



Conseil économique et social

Distr. générale
21 août 2007
Français
Original : anglais

Comité d'experts de la coopération internationale en matière fiscale

Troisième session

Genève, 29 octobre-2 novembre 2007

Traitement des instruments financiers islamiques suivant le Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement

Note du Groupe de travail du traitement des instruments financiers islamiques*

Résumé

Les instruments financiers islamiques peuvent revêtir différentes formes, mais les principaux types de contrats sont les suivants : *moucharaka*, *moudaraba*, *mourabaha*, *ijara*, *salam*, *istisna'a* et *soukook* – qui est une forme de titrisation des autres contrats.

L'imposition des revenus des instruments financiers islamiques dépend au premier chef des caractéristiques du revenu considéré. À cette fin, on distingue la démarche juridique (axée sur la forme), qui caractérise le revenu selon la forme juridique du contrat, et une démarche économique qui s'adresse à la substance ou réalité économique du contrat ou de la transaction. Cette dernière requalifie la plupart des contrats susmentionnés en prêts et traite les paiements effectués à ce titre comme des intérêts.

* La présente note a été établie par le Groupe de travail du traitement des instruments financiers islamiques (coordonnateur : M. Al-Moftah). Elle repose sur les contributions présentées par MM. Andrew Dawson, Salah Gueydi et Victor Thuronyi, membres du Groupe de travail. Les vues et opinions qui y sont exprimées sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement celles de l'Organisation des Nations Unies.



Il semble que le Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement puisse être appliqué, dans sa rédaction actuelle, aux instruments financiers islamiques, mais on pourrait trouver une formule pour indiquer dans le commentaire que la définition de l'intérêt recouvrirait les revenus provenant de certains types d'arrangements financiers islamiques qui sont qualifiés de relations d'endettement, quoique, juridiquement, ce n'en soient pas. De plus amples précisions pourraient être données dans le Manuel de négociation.

I. Introduction

1. À la suite d'un exposé fait par Moftah Jassim Al-Moftah et Salah Gueydi du traitement réservé aux instruments financiers islamiques dans le Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement (ST/ESA/PAD/SER.E/21) à la deuxième session du Comité d'experts de la coopération internationale en matière fiscale, tenue du 30 octobre au 3 novembre 2006 à Genève, il a été décidé que des travaux complémentaires s'imposaient pour mieux comprendre les questions en jeu. À cette fin a été constitué un nouveau groupe de travail chargé du traitement des instruments financiers islamiques qui, outre son coordonnateur, M. Al-Moftah (expert, Qatar), comprenait Andrew Dawson (expert, Royaume-Uni) et des observateurs de la Malaisie (Khodijah Abdullah), du Qatar (Salah Gueydi), du Soudan (Gabir Saad El Din), de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) (Jacques Sasseville) et du FMI (Victor T. Thuronyi).

2. Les membres du Groupe de travail ont été invités à présenter leurs communications sur le sujet en tenant compte de la nécessité de traiter les questions suivantes :

a) Les principaux instruments financiers islamiques disponibles dans le pays qu'ils représentent (le cas échéant);

b) Le traitement fiscal de ces instruments dans leur pays, ou, s'ils ne représentent pas un pays, les dispositions du Modèle qui s'y appliqueraient.

3. La plupart des membres du Groupe de travail ont présenté une contribution respectant les conditions indiquées ci-dessus. La présente note, qui repose principalement sur ces contributions, présente les principaux contrats et transactions qui ont cours dans la finance islamique (voir la section II) et analyse les questions fiscales qu'ils posent, en tenant compte, d'une part, des dispositions du Modèle de convention des Nations Unies (et de son commentaire) et, d'autre part, des dispositions fiscales visant le sujet qui existent dans les pays où se pratique la finance islamique (voir la section III). Dans la dernière section sera examiné le point de savoir s'il convient ou non de recommander l'incorporation, dans le texte du Modèle des Nations Unies et/ou de son commentaire (et/ou du Manuel de négociation), d'un passage consacré à la finance islamique (voir la section IV).

II. Les principaux instruments financiers islamiques

4. Les types de contrats et d'instruments présentés ici – *moucharaka*, *moudaraba*, *mourabaha*, *ijara*, *salam*, *istisna'a* et *soukouk* – seront décrits de manière générale, étant entendu que les transactions particulières peuvent varier, et qu'il en va donc de même de leurs conséquences fiscales, selon les faits qui caractérisent la transaction considérée.

A. *Moucharaka*

5. Littéralement, ce terme signifie partenariat. Il s'agit d'un contrat de prise de participation, par lequel les partenaires ou actionnaires [d'ordinaire banque(s) et client(s)] contribuent conjointement au financement d'un projet ou d'une opération.

Bénéfices et pertes sont répartis suivant une formule préalablement convenue. On peut considérer la *moucharaka* comme une forme de partenariat.

