

- Quel que soit le délai de paiement, la marge convenue est fixe et ne peut en aucun cas subir une variation ;
- Les intérêts de retard dans ce genre de contrat sont interdits par la loi islamique à l'exception où ces intérêts sont versés à des œuvres de charité. (Ce dernier point ne fait pas l'unanimité entre les praticiens de la finance islamique).

Le contrat *Mourabaha* a connu un succès incomparable par rapport aux autres produits proposés par les banques islamiques en raison du faible risque généré par cette pratique et de la rentabilité élevée de l'opération.

Bien qu'il existe plusieurs types de la *Mourabaha*, nous nous limiterons dans ce qui suit, à la *Mourabaha* avec ordre d'achat, et la *Mourabaha* inversée.

Le chercheur Sami Hammoud (1982), propose en 1976, dans sa thèse [Développement des activités bancaires en conformité avec la Shari`a islamique], un instrument de financement appelé en arabe « Al-Murabahah lil-Amer bich-Chira » traduit en français c'est « La *Mourabaha* avec ordre d'achat ». Son butⁱⁱ, était avant tout de penser un instrument conforme à la charia, et qui pourra constituer

une alternative au prêt à intérêt offert par les banques conventionnelles.

La Mourabaha avec ordre d'achat est un contrat de financement par lequel le client donne l'ordre d'achat d'un actif au financier avec un prix d'acquisition préalablement accepté par le client. La plus-value par rapport au prix initial et réalisée par le financier est clairement déclarée dans le contrat et déterminée en commun accord entre les parties contractantes.

Pour que cet instrument de Mourabaha avec ordre d'achat soit conforme à la Charia islamique, plusieurs conditions doivent être respectées selon l'AAOIFI :

- La banque doit avoir la possession et la propriété du bien en question avant de le revendre ; l'objet doit être disponible, déterminé et sa destination conforme à la Charia.
- La marge bénéficiaire résultante de la différence entre le prix d'acquisition et le prix de revente doit être connue par le client.
- L'obligation d'avoir trois parties prenantes dans le contrat de financement

Mourabaha : le financier, le client et le vendeur ;

- La chronologie des transferts successifs de la propriété du bien objet du contrat doit être respectée. Un premier transfert entre le vendeur et le financier, et un deuxième entre le financier et le client.

Selon l'AAOIFI, si l'une de ces conditions précitées n'est pas remplie, la disqualification de la Mourabaha au regard de la Charia est évidente. Dans cette situation, le financier ne pourra prétendre à la marge bénéficiaire qui reste exclusivement mise à la destination des œuvres de bienfaisance.

Au Maroc, le contrat Mourabaha avec ordre d'achat s'inscrit dans le cadre de la loi bancaire et les textes juridiques. En effet, le législateur a défini la Mourabaha comme un contrat par lequel une banque vend à son client un bien meuble ou immeuble qui lui appartient à son coût d'acquisition (prix d'achat et frais d'acquisition), augmenté d'une marge bénéficiaire. Ces trois composantes (prix d'achat, coût d'acquisition et marge) ne doivent en aucun cas subir des augmentations ultérieures.

La circulaire précitée évoque la « Mourabaha pour le donneur d'ordre d'achat », qui est un contrat à travers lequel l'établissement et suite à la demande du client, acquiert un bien immeuble ou meuble en vue de le lui vendre dans le cadre d'un contrat Mourabaha.

C'est en fait un instrument conçu pour proposer des financements immobiliers ou automobiles aux clients s'adressant aux banques participatives. Mais il faut noter que ce genre de contrat doit être précédé d'un engagement à titre de promesse unilatérale d'achat formulée par le client. Cette promesse, délimite les spécificités du bien ainsi que les procédés et l'échéance de sa livraison au client.

Pour garantir la bonne exécution de la promesse faite par le client, La banque peut même lui demander le paiement d'un montant en numéraire appelé « hamish al jiddiya » qui sera mis en garde dans un compte spécial. Le montant de cette garantie ne doit pas être supérieur à un pourcentage du coût d'acquisition du bien.

Dans le cas où la banque est incapable d'honorer ses engagements envers le client (échéance de livraison non respectée, caractéristiques différentes...), l'engagement né de la promesse est considéré nul, et le client

a plein droit de récupérer immédiatement le montant de la promesse. Il peut aussi le récupérer immédiatement après l'établissement du contrat de Mourabaha ou si la banque se désiste de l'opération.

