

Avec 5 millions de résidents musulmans, soit la plus importante communauté coranique d'Europe, la France a tout intérêt à accueillir la finance islamique et aurait même de quoi concurrencer Londres. Bercy a d'ailleurs annoncé un dispositif complet en ce sens et l'Autorité des marchés financiers a déjà défini les conditions d'acceptation des sukuk sur la place de Paris. Mais le chemin est encore long...

La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamiques en France



Par Ibrahim Zeyyad
CEKICI

Professeur associé
Responsable de la coordination
des enseignements du Diplôme
d'Université Finance Islamique,
à l'École de Management
de Strasbourg

Les quatre religions les plus importantes du monde (Judaïsme, Christianisme, Hindouisme et Islam) qui représentent les deux tiers de la population mondiale prohibent l'intérêt. De nos jours, le loyer de l'argent est devenu non seulement un instrument de politique monétaire, mais aussi le levier le plus rentable pour les bailleurs de fonds en assurant des perspectives de gains sans une véritable prise de participation et de risque (Chapra U., *The case against Interest. Is it compelling? in Islamic banking and finance: Fundamentals and contemporary issues*, edited by Salman Syed Ali and Ahsan Ahmad, Islamic Research and Training Institut [IKTI]/University Brunei Darussalam, *Islamic Development Bank [IDB], 2007*).

En effet, sa stipulation dans les contrats de financement est souvent justifiée par le manque à gagner (*lucrum cessans*) du fait de l'immobilisation des fonds. Pourtant, elle est écartée dans les activités bancaires et financières islamiques.

Le nombre des institutions financières islamiques s'est considérablement accru avec plus de 250 établissements (< www.falaka.com > ; cf également le rapport de la Financial Services Authority, *Islamic finance in the UK : Regulation and Challenges*, nov 2007). Avec un taux de croissance à deux chiffres depuis plus de deux décennies, on estime le montant de leur actif entre 500 et 700 milliards pour cette année. Pour 2010, il est estimé à environ 2 700 milliards de dollars.

Depuis la première expérience en Égypte en 1963, *Dubai Islamic Bank*, *Al Baraka*, *Kuwait House Finance*, *Al Rahji Bank* et *Bahreïn Islamic Bank* sont devenues les ténors de ce secteur dans les pays du Golfe ainsi qu'en Turquie, en Malaisie, au Pakistan, au Soudan et en Iran (cf Ruimy M., *La finance islamique*, Arnaud Franei éditions, 2008). En outre, l'Organisation de la Conférence Islamique a décidé de créer une banque islamique intergouvernementale, dont la concrétisation s'est traduite par la mise en place, en 1975, de la Banque islamique de développement (www.isdb.org).

« De nos jours, le loyer de l'argent est devenu (...) le levier le plus rentable pour les bailleurs de fonds en assurant des perspectives de gains sans une véritable prise de participation et de risque ».

Par ailleurs, des institutions financières conventionnelles ont ouvert des fenêtres islamiques et disposent aujourd'hui d'une expertise reconnue en matière de financement structuré et de fonds islamiques. Nous pouvons citer *Citigroup*, *HSBC Amanah*, *Barclays*, *Llyods*, *Deutsche Bank*, *Calyon*, *BNP Paribas*, *Société Générale*. Ces deux dernières ont lancé des fonds islamiques qui ont été agréés par l'Autorité des marchés financiers (cf Position AMF, 17 juill. 2007).

Le rapport d'information du Sénat, publié en juillet 2007, a indiqué que pour

renforcer l'attractivité de la place financière de Paris, il fallait lever les obstacles juridiques et fiscaux au développement de la finance islamique. Dans cet ordre d'idées, la *Commission Finance Islamique*, mandatée par Bercy et sous l'égide du Haut Comité de Place et Europlace Paris, proposa, les 2 et 3 juillet 2008, des changements législatifs et réglementaires. Elle avait d'emblée indiqué que le droit français est d'ores et déjà bien adapté à la finance islamique, position partagée par de nombreux auteurs (cf Serhal C.-J., *La finance islamique - une intégration possible dans le système bancaire français*, Banque et droit 2006, n° 106, p. 36 ; Saint-Marc G., *Le droit français est-il compatible avec la finance islamique ?*, *Revue Banque* 2008, n° 703, p. 60).