6. Il existe une variante dénommée « *moucharaka* dégressive », qui est un accord de participation (*moucharaka*) prévoyant le rachat progressif des parts de l'un des partenaires. Elle peut être utilisée, par exemple, pour l'achat d'une maison. L'intéressé passerait alors avec une banque un accord de partenariat, en vertu duquel il fournirait 10 % du prix d'achat, la banque apportant les 90 % restants. Ils seraient conjointement propriétaires effectifs de la maison et concluraient un accord aux termes duquel le client verserait à la banque un loyer pour le droit exclusif d'utiliser les 90 % du bien représentant la part de la banque, et comme il lui verserait aussi des remboursements de capital, il lui rachèterait en fait sa part et finirait par être le seul propriétaire du bien en question.

B. *Moudaraba*

7. Il s'agit d'un partenariat en vertu duquel un investisseur (dénommé *rabbu al-mal*, ou propriétaire du capital) accepte de fournir de l'argent à une autre partie (dénommée *mouदारib*, ou entrepreneur) à titre d'investissement ou pour la mise en place d'une activité économique. Les bénéfices sont répartis suivant une formule préalablement convenue, et les pertes sont supportées exclusivement par l'investisseur. En cas de pertes, l'entrepreneur ne perçoit aucun revenu.

8. La *moudaraba* offre un cadre parfait (conforme à la charia) pour les contrats de dépôt avec participation aux bénéfices. Suivant cette formule, un déposant déposerait de l'argent auprès d'un établissement financier (une banque islamique). Celui-ci utiliserait l'argent en vue de produire un bénéfice. De temps à autre, il porterait des montants prélevés sur les bénéfices qu'il réalise au crédit du déposant, mais celui-ci ne serait pas autorisé à jouer le moindre rôle dans ses décisions en matière de placement.

C. *Mourabaha*

9. *Mourabaha* signifie littéralement vente avec bénéfice mutuellement convenu. Techniquement, c'est une forme de financement contre nantissement d'actif, suivant laquelle le fournisseur du capital (la banque), au lieu de prêter de l'argent, achète à un tiers, à la demande de l'utilisateur de ce capital (le client) un bien (d'équipement, foncier ou autre) à un prix de pleine concurrence et le lui revend à un prix supérieur, préalablement convenu. L'utilisateur du capital paiera le prix en plusieurs versements échelonnés et bénéficiera ainsi d'un crédit sans verser d'intérêts.

10. La validité du contrat *mourabaha* (du point de vue de la charia) est subordonnée à des conditions très rigoureuses. La plupart – et notamment la divulgation des coûts initiaux (prix d'achat et autres coûts) et la fixation de la marge bénéficiaire au moment de l'accord, l'interdiction de vendre la marchandise avant d'en avoir acquis la propriété et d'être en sa possession et la prise effective des risques afférents à la propriété (c'est-à-dire qui ont trait à la perte de la marchandise) – sont à la charge du fournisseur du capital (la banque).

11. Il existe une variante de la *mourabaha* suivant laquelle la banque achète une matière première commercialisable, telle que l'or (ou plutôt un titre à l'or, car les

lingots ne bougent jamais physiquement), qui est vendue au client à paiement différé. Le client vend immédiatement la marchandise sur le marché pour se procurer des espèces. Suivant ce contrat, dont la conformité avec la charia n'est pas absolument certaine, le client de la banque emprunte effectivement à celle-ci de l'argent.

D. *Ijara*

12. Ce mot signifie littéralement loyer. En droit islamique, il recouvre l'usufruit des actifs et des biens immobiliers (locatifs) ainsi que le louage des services d'une personne moyennant salaire.

13. Comme mode de financement, l'*ijara* est un simple contrat de location industrielle, en vertu duquel un établissement financier achète un actif (du matériel, par exemple) et le loue à un client. L'*ijara* peut aussi recouvrir les locations financières.

14. Une variante de ce contrat, appelée *ijara waktina*, équivaut à un contrat de crédit-bail, en vertu duquel un actif est loué, puis vendu au preneur au terme de la période fixée.

E. *Salam*

15. Le contrat de *bai essalam* (ou *salam*) est tout simplement une « vente », en vertu de laquelle le prix (appelé aussi capital) est immédiatement payable, mais la livraison de la marchandise est différée. Ce contrat a pour but de fournir immédiatement au vendeur des liquidités pour financer son activité et de fournir à l'acheteur la marchandise à un prix relativement bas. Les auteurs ont discuté de la nature de ce contrat et en ont par conséquent déterminé les éléments et les conditions de validité.

16. En général, ce contrat est considéré comme un contrat de vente sous-tendant une relation d'endettement (la marchandise est une dette à la charge du vendeur). Cette qualification a pour conséquence que le contrat présente les mêmes éléments que le contrat de vente (c'est-à-dire les parties, l'accord, l'objet et le prix); de plus, selon un certain courant doctrinal, quelques traits des contrats de dette lui sont applicables (les garanties et le transfert de dette, par exemple).