Par contre, si le client ne tient pas sa promesse d'achat, l'établissement se réserve le droit de retrancher de « hamish al jiddiya » un montant équivalent au préjudice réel subi, et sans pour autant réclamer un montant additionnel.

Pour des contraintes d'ordre islamique, La circulaire précise en outre qu'il est obligatoire, d'établir à l'occasion du contrat Mourabaha avec ordre d'achat, trois actes différents. Un premier acte concernera La promesse unilatérale d'achat faite par le client. Un second sera dédié au contrat d'achat du bien par l'établissement. Et enfin un troisième pour formaliser le contrat Mourabaha. Le contrat d'achat du bien par la banque ne doit pas être conditionné par l'établissement du contrat de Mourabaha.

La circulaire a accordé une place importante au remboursement anticipé et le défaut de paiement par le client.

Concernant le cas du remboursement anticipé, la circulaire stipule que le client peut, à n'importe quel moment procéder au remboursement anticipé d'une partie ou de la totalité du prix de vente restant à se charge. Dans cette situation, l'établissement, à sa propre initiative non obligatoire, peut se désister au profit du client d'une partie de la marge bénéficiaire. Le contrat ne doit pas prévoir que l'établissement est obligé de renoncer à une partie de la marge bénéficiaire en cas de remboursement anticipé.

Le défaut de paiement par le client, l'établissement peut exiger le paiement d'une partie ou de la totalité du prix restant dû après la mise en demeure du client, ou après la fin de l'échéance, ou directement après le défaut de paiement. D'un autre côté, le défaut de paiement il réglementé par les garanties permises par le législateur, au profit de l'établissement à l'exemple de l'hypothèque, du cautionnement ou autres dispositions de garantie. La banque peut pousser le client à payer un montant convenu, au profit des œuvres caritatives, désignées par le wali de Bank Al Maghrib après avis du CSO, à condition que ce

d'opération par un instrument spécialement conçu pour ce fait, appelé le « **Salam** ».

Le contrat Salam est constitué par l'engagement du vendeur à livrer, a une date ultérieure, un bien qu'il doit acheter ou fabriqué.

Les chercheurs désignent le Salam par « vente avec livraison future » ou « vente à terme ».

Cette désignation vient du fait que les textes du droit musulman traitent du Salam en liaison avec les opérations de vente d'une part, et de l'autre part ce contrat règle l'échange commercial entre un prix payé par avance et un engagement personnel de livrer des biens à une date ultérieure. Le Salam est considéré comme un contrat d'investissement^v, dans la mesure où les juristes parlent du capital que l'acheteur doit avancer. Ce terme implique qu'il est question de vouloir fructifier donc investir la somme avancée. En outre, La terminologie utilisée par les praticiens montre que le capital avancé détermine le statut des contractants et des objets de l'opération. L'investisseur est celui qui avance les fonds (muslim ou rabb al-mal) ; le vendeur-emprunteur est celui qui s'est vu attribuer l'avance (al-muslam ilayhi) ; l'objet à livrer est constitué par le bien pour lequel l'avance a été donnée

moyens de subsistance pour leur famille. Pour se faire, les parties étaient obligées de respecter deux conditions importantes pour que l'opération ne soit pas assimilée au *Gharar*. D'une part, le contrat devait mentionner avec précision la nature ou la variété des céréales. D'autre part, l'agriculteur devait s'approvisionner sur le marché afin qu'il puisse honorer ses engagements envers ces partenaires à la date prévue. Plus tard, ce mode de financement a été utilisé dans les activités marchandes.

Les produits alimentaires ne peuvent faire l'objet de contrat Salam. Ainsi, ce mode de financement est exclusivement autorisé pour les biens de nature industrielle, agricole ou de service.

La résiliation du contrat Salam peut se faire par l'une des parties contractantes en respectant les articles qui ont formé le contrat. En effet, Les contractants ont la possibilité de s'accorder sur l'annulation du contrat en restituant les prestations des deux partenaires. Le vendeur est obligé de remettre le capital à l'investisseur. Mais dans le cas où il a détruit ou utilisé un capital, il se trouve obligé d'en rembourser la valeur.