Si la banque et la finance islamiques sont perçues comme un phénomène nouveau, les techniques contractuelles et financières existent depuis les premières années de l'avènement de l'Islam. Ce qui est nouveau, aujourd'hui, c'est que les prescriptions religieuses adoptent la structure du système bancaire et financier moderne tout en préservant tant le régime juridique de tels contrats que l'esprit de la loi islamique (*Charia*) qui s'oppose « *congénitalement* » et « *ostensiblement* » à l'intérêt. Dans cette logique, comment nouer alors des relations d'affaires avec des apporteurs de capitaux qui exigent le respect de la prohibition islamique de l'intérêt ? Pourquoi attendent-ils la réalisation incertaine des bénéfices alors que le paiement de l'intérêt est certain ? D'abord, l'*homoeconomicus islamicus*, qui se soucie du bien-être des individus ainsi que de la justice sociale, connaît

nécessairement les prescriptions relatives à la prohibition de l'intérêt, cette dernière étant absolue et sans équivoque. Puis, au lieu d'exiger un intérêt, soit il applique le principe du partage des profits et des pertes (principe des 3P), soit il stipule une marge bénéficiaire (voir *infra*). Lorsque les versets relatifs à la prohibition de l'intérêt furent révélés, les contrats de société, de vente et de location, ainsi que leur combinaison, se sont développés pour pallier sa stipulation.

Enfin, il lui revient aussi de rechercher substantiellement une productivité réelle qui doit être corrélée à la création et à la distribution de richesses dans l'économie. En effet, la législation islamique postule que seule une chose réelle assure la sécurité juridique des transactions bancaires. MM. Hafsi, Siagh et Diallo (Hafsi, Siagh et Diallo, *Environnement intense et choix stratégique : le cas des banques islamiques*, RF gest 2007, n° 171, p. 129) nous informent que « les membres des comités islamiques (Sharia Board) d'Al Rajhi Banking Investment Corp., d'Arabie Saoudite, demandent régulièrement à voir les actifs qui sous-tendent les transactions des banquiers. L'investissement dans des instruments tangibles quasi monétaires seraient probablement inacceptables pour les membres du conseil ».

En outre, les financements islamiques adossés à des actifs supposent que ceux-ci soient *halal*, c'est-à-dire licites d'un point de vue islamique. C'est à ce stade que s'inscrit la nature éthique des financements et des investissements islamiques parce qu'ils ne peuvent pas porter sur les actifs ou les secteurs d'activité nuisibles à l'homme et à l'environnement (alcool, porc, pornographie, jeux de hasards, armement, activité polluante, etc.).

Si le crédit islamique écarte toute forme de rémunération usuraire, il nécessite également dans un cadre juridique efficient et sécurisant, ce que peut lui offrir le droit français. Avant d'exposer le cadre juridique des opérations de crédit islamique en droit français (II), le régime juridique de la prohibition de l'intérêt sera précisé (I).

I. – LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA PROHIBITION ISLAMIQUE DE L'INTÉRÊT

La prohibition de l'intérêt fut l'aboutissement d'une série de révélations de versets coraniques : l'intérêt fut d'abord blâmé, puis explicitement interdit au bout de 26 années. Le verset 275 de la Sourate II annonce que « Dieu a permis le

commerce et a interdit l'intérêt [ribâ] ». Le texte utilise le terme de *ribâ*, un terme polysémique qui signifie surplus, augmentation, croissance sous-entendant un abus.