17. Il existe une demi-douzaine de conditions de validité du contrat, mais les plus importantes sont a) le paiement immédiat du capital (qui ne saurait être une dette) et b) l'impossibilité pour l'acheteur de la marchandise objet du contrat de la vendre avant la conclusion de ce contrat. L'acheteur peut en revanche conclure parallèlement un autre contrat *salam* en qualité de vendeur d'une marchandise semblable. Les autres conditions de validité ont trait à la marchandise, à l'échéance et à l'aptitude du vendeur à livrer ladite marchandise.

F. *Istisna'a*

18. La *istisna'a* est une forme particulière de vente dans le cadre de laquelle une partie (l'acheteur) passe commande à une autre partie (le fabricant) pour la fabrication d'une marchandise bien précise à un prix déterminé.

19. La première question que la doctrine islamique ait eue à traiter à propos de la *istisna'a* est celle de sa qualification, c'est-à-dire le point de savoir s'il s'agit d'un contrat ou d'une simple promesse (unilatérale) de livrer un produit manufacturé. La plupart des auteurs en ont conclu que la *istisna'a* est un contrat qui lie les deux parties (les obligeant l'un à fabriquer et livrer, et l'autre, à accepter et payer).

20. La deuxième question sur laquelle s'est penchée la doctrine est la différence entre la *istisna'a* et les autres contrats, et plus particulièrement le *salam* et l'*ijara* (voir les sections II.D et II.E).

21. Pour trois des quatre grandes écoles de *fikh* (la jurisprudence islamique), à savoir les courants malikite, chafiiite et hanbalite, la *istisna'a* est une forme de *salam*; la seule différence entre les deux aurait trait au type de marchandise (bien industriel pour la *istisna'a*), les éléments et les conditions de validité du contrat étant les mêmes que pour le *salam*. En conséquence, le paiement intégral du prix par avance serait une condition de validité de la *istisna'a*.

22. L'école hanafite, par contre, tient que la *istisna'a* est un contrat à part et différent du *salam* (et c'est aujourd'hui l'opinion communément admise). Les principaux points sur lesquels les deux diffèrent sont, en dehors du type de marchandise, les suivants : a) le paiement du prix par avance n'est pas une condition de la *istisna'a* (à la différence du *salam*); b) la date de livraison est un élément essentiel du *salam*, alors qu'elle ne doit pas nécessairement être fixée dans la *istisna'a*; enfin, c) une fois signé, le *salam* ne peut pas être résilié unilatéralement, alors que la *istisna'a* peut l'être avant que le fabricant ait engagé les travaux.

23. En ce qui concerne les contrats *ijara*, la doctrine a signalé que l'objet du contrat *istisna'a* est le produit manufacturé, et non pas les services du fabricant – c'est là ce qui distingue la *istisna'a* de la *ijara*. La *istisna'a* peut servir au financement de projets dans de nombreux secteurs – logement, industries manufacturières et équipements d'infrastructure. Même les gouvernements qui ont recours à des contrats modernes comme les accords de « construction-exploitation-transfert » peuvent les structurer sous la forme de contrats *istisna'a*.

G. *Soukouk*

24. Les *soukouk*, présentés d'ordinaire comme l'équivalent islamique des obligations classiques, correspondent davantage à des certificats d'investissement représentant une fraction de la propriété d'un actif.

25. Les *soukouk* sont utilisés pour le partage des risques et l'étaient sans doute jadis par les marchands qui voulaient, par exemple, équiper une caravane. En souscrivant ces titres, les particuliers assumaient une certaine fraction des coûts et recevaient les bénéfices correspondants (ou partageaient les pertes éventuelles). Sous sa forme initiale, le *soukouk* ressemble aux actions d'une société en commandite par actions occidentale, son trait caractéristique étant le fait que

l'investisseur possède sur les actifs un droit de jouissance qui est proportionnel au montant qu'il a souscrit.

26. Les *soukoug* peuvent prendre des formes différentes selon la structure du contrat principal, en vertu duquel ils sont émis. Partant, on peut trouver des *soukoug salam*, des *soukoug istisna'a* et des *soukoug ijara* (ces derniers constituant les formes les plus courantes de *soukoug*), sans compter les *soukoug moudaraba* et les *soukoug moucharaka* (ou bons).

27. Ces diverses formes de *soukoug* sont analysées ci-dessous.

Soukoug salam

28. Les *soukoug salam* représentent une fraction du capital d'une opération *salam*. Pour financer le paiement anticipé (voir la section II.E), l'acheteur devra émettre des certificats attestant la propriété de la marchandise. Les acheteurs des certificats auront intérêt à les acheter du fait que le prix d'achat de la marchandise sera relativement faible. À l'échéance des certificats (qui est la même que celle de la transaction *salam*), ils auront droit à la marchandise, laquelle pourra alors être vendue à un prix plus élevé. La différence entre ce prix et le prix d'achat représente le rendement des certificats.

29. La question de savoir si les *soukoug salam* peuvent ou non être négociés avant l'échéance a soulevé un énorme débat en doctrine. La plupart des auteurs ont conclu par la négative, parce qu'on ne saurait vendre quelque chose que l'on n'a pas (dans le contrat *salam*, la marchandise n'est livrée qu'à l'échéance du contrat; avant cette date, elle pourrait même être inexistante).