Dans ce cadre, les juristes différencient entre la résiliation complète et la résiliation partielle. La résiliation complète du contrat peut détourner le Salam de sa fonction principale en une fonction de prêt monétaire. Pour cette raison, les juristes optent beaucoup plus, pour une résiliation partielle du contrat pour permettre à l'acheteur de récupérer une partie de son capital et de laisser une partie active de son investissement. Dans cette logique la résiliation partielle du contrat protège les intérêts des deux protagonistes : l'investisseur en garantissant une partie du capital une partie des gains, et le vendeur en le libérant partiellement d'une affaire où il perdait son argent.

Sur le plan juridique et Chariatique, la validité de ce mode de financement suppose la satisfaction d'une série de conditions :

- L'acheteur est obligé de payer le montant total demandé par le vendeur à défaut que l'opération soit assimilée à une vente de dette, prohibée par la Charia.
- Le prix du bien doit être fixé et mentionné dans le contrat ;

- Les biens qui font l'objet de la vente doivent être bien connue en termes de quantité, de qualité, en nombre, en volume ou en poids, et ce, quelque soient la conjoncture de la récolte ;
- Les biens doivent être valorisés en monnaies ou en tout autre contrepartie en cas de troc ;
- L'échéance et le lieu de livraison doivent être mentionnés avec précision. Toutefois, une livraison échelonnée peut avoir lieu et le cas échéant, un bien identique d'une autre provenance peut être livré. A ce titre, des marchandises ne peuvent faire l'objet du contrat de « vente Salam » que si elles sont régulièrement produites en quantités suffisantes pour alimenter les marchés.
- Le contrat Salam s'applique uniquement aux biens dont la livraison n'est pas immédiate.
- L'acheteur peut demander au vendeur une garantie réelle ou personnelle ou lui exiger une caution pour garantir la livraison de la marchandise à temps ;
- L'acheteur peut se mettre d'accord avec le vendeur pour vendre ou livrer la

marchandise à une tierce partie en contrepartie d'une commission éventuelle. Le recouvrement du prix de vente est sous la responsabilité du vendeur ;

- Avant sa livraison par le vendeur, L'acheteur n'a pas le droit de vendre la marchandise à moins qu'il recoure à un contrat Salam parallèle.

Au Maroc, les références juridiques du contrat Salam sont mentionnées dans La circulaire du Wali de Bank Al-Maghrif n°1/W/17 du 27 janvier 2017 relative aux spécificités techniques des produits Ijara, Mourabaha, Mousharaka, Moudaraba, Salam, ainsi que les modalités de leur présentation à la clientèle, publiée au Bulletin officiel n°6548 du 2 mars 2017. La circulaire de BAM traite les modalités d'application du contrat Salam.

Selon les termes de la circulaire, le Salam est considéré comme un contrat de vente avec livraison différée de la marchandise. Contrairement à la Mourabaha, déjà évoquée précédemment, la banque n'intervient pas comme vendeur à crédit de la marchandise acquise sur ordre de son client, mais comme acheteur, avec le paiement d'une marchandise qui lui sera livrée ultérieurement par son partenaire.

Ainsi, pour que la vente d'un bien non encore disponible soit conforme à la Charia, elle doit être appuyée par des conditions : d'abord, elle doit être contractée sur une marchandise décrite avec grande précision, ensuite elle doit porter sur des biens habituels et disponibles pour que le fournisseur ne trouve pas des difficultés à les livrer au moment convenu.

1.3. L'IJARA (Location)

L'Ijara est un terme qui signifie « en location », il est largement utilisé par la jurisprudence islamique pour désigner deux situations différentes. D'abord, le mot Ijara veut dire profiter des prestations de quelqu'un en contrepartie d'une rémunération. C'est le cas d'une personne qui loue les prestations d'un architecte par exemple. Cette transaction (Ijara) fait état de commanditaire (moustajir) et de commandité (ajir). La deuxième situation est la plus importante dans le cadre de notre sujet. L'Ijara ne porte pas sur le service rendu mais plutôt sur l'usufruit des actifs. Il s'agit donc de transférer l'usufruit d'un actif à une autre partie contre une redevance.

L'ijara est un mode de financement mis au service des entités qui sont dans l'incapacité de faire des acquisitions de leurs investissements et qui ne soit pas intéressées forcément par la propriété des biens objet de l'ijara.