Ce verset est complété par des *Hadith* (Tradition de Mahomet), deuxième source du droit musulman. Un *Hadith* fixe partiellement le régime juridique de l'intérêt : « Or contre or, argent contre argent, blé contre blé, orge contre orge, datte contre datte, sel contre sel, en même quantité, de même qualité et de la main à la main. S'il y a surplus, c'est du ribâ [intérêt]. Si les choses [échangées] sont de nature différente, vendez comme il vous plaira, mais de la main à la main ». À titre de comparaison, l'article 1905 du Code civil dispose qu'il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrée, ou autres choses mobilières. Bien que ce texte autorise la stipulation de l'intérêt, il dénote que l'intérêt ne grève pas seulement les sommes d'argent.

« les financements islamiques adossés à des actifs supposent que ceux-ci soient halal, c'est-à-dire licites d'un point de vue islamique. (...) ils ne peuvent pas porter sur les actifs ou les secteurs d'activité nuisibles à l'homme et à l'environnement (alcool, porc, pornographie, jeux de hasards, armement, activité polluante, etc.) ».

Un autre *Hadith* indique que l'intérêt se génère par la stipulation d'un terme qui avantage injustement une partie. Dès lors, la genèse de l'intérêt en droit musulman est clairement identifiée, et donc prohibée (A), ce qui a eu et a toujours pour conséquence de développer une ingénierie contractuelle et financière (B).

A. – De la genèse de l'intérêt en droit musulman et des transactions bancaires islamiques

À partir des textes scripturaires précédemment cités, le *ribâ* est classé en deux catégories. Le premier, appelé *ribâ al-fadl*, correspond au surplus quantitatif et/ou qualitatif généré dans les transactions au comptant ; et le second, *ribâ an-nassia*, consiste en une majoration du prix du fait de la stipulation d'un

terme (cf Al Zuhayli V., *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence*, trad. El-Gamal M., Dar Al-Fikr, Damas, 2001, p. 309 et s.). Dès lors, le prêt d'argent à intérêt est prohibé par la combinaison du *ribâ al-fadl* et du *ribâ an-nassia*.

La doctrine islamique utilise comme critères de prohibition la notion de fait générateur (*illâ*) ainsi que la nature des biens échangés.

Tous les produits cités par la Tradition relative aux six produits usuraires sont quantifiables et susceptibles de générer un intérêt. Ainsi, le fait générateur s'attache à repérer tout surplus injustifié dans l'échange d'une chose quantifiable contre une autre chose ayant la même nature juridique (or contre or, blé contre blé). Si l'or et l'argent sont d'espèce différente, il n'empêche qu'ils aient la même nature fiduciaire alors que les autres produits ont une nature alimentaire malgré leur différence d'espèce (blé, orge, sel, datte). La doctrine islamique considère que la monnaie tant fiduciaire que scripturaire est assimilée à l'or et à l'argent. Cependant, trois situations concernent la genèse de l'intérêt, et donc le champ d'application de sa prohibition.

Premièrement, lorsque les choses échangées sont du même fait générateur, de même nature, et de la même espèce : une égalité quantitative et qualitative est exigée (or contre or, blé contre blé). Le champ d'application de cette règle concerne nécessairement le crédit bancaire ainsi que les opérations de change, les échanges de titres financiers. Ici, tout surplus est interdit, qu'il naisse au comptant ou à terme.

Deuxièmement, s'ils sont du même fait générateur, de la même nature mais d'espèce différente (or contre argent, blé contre orge), leur échange ne peut se faire qu'au comptant avec la possibilité de stipuler un différentiel de prix au regard des conditions de l'échange. Ce différentiel est licite lorsque la valeur des biens est fixée par le recours à un marché de référence.

Troisièmement, lorsque les choses négociées ne sont ni du même fait générateur, ni de la même nature, ni de la même espèce (or contre blé, argent contre dattes), il est permis de les échanger (vendre) à terme avec un différentiel de prix.