Soukoug istisna'a

30. Le *soukoug istisna'a* est le titre de propriété d'une fraction du financement d'un projet régi par un contrat *istisna'a*, le projet consistant en la fabrication ou la construction d'un actif pour le compte d'un client, à un prix qui sera acquitté ultérieurement en plusieurs versements. Le montant total de ces versements est égal à la valeur nominale totale du *soukoug*, majorée d'une marge bénéficiaire.

31. Pour émettre les certificats, le client communique à la banque (islamique) toutes les précisions concernant le projet (cahier des charges, déroulement des travaux, et ainsi de suite), la banque établit un document d'appel d'offres et invite les entreprises (qui assureront effectivement la réalisation du projet) à soumettre des offres dans lesquelles elles sont tenues de préciser la date de livraison des différents éléments du projet et le calendrier des paiements. Les paiements comprennent les frais engagés par l'entreprise et un bénéfice. Comme la banque s'attend à un flux continu de rentrées de fonds au titre de ce projet, les certificats peuvent être émis en fonction des recettes escomptées du projet.

Soukoug ijara

32. Dans le cadre d'un contrat *ijara*, un élément d'actif ou un bien immobilier est loué à bail par son propriétaire à une autre personne moyennant le versement d'un loyer. À des fins de comptabilité financière, ce contrat est généralement considéré comme un bail financier. Comme ce bail générera un courant fixe de recettes, des titres (les *soukoug*) peuvent être émis.

33. Les *soukoug ijara* représentent par conséquent une fraction proportionnelle de la propriété d'un actif ou d'un bien immobilier donné à bail.

34. Quant à la formule retenue pour émettre les *soukoug ijara*, le point de départ est habituellement une entreprise qui a besoin de financer un élément d'actif. À cette fin, elle passe par une structure ad hoc pour mobiliser des fonds auprès du public et émettre les certificats de propriété du bien en question, que le produit de l'émission servira à acheter. Les détenteurs des certificats seront les propriétaires du bien (et assumeront l'intégralité des responsabilités attachées à cette qualité), qu'ils reloueront ensuite à l'entreprise, ce qui leur assurera un revenu locatif.

35. Les *soukoug ijara* étant des titres de propriété d'un actif existant et bien défini, ils peuvent se négocier sur un marché secondaire à un prix déterminé par le jeu des mécanismes du marché; ils peuvent aussi être notés.

Soukoug moucharaka et moudaraba

36. Les *soukoug moucharaka* et *moudaraba* sont des titres de participation et ils ont un rendement variable (à la différence des *soukoug salam, istisna'a* et *ijara*).

37. Le *soukoug moucharaka* représente la propriété d'une fraction du capital d'une entreprise ou d'un projet commercial privé. Les détenteurs de *soukoug* ont droit à une part des bénéfices et assument une part des pertes qui sont proportionnelles à leur mise.

38. En ce qui concerne les *soukoug moudaraba*, les détenteurs souscrivent les certificats émis par un *moudarib* (entrepreneur) et partagent avec lui tous les bénéfices, mais supportent (entièrement) toutes pertes découlant des opérations de la *moudaraba*. Le rendement de ces *soukoug* dépend pour eux des recettes générées par l'investissement initial. Ils n'ont pas de titre de propriété et ne peuvent ni voter, ni assister à l'assemblée générale. L'une des principales caractéristiques des *soukoug moudaraba* est que le *moudarib* (entrepreneur) ne garantit pas le capital à l'échéance, mais la doctrine a recommandé que cette garantie soit « un engagement volontaire ».

III. Questions fiscales liées aux instruments financiers islamiques

39. Ces questions ont trait surtout à la qualification des revenus tirés des instruments financiers islamiques. Le traitement fiscal de ces instruments découle directement de cette qualification.

40. Deux démarches peuvent être retenues à cet égard, l'une, juridique, fondée sur la forme du contrat ou de la transaction, l'autre, économique, reposant sur la teneur ou réalité économique du contrat ou de la transaction.

41. Il est à noter que la plupart des pays où se pratique la finance islamique ont adopté la démarche économique, parfois, il est vrai, en promulguant une législation spéciale, ce dont le Royaume-Uni et la Malaisie offrent respectivement les deux exemples analysés plus loin (une législation spéciale destinée à clarifier le traitement fiscal).

A. La démarche juridique

42. Dans cette optique, on s'intéresse au premier chef à la qualification juridique (ou à la forme) du contrat ou de l'instrument considéré. Il s'ensuit immédiatement que les dispositions fiscales applicables aux paiements d'intérêts ne s'appliqueraient à aucun des instruments financiers islamiques, parce que ces derniers ont été conçus d'abord pour éviter toute relation d'endettement génératrice d'intérêts.

43. Le traitement fiscal des revenus provenant des principaux instruments financiers islamiques serait, suivant la démarche juridique, le suivant :

Moucharaka et moudaraba

44. Les revenus tirés de la *moucharaka* ordinaire sont des revenus de l'entreprise. Ils devraient être imposés à ce titre par l'État de la source si l'activité considérée correspond à un établissement permanent.