Le mot *Ijara*, signifie dans la littérature « location ». Selon les juristes de la finance islamique, l'Ijara est un contrat par lequel une personne cède la « jouissance » d'un bien ou d'un service contre un prix déterminé. Bien l'accent sera mis principalement sur la forme la plus usitée qui est l'Ijara wa Iqtinae, L'Ijara peut être transposé en de nombreuses formes de financement. Nous citons entre autres L'Ijara tachghilia qui peut être assimilée à la location simple. Dans ce cas, le client contacte d'abord le vendeur du bien et recueille toutes les informations nécessaires. Ensuite il s'adresse à la banque pour lui proposer un contrat d'Ijara toute en s'engageant de prendre le bien en location une fois devenu propriété de la banque. Cette dernière achète le bien en question et reçoit sa propriété. C'est à ce stade que la banque procède à la location du bien en transférant le droit d'usage au client qui paye les redevances

sur toute la période de la location. Le bien est récupéré par la banque en fin de période ; L'Ijara avec agent (location simple avec agent) est une forme d-Ijara proche de la Mourabaha, et suppose la conclusion de deux contrats successifs, un premier contrat appelé « contrat d'agent » et un deuxième appelé « contrat de location ». Le client prospecte le bien au nom de la banque, puis informe celle-ci des détails de la transaction. Ensuite le vendeur livre directement au client (l'agent) sous la supervision de la banque qui règle le prix du bien. Le contrat de l'agent est donc annulé et remplacé par le contrat de location.

Au Maroc, la loi bancaire adoptée le 16 janvier 2014 par le conseil du gouvernement a défini l'Ijara comme un contrat selon lequel une banque participative met, à titre de location, un bien meuble ou immeuble déterminé, identifié et propriété de cette banque, à la disposition d'un client pour un usage autorisé par la loi.

Le droit Français, n'a pas fait une exception ou une différence par rapport au droit Marocain régissant le contrat Ijara. En effet, l'instruction fiscale Française 4 FE/S3/10, du 23 juillet 2010, définit l'ijara comme étant un

contrat par lequel une entité met un actif mobilier ou immobilier à la disposition d'un client pour une durée déterminée en contrepartie du paiement de loyer. Ce contrat peut être accompagné d'un engagement de vente ou d'une option d'achat distinctes du contrat de location.

Pour les organisations internationales, à l'exemple de l'AAOIFI, « l'Ijara wa iqtina » appelée aussi « Ijara Mountahia Bittamlik » est définie dans les normes de conformité n°9 comme étant un contrat comportant une option qui permet au client d'accéder à la propriété. Le client demande à son banquier de lui financer l'acquisition d'un immeuble, le banquier à son tour achète cet immeuble et le remet en location à son client demandeur. Il est à signaler que d'après l'AAOIFI, cette location est assortie obligatoirement de deux engagements ou promesses conformes aux conditions de fond et de formes de la charia. Un premier engagement unilatéral de vente au profit du client et un second engagement unilatéral d'achat au profit de la banque.

« L'ijara wa iqtina » ou « crédit-bail islamique » est un contrat dont le risque est relativement plus faible que les autres

instruments de base de la finance islamique, ce qui explique sa montée croissante dans les pratiques commerciales.

Les juristes ont conditionné la validité de « l'Ijara wa iqtina » au respect d'un certain nombre de critères :

- L'institution financière doit d'abord acquérir le bien objet de la transaction avant la conclusion du contrat d'Ijara wa iqtina ;
- L'obligation de séparer dans deux contrats différents la promesse de vente ou d'achat et le contrat d'Ijara wa iqtina puisque en droit islamique chaque contrat doit produire ses effets indépendamment de l'autre ;
- L'Ijara wa iqtina doit porter sur un objet licite et non prohibé ;
- Le taux des redevances locatives (fixes ou variables) doit être fixé, connu et clarifié par avance afin d'éviter les aléas conjugués avec les intérêts ;
- Il est interdit d'augmenter le loyer suite au retard de paiement. Cette condition est importante pour ne pas tomber dans le Riba du report ;

