescrit pas de forme particulière de *musharaka* assortie d'un régime spécial, mais impose à tout financement d'être conforme à un certain nombre d'interdictions dictées par la Charia¹⁸.

Partant du principe que ce qui n'est pas interdit par la Charia est permis, une nouvelle forme de financement – que ce soit sous forme de *musharaka* ou autre – ne pourrait être considérée comme contraire aux règles de l'Islam uniquement en raison du fait qu'elle n'a pas été pratiquée auparavant ou n'a pas de précédent¹⁹.

Toute forme de *musharaka* pourrait ainsi être acceptable, du moment qu'elle n'enfreint pas les règles prescrites par le Coran ou le consensus des juristes de l'Islam²⁰.

Le régime légal des prêts participatifs en droit français qui se rapproche de celui de la *musharaka*, répond aux préceptes de l'Islam. Les prêts participatifs ont été créés par la loi n° 78-741 du 13 juillet 1978 relative à l'orientation de l'épargne vers le financement des entreprises, et partiellement codifiée dans le Code monétaire et financier aux articles L. 313-13 et suivants.

Aux termes de l'article L. 313-17 du Code monétaire et financier, « l'intérêt fixe du prêt participatif peut être majoré dans les conditions qui sont déterminées par le contrat, notamment par le jeu d'une clause de participation au bénéfice net de l'emprunteur ».

Si les opérations de crédit sont nécessairement rémunératrices, le sont-elles forcément par le biais d'intérêt ou de commission? La réponse de Gavalda et Stoufflet est logiquement négative : « Il suffit que le prêteur reçoive une contrepartie financière spécifique, même aléatoire. Une avance rémunérée par une participation aux profits de l'activité du bénéficiaire serait une opération de banque »²¹.

Le professeur Stoufflet rappelle que les parties à un contrat de crédit ont une liberté dans le choix du mode de rémunération, celui-ci pouvant être fixe ou variable, voire aléatoire mais déterminable du seul fait d'accepter de participer aux résultats d'un financement²².

Aucune disposition du Code monétaire et financier n'interdit que le taux d'intérêt fixe ne soit égal à zéro, et que, par conséquent, la rémunération du prêt participatif ne puisse dépendre exclusivement de la clause de participation²³.

Par ailleurs, rien ne semble interdire la mise en place d'un prêt participatif conclu en dehors du régime légal des prêts participatifs. Il pourrait prendre la forme d'un prêt d'argent soumis au droit français et rémunéré exclusivement sur la base d'une clause participative.

Les opérations de prêts participatifs, faites sous le régime de la loi de 1978 ou sur un régime conventionnel, sont soumises aux règles de TEG à partir du moment où elles répondent aux deux critères mentionnés par l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, à savoir une mise à disposition de fonds, à titre onéreux.

Selon l'article L. 313-1 du Code de la consommation, pour la détermination du TEG, sont ajoutés aux intérêts, les rémunérations de toute nature, directes ou indirectes. Selon Gavalda et Stoufflet, toutes les formes de rémunérations qui sont au service du crédit entrent dans la composition du TEG²⁴.

La clause participative doit donc être prise en compte dans le calcul du TEG. Pour ce faire, et pour pouvoir mentionner par écrit le TEG, il conviendra de procéder à une simulation de rendement de l'entreprise à partir d'hypothèses réalistes et objectives.

Il convient de noter qu'un prêt participatif consenti en dehors du cadre légal à un non-professionnel est soumis aux règles de l'usure. La rémunération participative devra alors être plafonnée afin de se conformer aux dispositions relatives à l'usure.

Murabaha (achat-revente)

La *murabaha* est un simple contrat de vente conforme aux préceptes de la Charia. Le paiement du prix de la vente par l'acheteur peut se faire indifféremment au comptant ou d'une façon différée.

Tout contrat de financement respectant les règles de l'Islam doit se faire sur une base participative entre la banque et son client, conformément au principe de partage des pertes et des profits. Aucune rémunération ne peut être garantie ou fixée d'avance.