45. Il en va de même de la *moudaraba*, à cette différence près que le type d'investissement ou d'activité du *moudarib* (entrepreneur) doit être ici prise en considération.

46. On notera toutefois qu'il n'est pas exclu que les paiements effectués dans le cadre de certains dépôts comportant le partage des bénéfices et le partage des pertes (une sorte de contrat *moucharaka*) puissent être considérés comme des dividendes en vertu de certaines conventions. Les éléments pertinents pour la qualification sont à la fois les données de fait de la situation visée et les termes de la convention considérée. Si, par exemple, l'article 11 de la convention fiscale applicable ne renferme pas les mots « assorties ou non [...] d'une clause de participation aux bénéfices du débiteur », qui figurent à l'article 11 du Modèle, il se pourrait qu'il ne s'applique pas. De plus, il se peut que, dans certaines circonstances, la qualification de dividende soit appropriée, ainsi qu'il est demandé au paragraphe 25 du commentaire de l'article 10 du Modèle de l'OCDE.

Mourabaha, salam et istisna'a

47. Dans les contrats de *mourabaha*, *salam* et *istisna'a*, le bénéfice consiste en une majoration par rapport au prix de revient d'un actif, d'un produit de base ou d'un autre produit. Il s'ensuit que, très vraisemblablement, il s'agira d'un revenu de l'entreprise imposable par l'État de la source, mais seulement lorsque l'activité satisfait au critère de l'établissement permanent.

Ijara

48. Dans les contrats *ijara*, le revenu provient de la location à bail de l'actif qui est l'objet du contrat. Il serait donc imposable en vertu de l'article 6 du Modèle si l'actif en question était un bien immobilier. Si c'était un aéronef ou un navire servant au transport international, c'est l'article 8 qui s'appliquerait. Dans les autres cas, le revenu serait imposé comme revenu de l'entreprise (s'il est satisfait au critère de l'établissement permanent).

49. On notera toutefois que les pays qui, aux fins du droit interne, considèrent les locations-ventes de la même manière que les locations-exploitation qualifieraient très probablement les paiements effectués en vertu du bail de versements de bénéfices de l'entreprise ou de redevances, le choix entre ces deux désignations

dépendant de la formulation précise de la convention (certaines les traitent comme des paiements de redevances pour l'utilisation du matériel; c'est la formule que l'on trouve dans le Modèle des Nations Unies, mais elle a été éliminée de celui de l'OCDE).

Soukouk

50. La qualification des revenus tirés des *soukouk* suit, en principe, celle du contrat principal sur la base duquel les *soukouk* ont été émis (*ijara, salam, istisna'a, moudaraba*, et ainsi de suite). Par conséquent, d'un point de vue purement juridique, la qualification du revenu sera la suivante :

a) Dans le cas des *soukouk salam* et *istisna'a*, le revenu est une plus-value sur des titres (imposable, en principe, selon l'article 13 du Modèle);

b) Dans le cas des *soukouk ijara*, la qualification du revenu dépendra de la nature de l'actif sous-jacent : ce sera un revenu locatif (imposable au titre de l'article 6 du Modèle) si l'actif est un bien immeuble; s'il s'agit de matériel, le revenu sera imposable au titre de l'article 7, à condition que la transaction satisfasse au critère de l'établissement permanent, et ainsi de suite;

c) S'agissant des *soukouk moucharaka* et *moudaraba*, la qualification du revenu dépendra de la forme juridique et de l'activité de l'entreprise ou de l'opération considérée.

B. La démarche économique

51. Ce qui compte dans cette démarche, c'est la réalité économique que recouvre la transaction ou le contrat. Dans les pays qui la suivent, les autorités fiscales requalifient souvent le revenu pour qu'il corresponde à l'objet du contrat (habituellement pour lui réserver le même traitement (fiscal) que celui qui est applicable aux contrats équivalents de la finance classique).

Moucharaka

52. Le contrat *moucharaka* est considéré comme une forme de partenariat et il est imposé (s'il doit l'être) à ce titre. Partant, il n'y a pas de différence notable entre la qualification juridique et la qualification économique pour ce type de contrat. Il en va en revanche différemment dans le cas de la *moucharaka* dégressive (voir la section II.A). En effet, suivant l'approche économique, les paiements adressés à l'établissement financier seraient qualifiés de remboursements du principal et des intérêts d'un prêt. Suivant l'approche juridique, par contre, ces paiements seraient imposables à titre de revenus immobiliers.

Moudaraba

53. On s'en tiendra ici pour l'analyse à la forme principale du contrat *moudaraba*, à savoir les dépôts avec partage des bénéfices (voir la section II.D), qui sont le fruit d'un accord *moudaraba* entre le déposant (*rabbu al-mal*) et la banque islamique (*moudarib*).

54. S'agissant de la forme purement juridique, les montants portés au crédit des déposants en vertu de l'accord seront qualifiés de rendement de la participation (voir la section III.A), auquel cas ils ne seront pas déductibles pour le prêteur.