- Le client peut s'abstenir à payer les loyers en cas de destruction totale du bien objet de l'Ijara wa iqtina par un fait indépendant de la volonté du client. Il peut en outre, demander la baisse des loyers dans le cas d'une destruction partielle dont il n'est pas responsable. Dans le cas où la destruction est causée par le client, il est dans l'obligation d'assumer sa responsabilité totale ;
- Il incombe à la banque de réaliser tous les entretiens et les réparations éventuellement indispensables au maintien du bien loué dans un état de service à l'usage auquel il est destiné. Elle assume en outre toutes charges locatives antérieures au contrat de location. Le client est responsable des différents entretiens d'usage du bien loué et des charges locatives constatées après la conclusion de l'acte de location.
-

1.4. L'ISTISNAE (Contrat d'entreprise)

Certaines opérations commerciales ou industrielles, exigent la séparation entre le moment du paiement et le moment de la

production : c'est le cas, par exemple, lorsqu'une opération de fabrication conclue dans le cadre d'un marché se prolonge dans une durée significative et que le bénéficiaire du marché ne sera payé qu'in fine ; c'est aussi le cas lorsque l'entreprise a besoin de fonds pour financer la fabrication d'un produit et se réfère au financement anticipé lui permettant d'assurer cette production.

Un bien qui n'a pas encore été fabriqué au moment de la transaction, peut faire l'objet de la transaction elle-même. C'est le cas par exemple, dans le domaine de l'immobilier, lorsque le client acquiert un immeuble « sur plan » et étale les paiements sur la période de construction.

Le contrat Istisna ne peut avoir lieu que pour des biens à fabriquer et non pour des produits qui ne s'apprêtent pas à une élaboration précise (récoltes...).

Si la finance conventionnelle permet l'utilisation d'une pratique en matière de financement appelée la technique de « la Vente en l'Etat Futur d'Achèvement » (VEFA), la finance islamique a conçu également l'instrument de l'Istisnae proche du VEFA et peut être utilisé dans le cas du financement

des infrastructures. L'*istisnae* permet à la banque de financer des travaux de construction ou d'aménagement d'ouvrages ou encore d'équipements de production ou de transport...

Bien que des juristes musulmans considèrent que l'*istisna*, comme un cas particulier de Salam, l'école hanéfite y voit un contrat à part entière. En effet des ressemblances importantes paraissent entre les deux modes à savoir qu'au moment de l'établissement du contrat, le bien peut ne pas encore exister ; le prix aussi du bien peut ne pas être payé immédiatement, mais l'acquisition dans le cas de l'*Istisnae* concerne des produits destinés à subir une transformation, au contraire le contrat de la vente Salam ne porte que sur des produits finis.

Une partie, « le preneur » (*mustasnia*), demande donc à une autre, l'entrepreneur (*sania*), de lui réaliser un travail de construction ou de production. La fixation du prix de la marchandise, de l'échéance de fabrication et de livraison et les modalités de règlement sont convenues et précisés dès le départ. Des règlements échelonnés peuvent être effectués en fonction des différentes étapes de

la fabrication de l'objet appelé « masnooa ». À la fin, le manufacturier met le bien à la disposition de la banque qui le transfère au client, lequel paye celle-ci selon les modalités préfixées. Il s'agit d'une forme d'engagement irrévocable, le paiement pouvant être fait d'avance, différé ou échelonné.

L'Istisnae partage quelques éléments propres au contrat de Mourabaha même si les conditions relatives aux biens sont distinctes. C'est pourquoi le contrat d'istisna' est considéré comme une solution financière islamique à l'interdiction de vendre un bien qui n'appartient pas légalement au vendeur. Ainsi, en utilisant à ce contrat, l'on autorise la vente d'un bien qui n'est pas encore fabriqué. Il existe cependant des conditions quant à la spécification des biens afin de diminuer l'incertitude relative à la vente d'un bien dont la forme et les caractéristiques sont difficilement identifiables au moment de la transaction.

L'Istisnae al-tamwili est une forme selon laquelle la banque joue le rôle d'intermédiaire. La banque conclut un premier contrat de cession du bien avec un client et dans un deuxième contrat, elle demande au

fabriquant de mettre à sa disposition le bien à une certaine échéance convenue. Une fois le bien disponible, le fabriquant livre le bien à la banque ou à la personne désignée par celle-ci, qui, à son tour, transmet ce bien à l'acheteur final. La différence entre le prix payé à l'entreprise et le prix versé par le client constitue la marge au profit de la banque.