Cette dernière règle permet aux banques islamiques de mettre à la disposition des clients des fonds en stipulant une *marge bénéficiaire*. Celle-ci est licite tant que la transaction s'adosse à un actif réel. C'est le cas dans les contrats de vente appe-

lés *mourabaha*, et de location *ijara* (voir *infra*). En réalité, une opération bancaire islamique est une transaction commerciale intermédiée en raison de la présence du banquier. En pratique, la marge est déterminée par référence à un taux d'intérêt comme le LIBOR ou l'EURIBOR. Est-elle licite étant donné qu'elle ait les mêmes caractéristiques que l'intérêt, à savoir le même montant ?

C'est certainement similaire mais pas identique. En effet, le mode de calcul ne conduit pas à générer un intérêt et ce n'est seulement qu'au regard du fait générateur qu'il faille la qualifier juridiquement. Ainsi, calculer une marge (un profit) en utilisant un taux ne change pas sa nature. Le profit ainsi calculé demeure un profit, qu'on prenne un taux d'intérêt ou un taux de profit (cf Taqi Usmani M., An Introduction to Islamic Finance, Idaratul Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998, p. 118 et s.).

Enfin, parmi les effets de la prohibition islamique de l'intérêt, certaines clauses sont prohibées. Il s'agit des clauses pénales, des pénalités de retard et des indemnités pour remboursement anticipé. La raison en est qu'elles rémunèrent de l'écoulement du temps. Bien que les banques islamiques stipulent de telles clauses, elles reversent les sommes perçues à des œuvres de charité.

Pour effectuer des transactions bancaires islamiques, les banques islamiques ont recours à des contrats autres que le prêt à intérêt.

B. – De l'ingénierie contractuelle et financière dans le financement islamique

Les conséquences de cette prohibition se manifestent en matière de structuration des contrats de financement. En effet, le financement islamique emprunte les techniques et les mécanismes de divers contrats tels que les contrats de société, de location et de vente. Ces derniers peuvent se combiner les uns avec les autres du moment que le financement n'est pas usuraire.

Parmi les **contrats de société**, la *moucharaka* et la *moudaraba* sont les plus pratiquées.

La *moucharaka* correspond au contrat de société défini par l'article 1832 du Code civil. Les associés se doivent de contribuer aux pertes et aux profits de leur activité. La banque islamique participe à l'acquisition de certains biens et/ou à l'activité de son client. Ce contrat est l'idéal-type des sociétés de capital-risque. En outre, l'acquisition d'un bien

mobilier ou immobilier peut se traduire par la conclusion d'une *moucharaka* dégressive (voir *infra*).

En revanche, la *moudaraba* est une forme particulière de partenariat. Bien que les profits soient partagés par les associés selon une clé de répartition fixée au préalable, les pertes incombent seulement au bailleur de fonds. Certains auteurs la rapprochent de la fiducie ou de la société en commandite (cf El Khoun M., Techniques de financement islamique, une discipline peu connue en France, Banque et droit 2003, n° 92, p. 17, Saint-Marc G., précite).

En ce qui concerne les contrats de financement adossés à une **location**, l'*ijara* s'apparente au crédit-bail du droit français. Il est aussi analysé en une location-vente dans sa forme d'*ijara wa iktuna* en cas de levée de l'option d'achat par le client.

Enfin, citons trois sortes de contrats de vente au service du financement islamique. D'une part, la *mourabaha* est un contrat de vente où le vendeur indique en toute transparence le prix de revient du bien financé ainsi que sa marge si le client décide de l'acheter à crédit. Ce contrat est le plus utilisé par les banques islamiques. Pour des raisons de compétitivité, la marge est calculée en référence à un taux d'intérêt (voir *supra*).

D'autre part, le contrat *salam* consiste en une mise à disposition immédiate de fonds en contrepartie de la livraison à terme d'un bien. Il peut prendre la forme d'un crédit affecté.