55. Dans une optique économique, l'accord sera défini comme une relation d'endettement, c'est-à-dire que les dépôts seront considérés comme une exigibilité de la banque, et les montants portés au crédit du déposant, comme des intérêts et imposés en conséquence au titre de l'article 11 du Modèle. Ce sera le cas des conventions qui suivent la version actuelle de l'article 11 du Modèle, qui vise « les revenus des créances de toute nature ».

Mourabaha

56. Dans les pays qui traitent l'imposition des bénéfices dans une optique économique, la transaction *mourabaha* pourra être qualifiée de prêt. Les paiements effectués par l'acheteur de la marchandise seront qualifiés de remboursement du prêt et décomposés en deux éléments, le principal et les intérêts, ces derniers étant imposables au titre de l'article 11 du Modèle.

Ijara

57. Dans une optique économique (et comptable), cette transaction (lorsqu'elle équivaut à une location-vente) sera prise en compte comme un prêt. Le propriétaire fictif (bailleur) sera considéré comme un prêteur et le preneur comme un emprunteur, et les éléments d'actif loués à bail figureront dans les livres du preneur comme sa propriété. L'amortissement sera en conséquence imputé au preneur, et les paiements effectués en application du bail traités comme des intérêts et remboursements de principal, et non pas comme des paiements de loyer.

58. Il s'ensuit qu'une transaction *ijara* serait traitée de la même manière que tout autre bail financier (dans les cas où les particularités du bail *ijara* correspondraient aux conditions requises par le droit fiscal applicable pour qu'il soit traité comme un bail financier). Dans la plupart des cas, ce traitement sera le même que celui d'un prêt classique.

59. Les pays où les locations-ventes sont des opérations de financement au regard du droit interne qualifieront probablement les paiements effectués en application du bail comme des versements d'intérêts et de principal au titre d'un prêt, aux fins de l'application de la convention. Aux termes de l'article 11 des modèles de conventions, les intérêts sont « les revenus des créances de toute nature », définition qui ne dépend pas de la qualification du revenu en droit interne. Toutefois, comme les conventions sont formulées en termes très généraux, les pays pour lesquels un bail financier représente au fond une créance adopteraient probablement la même démarche pour appliquer la convention et, partant, appliqueraient probablement l'article 11.

Salam

60. Dans une transaction *salam*, le revenu consiste en une majoration par rapport au coût d'une marchandise. Soit, par exemple, une banque islamique (BI) du pays A qui conclut un contrat *salam* avec un fermier (F) du pays B. En vertu de ce contrat, F fournira à BI x tonnes de coton dans six mois, au prix de K dollars. À l'échéance du contrat, BI vendra le coton à un fabricant de textiles du pays A, au prix de

K' dollars. Le gain de BI sera la différence entre K et K' , imposable à titre de revenu de l'entreprise. Suivant le modèle, F ne sera pas imposable dans le pays A, puisqu'il n'y possèdera pas d'établissement permanent.

61. Dans le cadre de la transaction décrite ci-dessus, la banque ne perçoit aucun paiement qui puisse être décomposé en principal et intérêts, puisqu'il reçoit une marchandise qui en l'occurrence serait vendue à une autre personne. Suivant les deux démarches, juridique et économique, par conséquent, le revenu d'une transaction *salam* serait très probablement qualifié de revenu de l'entreprise et imposé en conséquence (à condition que le critère de l'établissement permanent soit rempli).

Istisna'a

62. En pratique, lorsqu'un client passe un contrat *istisna'a* avec une banque islamique pour acheter un bien industriel – une usine par exemple –, la banque ne construit pas l'usine, elle conclut un autre contrat *istisna'a* (en qualité d'acheteur) avec le fabricant ou constructeur.

63. Pour déterminer le prix à faire payer au client, la banque tiendra compte de celui qu'elle-même doit payer au fabricant ou constructeur. Son bénéfice sera la différence entre les deux prix. Le bénéfice du fabricant sera la différence entre ses coûts de production et le prix payé par la banque. Le prix que le client devra payer à la banque n'a pas nécessairement à être versé d'avance (voir la section III.1), il pourra l'être en plusieurs tranches par prélèvement sur les recettes de l'usine.

64. Pour déterminer le traitement fiscal applicable aux revenus des contrats *istisna'a* décrits ci-dessus, on peut considérer l'exemple suivant : soit C une société résidente du pays A, qui a signé un contrat *istisna'a* avec une banque islamique (BI) résidente du pays B, en vertu duquel BI fournit à C une usine de fabrication de climatiseurs moyennant paiement de k dollars des États-Unis, à acquitter en 48 versements mensuels d'égal montant à compter de la date de la mise en service de l'usine. À cette fin, BI passe un contrat *istisna'a* avec un fabricant réputé de climatiseurs résident du pays C. BI devra payer k' dollars à ce fabricant. Le bénéfice de BI est égal à la différence ($k-k'$).