L'un des principes fondamentaux de la finance islamique est l'obligation de l'existence de la chose objet de la transaction avant la conclusion du contrat. Le contrat istisna est une exception à la règle. C'est un contrat irrévocable et bilatéral qui peut être comparé à un contrat d'entreprise, où une partie s'oblige à exécuter un ouvrage ou à accomplir un travail en contrepartie d'une rémunération à la charge de l'autre partie.

Une fois le contrat conclu, le bien à fabriquer est sous la propriété de l'acheteur et, en contrepartie, le prix demandé est destiné au fabricant bien que le paiement puisse être différé. Si le bien est jugé non conforme à ce qui était convenu, l'acheteur final peut se désengager de ces responsabilités. L'acheteur, peut en outre,

choisir ou même désigner le fabricant pour élaborer le bien. A l'opposé, ce dernier point n'est pas prévu dans le contrat de Salam.

L'istisna donne lieu à deux contrats différents : Un premier contrat est réalisé entre l'acheteur final et la banque. La banque est responsable de la livraison à une date donnée, un bien dont la nature, le prix et les modalités de paiement (comptant ou différé) sont convenus. Dans un deuxième contrat, un entrepreneur s'engage, à fabriquer le bien désigné en fonction des modalités convenues dans le contrat.

Juridiquement, la banque est responsable vis-à-vis du fabricant et de l'acheteur final. Il n'existe de ce fait, aucune relation juridique entre l'acheteur final et le fabricant.

2. Les instruments de financement du type « participatif » : ou les «PPP »

Au cours de cette deuxième section, nous nous intéresserons aux instruments de type participatif : le contrat Mousharaka et le contrat Moudaraba. Ce sont des instruments qui

s'apparentent au capital-risque et permettent notamment d'organiser le financement et l'intermédiation bancaire.

L'idée de moudaraba existait dans la région préislamique en tant que mode de financement car, à cette époque, le commerce était la principale activité commerciale de la population de la Mecque. Dans la zone préislamique, il n'existait aucun intermédiaire financier ni système bancaire, ce qui a conduit à l'adoption de deux modes de financement, à savoir le partenariat Moudaraba et le prêt basé sur les intérêts. À l'époque médiévale de la période islamique, le concept de partage des profits et des pertes a été utilisé pour collecter des fonds afin de financer la production. Les prêts à intérêt ont disparu pendant cette période et l'utilisation du moudaraba est devenue plus populaire parmi les commerçants. De plus, le Moudaraba est l'un des modes de financement islamique les plus préférables pour les juristes et les érudits passés et actuels.

2.1. Le Mousharaka

L'origine du terme Mousharaka trouve sa source dans l'histoire du Proche-Orient. Le terme Mousharaka dérive du mot arabe Chirka ou Charika qui signifie société ou association. Ce mode a été utilisé pendant la période préislamique par les commerçants de la Mecque ainsi que par les marchands juifs.

Par définition, le Mousharaka est une association entre deux ou plusieurs partenaires dans le cadre d'un projet (du type Joint-venture) pour partager les profits et les pertes en fonction des règles stipulées dans le contrat. Ce mode de financement peut être assimilé à une sorte de société en participation constitués par la banque et son client dans le cadre d'un projet spécifique. Le Mousharaka tire ses justifications des textes de la charia islamique.

Le Mousharaka est centrée sur la réalisation des profits du projet en se basant principalement sur la relation de confiance entre la banque et son client. Ces derniers participent au financement d'un projet et partagent ensemble le risque au prorata de la participation de chacun au capital et partagent les dividendes en fonction des parts fixées à l'avance. Tous les partenaires peuvent

participer à la gestion de la mousharaka, chacun est responsable et agit en tant qu'agent de soi-même et de tiers.

C'est un type de partenariat dans lequel deux ou plusieurs parties participent au financement d'un projet et en partagent les bénéfices et les pertes, et où ils ont les responsabilités sont clairement séparées. Les participants sont donc réunis à la fois dans le capital et dans le bénéfice. Ils peuvent participer à la gestion du projet, à moins que la gestion ne soit confiée à une tierce personne. Il est tout à fait admis que le partage des pertes suive la participation de chaque partie. Toutefois, un pourcentage de partage des bénéfices est éventuellement négociable entre les partenaires et pourrait ne pas être proportionnel à la part de chacun dans le financement.