Enfin, l'*istisna*, ou contrat d'entreprise, consiste à produire ou à construire un bien financé par la banque.

Pour un exemple de combinaison, notons que la *moucharaka* dégressive et l'*ijara* servent à structurer un crédit immobilier. Elle permet au client de devenir progressivement le propriétaire du bien. À chaque échéance, sa quote-part augmente et celle de la banque diminue, ce qui implique des cessions de parts périodiques.

En définitive, ces contrats ont une caractéristique commune : ils concourent à mettre des fonds à la disposition des clients sans intérêt. Ainsi, les banques islamiques n'effectuent-elles pas des opérations de crédit de la même manière que les banques en France.

II. – LES OPÉRATIONS DE CRÉDIT ISLAMIQUES EN DROIT FRANÇAIS

Le droit français peut-il réglementer les opérations de crédit islamiques ? Est-ce

qu'il appartient à la France d'apporter une assise juridique à cette notion ? Peut-être doit-elle saisir cette opportunité, bien comprise par de nombreux pays, et aussi parce que le nombre de musulmans vivant sur son territoire est le plus important de l'Europe.

Le terme « crédit » signifie étymologiquement croire, faire confiance. Le prêteur décide d'octroyer des fonds s'il fait confiance à l'emprunteur. Et, l'intérêt proprement dit ne participe pas de la définition même du crédit. Il n'est qu'une modalité d'exécution du contrat (cf C. civ., art. 1905 et s.). Outre les Codes de la consommation, de la construction et de l'habitation qui régissent certaines formes de crédit, la notion d'opération de crédit est assise à l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier : « constitue une opération de crédit 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 ».

L'intérêt grève-t-il forcément les opérations de crédit ? Ce texte ne précise pas les modalités de rémunération des banquiers mais indique seulement que l'opération de crédit est onéreuse. MM. Gavaldà et Stoufflet considèrent que l'intérêt n'est pas légalement exigé : « 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 » (Gavaldà C. et Stoufflet J., Droit bancaires, Larcier, 2005, n° 33). Cela suppose, selon nous, un rapprochement implicite mais nécessaire avec les principes qui régissent le système bancaire et financier islamique. De plus, M. Stoufflet rappelle que les parties à un contrat de crédit ont une liberté dans le choix du mode de rémunération du moment qu'elle soit déterminable du seul fait d'accepter de participer à un financement (cf Stoufflet J., Le coût du crédit : encadrement ou liberté ?, Table ronde introduite et animée par Annie Bac, in dossier « Rémunération du crédit en Europe », RD bancaire et fin 2007, n° 2, p. 84).

Dès lors, il convient d'étudier deux aspects des opérations de crédit islamiques : d'une part, la possibilité pour le droit français de les encadrer (A), et

d'autre part, la rémunération du banquier par le biais d'un taux effectif global (TEG) de type islamique (B).

A. – Le cadre juridique des opérations de crédit islamiques en France

La notion d'opération de crédit islamique paraît être une fiction juridique. Néanmoins, il faut tenir compte de l'arsenal juridique tant français qu'islamique pour déterminer s'il s'agit d'une fantaisie ou non.

Quand bien même les opérations de crédit islamiques soient une nouveauté en droit français, c'est également le cas en droit musulman. En effet, aucun manuel de *fiqh* (de droit musulman) n'expose une théorie générale des crédits bancaires. M. Taqi Usmani, l'actuel président du Comité religieux de l'AAOIFI (organisme de standardisation des normes comptables et d'audit des produits bancaires et financiers islamiques), appelait à innover et à systématiser des nouveaux concepts pour assurer un développement durable de la finance islamique. Ainsi, la notion d'opérations de crédit islamiques est un prétendant à l'innovation. En fait, de nombreux États ont déjà un cadre juridique propice au développement des produits bancaires et financiers islamiques. Récemment, le Liban a « *laïcisé* » l'interdiction de l'intérêt par la loi n° 575/2004 du 11 février 2004 relative à la constitution des banques islamiques. Désormais, les banques islamiques peuvent effectuer toutes sortes d'opérations de crédit à condition que la rémunération ne soit pas en rapport direct avec l'argent accordé (cf. Nammour F., *Activité bancaire islamique. L'expérience libanaise*, RD bancaire et fin. 2005, n° 6, p. 41) ainsi que « *tous services et opérations bancaires, commerciales, financières et d'investissements dont la constitution de société et la participation dans des projets existants ou en voie de constitution* ».