65. Dans l'optique juridique (voir la section II.F), ce bénéfice serait considéré dans le cadre du Modèle comme relevant des bénéfices des entreprises et BI ne serait donc pas imposée dans le pays A puisqu'elle n'y possède pas d'établissement permanent. Les versements effectués par C seraient capitalisés, et il y aurait une provision pour amortissement qui serait déductible.

66. Par contre, d'un point de vue économique, il est probable que la relation entre la société C et BI serait considérée comme une relation d'endettement, et les versements mensuels effectués par C s'analyseraient en remboursements d'un prêt. Chaque versement se composerait de deux éléments, le capital (égal à une fraction de k') et le bénéfice [égal à une fraction de la différence ($k-k'$)], ce dernier s'analysant comme un intérêt et étant imposé à ce titre en vertu de l'article 11 du Modèle entre les mains de BI et déductible dans le cas de C.

Soukouk

67. Le rendement des *soukouk*, *salam* et *istisna'a* est la différence entre les prix d'achat et de vente des certificats. Le rendement d'un *soukouk ijara* est une fraction

du loyer de l'actif sous-jacent. Celui des *soukoug moucharaka* et *moudaraba* est une fraction des bénéfices réalisés par l'entreprise ou le projet.

68. D'un point de vue économique, les revenus des différents *soukoug* seraient généralement considérés comme des intérêts et imposés à ce titre, sauf les *soukoug moucharaka* et *salam*, pour lesquels la caractérisation économique ne devrait pas être très différente de la qualification juridique (voir la section III.A).

C. Deux exemples : le Royaume-Uni et la Malaisie

1. L'exemple britannique

69. Ainsi qu'il a déjà été indiqué dans la présente note, le Royaume-Uni paraît avoir adopté la démarche économique pour les instruments financiers islamiques. C'est ce que peuvent illustrer les observations qui suivent :

a) La *moucharaka* dégressive : dans le cadre de la législation britannique, un contrat de *moucharaka* dégressive est qualifié prêt, et le paiement (le loyer) est requalifié intérêt aux fins de l'impôt;

b) Les dépôts avec partage des bénéfices : la loi de finances britannique de 2005 définit les « produits du partage des bénéfices » et les qualifie d'intérêts aux fins de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt des sociétés. Une formule analogue consisterait en un dépôt d'argent à la banque en vertu d'un accord de *wakala* (*wakala* signifie littéralement agence). Dans ce cadre, le client s'adresserait à une banque pour lui confier des fonds à investir et celle-ci deviendrait son agent pour ce faire. Le client toucherait une part convenue du bénéfice et paierait à la banque une bonification variable, venant en dépassement de sa rémunération. Aux fins de l'impôt, la formule de l'agence crée une incertitude quant au montant de l'impôt que l'investisseur devrait acquitter, de telle sorte que le Royaume-Uni traite comme intérêt le bénéfice que celui-ci perçoit effectivement et ignore, aux fins de l'impôt qui lui sera applicable, tout surplus que la banque aurait perçu de sa part en tant que son agent, surplus qui est imposé entre les mains de la banque;

c) La *mourabaha* : le Royaume-Uni a requalifié la *mourabaha* (voir la section II.C) en prêt, moyennant quoi la banque est imposable sur l'élément intérêt du prêt et l'utilisateur du bien d'équipement bénéficie d'une déduction correspondante (sous réserve des règles normales d'admission à son bénéfice). Par ailleurs, il n'est pas inutile de mentionner que, bien que la *mourabaha* (comme d'autres accords de financement islamique) comporte parfois des transactions pouvant être interprétées comme des opérations commerciales, la législation britannique prévoit expressément qu'un non-résident qui est partie à un tel accord n'est pas pour autant traité comme commerçant au Royaume-Uni par l'intermédiaire d'un établissement permanent ou l'entremise d'un agent britannique;

d) *Ijara* : en droit britannique, les contrats d'*ijara* sont soumis aux règles fiscales ordinaires applicables aux locations-ventes et aux locations simples. Dans le cas de la *ijara waktina* (voir la section II.D), qui peut se décomposer en deux contrats – l'un pour la location du bien, l'autre pour son achat au terme de la période de location –, le Royaume-Uni a légiféré pour traiter deux contrats ou comme un contrat unique;

e) Les *soukoug* (voir la section II.G) : ces arrangements sont traités dans le projet de loi de finances pour 2007 qui est actuellement devant le Parlement. Du point de vue de l'émetteur et de l'investisseur, les apports de liquidités sont traités aux fins de l'impôt selon leur nature économique, qu'il s'agisse d'intérêt, d'escompte ou de remboursement de capital. La parité de traitement avec les obligations classiques s'étend au traitement des *soukoug* comme obligations des sociétés, remplissant les conditions requises lorsqu'il y a lieu, afin qu'aucun impôt sur les plus-values ne doive être payé par les investisseurs autres que les entreprises constituées en sociétés. En vertu de la loi de 2000 sur les services et les marchés financiers, les *soukoug* sont considérés à des fins réglementaires (mais non à des fins fiscales) comme des formules de placement collectif.