Dans la pratique, les banques islamiques, qui cherchent un profil de risque équivalent à celui d'un prêt conventionnel, utilisent le contrat de *murabaha* comme un contrat de financement, ce qui leur permet de contourner la prohibition de l'intérêt.

La *murabaha* permet au travers, par exemple, d'une opération fictive d'achat et de revente de matières premières, de mettre à la disposition d'un client, d'une façon indirecte, des fonds. Le client de la banque achète de cette dernière des matières premières et peut, un instant de

17. S. Al-Suwailem, « Venture Capital: A Proposal Model of Musharaka », *Journal of Islamic Economics*, 2004, vol.10.

18. M. Taqi Usmani, « Musharakah and Mudarabah as Modes of Finance », *accountancy.com.pk*, p. 6.

19. A. Thomas, S. Cox et B. Kraty, « Structuring Islamic Finance Transaction », *EuroMoney Books*, p. 53.

20. M. Taqi Usmani, « Musharakah », publié par *accountancy.com.pk*, p. 3.

21. C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, Litec, 2007, n° 33.

22. J. Stoufflet, *Le coût du crédit : encadrement ou liberté ?* Table ronde introduite et

animée par Annie Bac, in dossier « Rémunération du crédit en Europe », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, p. 84-85.

23. C. Serhal, Les prêts participatifs à l'heure de la finance islamique, *Banque Stratégie*, novembre 2007, n° 253.

24. T. Samin, in L'information, gage de sécurité, Table ronde introduite et animée par A. Prüm, E. Ducoulombier, N. Hobbs, T. Samin et H. Woopen, in dossier « Rémunération du crédit en Europe », *RDBF*, p. 79.

raison après, les revendre sur le marché, ce qui lui permettra de se financer. Un doute surgit alors sur la qualification de la *murabaha* : serait-elle en droit français une opération de crédit ? Ou, au contraire, conviendrait-il de la qualifier d'opération de vente, indépendamment de sa finalité économique ?

Régime juridique de la *murabaha* : opération de crédit ou contrat de vente

Trois facteurs militent en faveur de la qualification de la *murabaha* en contrat de vente : le transfert de la propriété juridique, l'identification de la chose et la détermination du prix.

– Transfert de propriété juridique de la chose vendue

Au titre de l'article 1582 du Code civil, « la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer ».

Le transfert de propriété d'une chose est un élément caractérisant le contrat de vente en droit français.

L'objet de la *murabaha* porte sur la vente de biens et non la mise à disposition de fonds. Même si l'opération se fait d'une façon onéreuse, il n'en demeure pas moins qu'elle met en présence d'un côté un vendeur qui cède un bien lui appartenant et, de l'autre, un acheteur ou un acquéreur, qui s'acquitte d'un prix pour en devenir propriétaire. C'est ainsi que la *murabaha* répond à la définition du contrat de vente telle que donnée par l'article 1582 et suivants du Code civil.

Même si, dans le cadre d'une opération de *murabaha* sur matières premières, l'acheteur peut revendre les biens pour recevoir des fonds, il en est de même dans toute opération de vente. Néanmoins, cela n'a pas empêché le législateur de faire une distinction entre opération de vente et opération de crédit.

– Identification de l'objet et interdiction du *gharar*

La *murabaha* laisse à l'accord des parties le soin de préciser l'objet de la vente, dans la mesure où la chose est déterminée avec suffisamment de précision.

La Charia interdit la vente de choses dont le vendeur ne détient pas la propriété juridique. Au titre de l'interdiction du *gharar* (que l'on peut conceptualiser en l'interdiction de l'incertitude manifeste dans l'exécution d'une obligation de faire ou de donner), la Charia impose que l'objet de la vente dans une *murabaha* soit existant, identifié et déterminé.