En droit français, il ressort de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier que plusieurs éléments caractérisent l'opération de crédit. D'abord, le terme « *opération de crédit* » est un terme générique (cf. Serhal C. J., précité, p. 41). C'est une notion étendue dont l'unicité s'articule autour de la notion de mise à disposition onéreuse de fonds restituables (Bonneau T., *Droit bancaire*, LGDJ - Montchrestien, 2007, nos 50 et s.). Elle comprend ainsi les mises à disposition de fonds ou leur promesse, ainsi que les garanties bancaires. Si toutes ces opérations ont un caractère onéreux, cela signifie que le crédit bancaire déroge à la gratuité de principe du prêt prévue par le Code civil (C. civ., art. 1874 et s.).

Enfin, M. Vasseur avait résumé cette notion de la manière suivante : « *si tout prêt est une opération de crédit, toute opération de crédit n'est pas un prêt* » (Vasseur, *Droit et économie bancaire*, Les cours du droit, Institutions bancaires, Fasc. I-A, 4^e éd., 1985-1986, p. 74).

Les opérations de crédit sont en réalité des techniques de financement qui font appel à deux critères. Un **critère temporel** permet de distinguer les crédits à court, moyen et long terme. Ce même critère permet aussi de savoir si la mise à disposition est immédiate ou future. En revanche, ce critère ne peut jamais être utilisé pour fixer la rémunération du banquier en droit musulman.

Quant au critère de la nature de l'engagement du banquier, il nous renseigne sur le fait de savoir si la mise à disposition de fonds est certaine ou éventuelle. Si elle est éventuelle, il s'agit d'engagement par signature comme l'aval, le cautionnement, et toutes les formes de garanties que peut fournir un banquier à son client.

La combinaison de ces deux critères a conduit M. Bonneau (Bonneau T., précité, nos 500 et s.) à classer les opérations de crédit en trois catégories génériques : les mises à disposition de fonds immédiates, futures et éventuelles. Cependant, nous pouvons retenir quatre catégories pour identifier leur nature islamique.

La première constitue le socle de l'activité bancaire islamique et englobe les prêts au sens civiliste (crédit à la consommation, crédit immobilier, crédit-bail, location avec option d'achat, crédits affectés, etc.). En revanche, les mises à disposition de fonds de type islamique empruntent un schéma plus complexe parce qu'elles superposent deux niveaux de transactions, et ce généralement dans une relation triangulaire : une première entre le banquier et le client, puis une seconde entre le banquier et le fournisseur ou le producteur du bien à acquérir par le client (*jara, mourabaha, salam, istisna*).

La seconde catégorie concerne les promesses unilatérales de prêt telles que les ouvertures de crédit, le crédit différé, les comptes et plans épargne-logement. Ici, la promesse est irrévocable parce que le client a fourni un effort pour épargner. Il en est de même pour une banque islamique qui propose des comptes d'épargne et d'investissement dont la rémunération se fonde sur le principe du partage des profits et des pertes. Après une phase d'épargne, le client dispose de la faculté d'emprunter des fonds.

La troisième catégorie consiste à octroyer des crédits grâce à la mobilisation des

créances. Il peut s'agir de l'escompte des effets de commerce, de la cession de créance professionnelle (Daily), de l'affacturage. Il existe une divergence entre les écoles juridiques pour admettre la légalité islamique de telles opérations. S'il est communément admis que le droit musulman préfère les cessions de dette aux cessions de créance, l'escompte et la cession de créance doivent s'effectuer à la valeur nominale des effets et des créances.