Dans ce sens la banque et le client investissent dans un projet et en partagent les profits et pertes en fonction d'une clé de répartition prédéfinie. Les « capitaux » investis ne sont pas toujours sous forme de liquidités mais peuvent faire l'objet d'apports en nature. Une banque islamique peut mettre à la disposition du projet un capital en espèces alors que le client peut participer en

apportant ses actifs corporels. En tant que partenaire, la banque peut prendre des décisions et des choix stratégiques et peut aussi à intervenir dans le suivi et la gestion du projet. En outre, Elle est habilitée à décider de n'être qu'un associé passif.

Sur le plan religieux, les textes issus du droit musulman, autorisent expressément les opérations d'investissement à l'aide de la moucharaka. L'AAOIFI, a même élaboré des normes de conformité à la charia spécialement conçue pour cette forme de financement.

Sur le plan du droit Marocain, la réglementation de la moucharaka a fait son départ avec la recommandation RN 33G/2007 qui forme le fondement des normes de conformité aux principes de la finance islamique. Ainsi selon l'article 6 de ladite recommandation a imposé la satisfaction d'une série de conditions sans lesquelles le contrat Moucharaka est voué à la nullité.

Le droit musulman en matière de finance islamique a imposé une série de conditions sans lesquels, le contrat à base Mousharaka est considéré comme nul :

- Au moment de la réalisation du projet, les apports de chaque partie doivent être disponibles. Toutefois, cette obligation peut donner droit à des dérogations, notamment lorsqu'il s'agit des opérations bénéficiant de différés de paiement, à condition que les partenaires au projet assument l'engagement vis-à-vis des fournisseurs éventuels.
- La participation de la banque au projet dans le cadre de Mousharaka, est constitué par les émissions de garantie bancaire tel l'aval, le crédit documentaire, lettre de garantie, caution sur marché...)
- Le principe de partage des pertes et profit doit être la règle de base convenue entre les parties. Dans de ce sens, aucun accord prévoyant la récupération des fonds indépendamment des résultats n'est valable ;
- La banque n'a le droit à la récupération de son apport que dans le cas où l'autre partie viole une clause du contrat Mousharaka (Abus de confiance, dissimulation...)

- Pour contrecarrer les éventuels litiges entre les partenaires, une clé de répartition des bénéfices doit être établie explicitement dans le contrat ;
- Aucune anticipation des résultats n'est tolérée comme base de répartition des bénéfices. A ce titre, les bénéfices effectivement réalisés sont pris comme base de calcul des différents proratas de répartition ;
- Les biens et les services qui forment l'objet du contrat Mousharaka, doivent être conforme à la Charia.
- La banque a la possibilité de demander la constitution de garantie qu'elle peut exploiter en cas de mauvaise foi de ces partenaires.

Selon cette forme de Mousharaka, la banque, accepte de céder au bout d'une certaine période ses parts dans le capital à l'autre partenaire (ou à une autre partie) contre un montant déterminé. Le prix est fixé lors de la vente en fonction du marché. En effet, dans ce mode de partenariat, après avoir déclenché le projet, la banque islamique se désiste après avoir récupéré ses fonds et la part des bénéfices

qui lui revient. À la fin du contrat, le client est considéré comme le seul propriétaire du projet.

C'est en fait un mode largement utilisé par les banques pour le financement immobilier. La banque et son partenaire s'acquièrent conjointement le bien immobilier par l'intermédiaire d'une tierce partie généralement une société connue. La prédétermination des loyers futurs et des participations financières des deux parties permet de prévoir l'échéance de remboursement de la banque. Le droit islamique interdit dans ce cas, la vente future en ce sens qu'elle peut porter atteinte au contrat lui-même. C'est pourquoi, il est recommandé, de prévoir une promesse unilatérale du client qui s'engage à racheter les parts de la banque aux dates prévus.

Or, la détermination du prix n'est pas chose facile. Premièrement, il y'a une crainte de l'existence d'une simulation au Riba dans le cas où le prix est supérieur au prix d'achat ce qui est considéré comme un revenu certain à verser au financier, donc entaché de Riba. Deuxièmement, le fait de recourir au prix (inconnu) de marché, pourrait accentuer le degré d'incertitude, ce qui est aussi

discutable sur le plan juridique. Par rapport à ces deux propositions non recommandées par les jurisconsultes musulmans, la solution est de racheter au prix coutant, obligatoirement connu à l'origine.