La Charia reconnaît ainsi le principe consacré par les articles 1598 et suivants du Code civil relatifs à l'interdiction de vente de choses qui ne sont pas dans le commerce ou de la chose d'autrui.

– Détermination du prix de vente

« La Sharia n'impose aucune restriction sur la méthode de détermination du prix de vente, cela relève de la liberté contractuelle des parties »²⁵. La Charia exige toutefois, tout comme l'article 1591 du Code civil, que le prix dans une vente soit

déterminé ou déterminable²⁶.

En outre, tout profit excessif et non justifié convenu au titre d'une *murabaha* est interdit ; cela s'apparente à de l'usure.

La particularité de la *murabaha* par rapport à un autre contrat de vente islamique appelé *moussawamah* vient du fait que, dans une *murabaha*, le vendeur doit clairement indiquer à l'acheteur le prix de revient du bien vendu et le montant du profit qu'il réalise. Ce profit ne peut pas être majoré postérieurement à la conclusion de la vente, ni par l'effet d'un remboursement anticipé des montants dus par l'acheteur, ni suite à la survenance d'un défaut de paiement. Dans une *murabaha*, le paiement du prix de la vente se fait souvent d'une façon échelonnée. Par ailleurs, le profit réalisé par la banque peut être indexé à un référentiel de taux d'intérêt.

Compte tenu de ces différents éléments, on aurait pu supposer que l'opération de *murabaha* constitue dans sa structure une opération de financement. Ce raisonnement ne peut être valable dans la mesure où aucune condition relative aux modalités de paiement du prix ne fait partie des critères de qualification d'un contrat en un contrat de vente. À titre d'exemple, la vente avec réserve de propriété n'en demeure pas moins un contrat de vente, même si le paiement du prix n'est pas complet à la date de conclusion de la vente.

C'est vrai également pour les opérations de crédit-bail dans lesquelles il est souvent précisé pour chaque loyer le montant correspondant au remboursement en principal et à celui en intérêts. Cet élément, en plus de la finalité économique du crédit-bail, qui est celui de financer une acquisition, n'a pas empêché la jurisprudence de qualifier le crédit-bail de contrat de louage et non pas d'opération de crédit.

La qualification de la *murabaha* par le droit français - les fiches du Minefi

Le ministère des finances a publié le 18 décembre 2008 une série de fiches venant préciser le régime fiscal de la *murabaha*. Ces dispositions, les premières à reconnaître la *murabaha* en droit français, ont été publiées dans le Bulletin officiel des impôts du 25 février 2009²⁷. Elles posent une série de conditions devant être remplies par une *murabaha* afin que le profit, perçu par le financier au titre de la rémunération du différé de paiement octroyé à l'investisseur, soit fiscalement assimilé à des intérêts. Toutefois, à trois reprises, le ministère énonce expressément que la *murabaha* « est juridiquement un contrat de vente »²⁸.

L'*ijara* étant qualifiée par le droit français d'un contrat de louage, la *mudaraba* d'une commandite et la *murabaha* d'un contrat de vente, ces trois opérations échappent à la qualification d'opération de crédit et, par conséquent,

25. Selim Jahel, « L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie », RTD com, 1985, p.483 et suiv.

26. « Le contrat de vente n'est parfait que s'il permet, au vu de ses clauses, de déterminer le prix par des éléments ne dépendant plus de la volonté de l'une des parties ou de la réalisation d'accords ultérieurs », Com. 24 mars 1965 : D. 1965. 474 ; RTD civ 1965.821, obs. Cornu. Dans le même sens, Civ 3^e, 26 septembre 2007 : Bull. Civ III, n° 159 ; Defrénois 207. 1725, obs. Libchaber.

27. Option Finance n° 1011, lundi 12 janvier 2009, Nouvelles mesures fiscales en faveur de la finance islamique en France (1^{re} partie).

28. Bulletin officiel des impôts, n° 22 du 25 février 2009, Régime fiscal des opérations de *murabaha*.