Enfin, comme les engagements par signature constituent également des opérations de crédit, la notion de crédit islamique par signature pourra être érigée. Ici, nous prendrons l'exemple de la *hawala*. Si sa principale fonction consiste à payer une dette, c'est une institution vraiment originale parce qu'elle est « *assez souple pour remplir le rôle à la fois de la délégation, de la cession de créance, du mandat de recevoir, de payer, de l'ouverture de crédit* » (Huvelin, *Histoire de la lettre de change*, Annales de droit commercial, 1901, p. 22 et s.). En fait, elle joue aussi le rôle de cautionnement et de lettre de change.

Ainsi, un rapprochement se dessine entre la *hawala* et l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, qui dispose que constituent des opérations de crédit les engagements par signature tels qu'un aval, un cautionnement ou une garantie (pour un rapprochement entre la *hawala* et la garantie à première demande, cf. Jahel S., *L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie*, RTD. com 1985, p. 490 et s.). Il est à noter que le mot « *aval* » est une déformation du mot *hawala*, ce qui dénote l'influence exercée par le droit musulman sur le droit commercial en Europe (cf. Huvelin, précité).

À ce stade, nous pouvons conclure que la nature islamique des opérations de crédit pourra être aisément reconnue par le droit français. Elle serait une notion juridique « *hybride* » de droit français qui s'attacherait à des techniques de financement islamique dont les modalités de rémunération des dispensateurs de crédits sont exemptes d'intérêt mais en corrélation avec la réalité économique puisqu'elles s'adressent nécessairement à un actif réel.

Si le cadre juridique des opérations de crédit islamiques est envisageable en droit français, leur caractère onéreux peut l'être également.

B. – L'encadrement du caractère onéreux des opérations de crédit islamiques : le TEG islamique

Si l'on admet que les opérations de crédit islamiques sont des mises à disposi-

tion onéreuses de fonds sans intérêt, il faut redéfinir le caractère onéreux de telles opérations en accord avec le droit français. Selon l'article L. 313-2 du Code de la consommation, le taux effectif global (TEG) doit figurer dans tout contrat de prêt. Il comprend, en vertu de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, les intérêts, les frais, les commissions et les rémunérations de toute nature. Pour asseoir juridiquement le TEG islamique, la stipulation de l'intérêt doit être écartée, d'une part, et d'autres formes de rémunérations doivent être incluses, d'autre part.

Cela est possible, même à droit constant. La doctrine et la jurisprudence considèrent que les critères d'inclusion au TEG sont clairs. Le premier critère est celui du lien direct de la rémunération du banquier avec l'octroi de crédit (cf. Gavalda et Stoufflet J., précité, n^{os} 380 et s.; Bonneau T., précité, n^o 69) et le second admet de nouvelles composantes dans l'assiette du TEG dès lors qu'elles sont une condition d'octroi du crédit (primes d'assurance et parts sociales Cass 1^{re} civ., 23 nov 2004, n^o 02-13 206, Bull. civ. I, n^o 289, p. 243; CA Orléans, 6 avr. 2006, RD bancaire et fin 2006, n^o 4, p. 10, note Crédot F.-J. et Samin T.).

Ainsi, nous pouvons d'abord considérer que les **frais d'évaluation des actifs financés** soient inclus dans le TEG au même titre que les frais de dossier et de gestion des crédits eu égard au premier critère.

Il en est de même pour les commissions que tout banquier est en droit d'exiger. Les banques islamiques stipulent des commissions sous forme de « **management fees** » issus de la technique du *wakala* (mandat) ou de « **performance fees** » découlant de la *moudaraba*. En réalité, lesdites banques s'attachent plutôt à des activités de courtage, d'investissement dans les actions, voire d'opérations ayant un fort effet de levier (cf. Hassoune A., Islamic banks in the GCC a comparative analysis, Special comment, Moody's Global Banking, March 2008).