2. L'exemple de la Malaisie

70. La Malaisie a apporté à sa législation fiscale un certain nombre de changements pour traiter les instruments financiers islamiques. Le but essentiel de ces modifications, qui s'inscrivent dans une optique économique (par opposition à l'approche juridique ou axée sur la forme) pour traiter la finance islamique, était d'assurer l'égalité de traitement de ces instruments et de leurs contreparties dans la finance classique.

71. Les principaux changements sont les suivants :

a) Modification de la loi de 1967 sur l'imposition des revenus, consistant à introduire à l'article 2 un paragraphe 7 nouveau, ainsi libellé : « [t]oute mention dans la présente loi de l'intérêt s'applique, *mutatis mutandis*, aux gains ou bénéfices perçus et aux dépenses exposées, au lieu de l'intérêt, dans les transactions conduites conformément aux principes de la charia ». Cette modification a pour résultat que les revenus provenant des instruments financiers islamiques qui auraient été classés comme intérêts si l'on avait eu recours à un instrument classique seront également traités comme tels aux fins de l'application de la loi;

b) En vertu de la loi de 1976 sur l'imposition des plus-values foncières, une taxe est prélevée sur les plus-values réalisées à l'occasion de l'aliénation d'un bien foncier (ou d'actions d'une société holding immobilière) effectuée par une personne qui n'exerce pas la profession d'agent immobilier. Cette taxe est prélevée sur les banques et les particuliers qui concluent des arrangements financiers islamiques. Dans le cas de la *mourabaha*, par exemple, la banque islamique y est assujettie parce qu'elle achète et revend le bien immobilier. Pour éviter l'effet défavorable que cette taxe exerce sur le développement des instruments financiers islamiques, cette loi a été modifiée, de manière à exempter les plus-values réalisées par le client lors de la cession d'un bien immobilier à une banque islamique suivant les modalités d'un instrument financier islamique. Quant aux gains réalisés à la revente du bien immobilier par la banque au client, ils devraient être imposés à titre de revenus des entreprises au niveau de la banque (et exonérés de la taxe sur les plus-values immobilières) à la suite de la modification de la loi sur l'imposition des revenus citée plus haut;

c) Du fait de la multiplication des transactions régies par des accords financiers islamiques, ces derniers sont davantage assujettis à des droits de timbre. Pour éviter que cela ne rejaillisse sur le développement de la finance islamique, la loi de 1949 sur les droits de timbre a été modifiée, afin que seul l'acte relatif au

financement y soit assujetti, à l'exclusion de l'acte constatant la seconde opération d'achat entre le financier et le client.

IV. Conclusions

72. Il existe diverses sortes d'arrangements financiers islamiques, et les conséquences fiscales de tout arrangement déterminé peuvent dépendre des circonstances de l'affaire et des particularités des lois fiscales du pays considéré. Il est donc très difficile de dégager des conclusions générales au sujet de l'imposition des instruments financiers islamiques, mais on peut, sur un plan très général, distinguer à cet égard deux démarches, l'une, juridique, qui s'intéresse à la forme des transactions (financières islamiques), l'autre, économique, qui s'intéresse à leur substance.

73. La plupart des pays où se pratique la finance islamique paraissent avoir adopté l'approche économique pour assurer aux instruments islamiques, aux fins de l'impôt, l'égalité de traitement avec leurs contreparties classiques. Même les pays (tel le Royaume-Uni) qui suivent généralement la démarche juridique en matière d'imposition ont promulgué une législation spéciale pour traiter les instruments islamiques selon leur substance, retenant ainsi l'approche économique. Opter pour l'approche juridique aboutirait dans le traitement fiscal des instruments islamiques à des « anomalies » nuisant à leur développement. La démarche économique suggère l'application de l'article 11 du Modèle aux instruments financiers islamiques.

74. On ne voit pas bien s'il est nécessaire ou non que le Modèle de convention des Nations Unies ou son commentaire traite expressément des transactions financières islamiques. Toutefois, sur un plan général, il semble que l'on soit d'accord (au sein du groupe de travail) pour considérer que le Modèle, dans sa rédaction actuelle, est à même de couvrir les transactions financières islamiques. Les difficultés que pourrait soulever leur qualification viendraient plus de la conception du droit interne de chaque partenaire de la convention que du Modèle lui-même. Au sujet du commentaire, bien qu'il soit difficile de proposer une solution couvrant tous les cas possibles, vu la variété des transactions et la diversité des traitements auxquels elles sont soumises dans les différents droits internes, certains sont d'avis que nous devrions ajouter au commentaire de l'article 11 du Modèle une formule disant que la définition de l'intérêt engloberait les revenus de certains types d'instruments financiers islamiques qui sont réputés être des relations d'endettement (quoique, juridiquement, ce n'en soient pas). De plus amples précisions pourraient aussi être données dans le Manuel de négociation en vue de fournir aux deux parties quelques indications pour décider s'il est nécessaire ou non de faire figurer dans le texte de leur convention un passage consacré à la finance islamique.