Puis, les **primes d'assurance** peuvent aussi être incluses dans le TEG si elles sont obligatoires et ont un lien direct avec le crédit. Ce qui nous pousse à penser que l'assurance islamique ou le *takaful* trouvera un nouveau champ d'application.

Peut-on intégrer la **marge bénéficiaire** dans le TEG ? En pratique, soit elle est fixée sur le taux de rendement interne (TRI) ou *return on investment* (ROI) des banques islamiques, soit elle est déterminée par l'application du taux d'intérêt. Elle remplace l'intérêt dans la majorité des crédits islamiques. Elle est toujours stipulée dans les contrats de *mourabaha*, et ce de manière prédéterminée (pour sa légalité islamique, voir *supra*).

Enfin, comme le droit musulman exige le partage des profits et des pertes, peut-on intégrer les parts sociales dans le TEG ?

« Pour asseoir
juridiquement le TEG
islamique, la stipulation
de l'intérêt doit être
écartée (...) et d'autres
formes de rémunérations
doivent être incluses (...).
Cela est possible, même
à droit constant ».

Lorsque les banques islamiques mettent des fonds à la disposition de leurs clients, les parties au contrat détiennent des parts dans le bien et/ou l'activité financés.

Dans un arrêt rendu le 23 novembre 2004, la Cour de cassation a admis que la souscription des **parts sociales** entre dans l'assiette du TEG lorsqu'elle est une condition d'octroi du crédit (Cass 1^{re} civ., 23 nov 2004, précité), ce qui est logique d'un point de vue de la liberté contractuelle. En l'espèce, il s'agissait d'une banque mutualiste.

Puis, elle a réitéré sa position à plusieurs reprises (Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 2007, n^o 04-18.668, Bull.

civ. I, n^o 349; Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2007, n^o 05-17.842, Bull. civ. I, n^o 381, RTD com. 2008, p. 159). « *La souscription de parts sociales de l'établissement prêteur était imposée comme condition d'octroi du prêt, de sorte que le coût afférent à cette souscription ainsi rendu obligatoire avait un lien direct avec le prêt souscrit et devait être pris en compte dans le calcul du taux effectif global* » (Dr. & patr. 2008, n^o 168, p. 77, note Mattout J.-P. et Prum A.).

En revanche, est-il possible d'étendre cette solution aux banques non mutualistes ? La doctrine s'y oppose au motif que le TEG présenterait un risque d'indétermination du critère de lien direct. MM. Crédot et Samin indiquent qu'« *il ne faut pas confondre dépense certaine, frais, débours ou commissions avec une participation au capital du prêteur, un investissement* » (Crédot F.-J. et Samin T., note sous CA d'Orléans, ch commerciale, économique et financière, 6 avr. 2006, RD bancaire et fin 2006, n^o 4, p. 12). Or, ce même motif justifie la nécessité d'encadrer l'onérosité des opérations de crédit islamiques grâce au TEG. En réalité, l'intérêt d'y inclure les parts sociales se manifeste lorsque le client devient insolvable. Lorsque l'opération dégage une perte, les banques islamiques s'engagent avant toute saisie à entamer une procédure amiable de liquidation des biens, procédure destinée à fixer la contribution de chaque partie conformément au principe des 3P. Ainsi, à titre d'information, le TEG sera restructuré en diminuant ou en augmentant la valeur nominale des parts sociales dans le but de modifier le montant des échéanciers qui devaient normalement être payés.

En définitive, il existe indéniablement une convergence entre le droit musulman et le droit français. La notion et les variétés d'opérations de crédit islamiques pouvant s'insérer dans le paysage juridique français, les autorités de régulation devront superviser les activités bancaires islamiques en prenant nécessairement en compte la prescription coranique la plus importante en la matière. ♦