Le contrat de Mousharaka dégressif ne fait pas l'objet de l'unanimité auprès des praticiens de la finance islamique surtout quand les parties prenantes, regroupent plusieurs contrats en un seul.

En parallèle la Mousharaka qualifiée de **définitif** est considéré comme une Mousharaka par excellence dans la mesure où les deux parties (banque islamique et client(s)) sont associés dans le cadre du projet jusqu'à la fin du contrat qui correspond à la fin du projet en partageant les bénéfices et les pertes qui en résultent. Il est recommandé que les articles du contrat soient notifiés en présence de témoins. Toutefois, l'une des parties a la possibilité de vendre sa part contre une somme d'argent équivalant à sa part.

Ce mode de Moucharaka est l'équivalent dans les pratiques bancaires classiques des placements stables que les banques effectuent pour subventionner les formations d'entreprises

ou aussi pour s'assurer le contrôle d'entreprises.

A titre de différence entre ces deux formes de Mousharaka, dans le cas de partenariat permanent la banque emploie ses fonds et participe au développement du pays, alors que dans le cas de mousharaka dégressif, la banque transfère ses parts au profit de ses partenaires moyennant un paiement progressif.

Sur le plan des marchés publics, le Mousharaka dégressif ou temporaire paraît une excellente solution pour faire face aux différents besoins de financement. La banque reçoit en contrepartie de sa contribution des parts de profits revenant au client ce qui réduira sa participation au fil de l'avancement du projet. C'est aussi une occasion pour la banque de s'assurer de la licéité de l'objet.

Le financement à l'aide de l'instrument Mousharaka offre, de par sa souplesse et sa qualité participative, plusieurs avantages pour les contractants (Banque Islamique et opérateurs économiques). En effet, cette formule assure à la Banque Islamique des opportunités de placement à long et moyen terme de ses fonds. C'est un moyen de garantir une

source de revenus réguliers et important susceptibles de permettre d'assurer aux déposants de la banque un taux de rémunération plus élevé.

La Moucharaka constitue le moyen de financement le plus adapté au besoin des cycles de création et de développement des entreprises dans les différentes phases d'exploitation (constitution, augmentation du capital...). C'est pour cette raison que la Moucharaka est très sollicitée par les investisseurs à l'occasion de constitution de petites et moyennes entreprises sous différentes formes (SPA, SARL, SNC...).

Pour les partenaires économiques, la Moucharaka est un moyen de financement très sollicité grâce au principe de partage du risque. La part de la Banque est une participation variable directement associée au résultat d'exploitation. En cas de perte, la Banque ne peut aspirer à aucune rémunération, elle est en plus tenue de supporter sa quote-part dans la perte en sa qualité d'associé. Ce qui suscite beaucoup de prudence en matière d'étude du risque et de rentabilité des projets.

Les financements par la Moucharaka répondent aux besoins de financement des petites entités du secteur de l'artisanat, de restauration et d'hôtellerie, et autres types d'exploitations similaires dont les garanties de financement sont faibles. Le moucharaka se base aussi bien sur la confiance et la conscience des parties que sur la rentabilité de l'investissement.

2.2. Moudaraba

C'est un type de partenariat dans lequel l'une des parties (rab-al mal) avance le capital nécessaire pour un projet et agit en tant qu'associé commanditaire. L'autre partie Moudarib (entrepreneur) gère le projet en utilisant son savoir-faire. Il s'agit donc, d'un contrat qui en relation un capital financier et un capital physique.

L'investisseur assure les fonds nécessaires pour financer un projet. L'entrepreneur fournit les moyens de gestion pour le projet, sur la base d'une répartition préalablement établie des profits. L'investisseur s'abstient d'intervenir dans la gestion. Les pertes sont assumées en totalité par l'investisseur, alors que l'entrepreneur ne perd que la valeur de l'effort fourni à l'occasion de son travail.

A ce titre, La moudaraba est considéré comme un système de partage de profit dans lequel l'entrepreneur perd le temps qu'il a alloué, le travail qu'il a fourni, et l'effort qu'il a déployé. Dans ce cas, le moudarib ne peut prétendre à aucune rémunération en contrepartie de la gestion de l'entreprise. Le moudarib est, est responsable des pertes subies à cause de sa négligence intentionnelle.

La moudaraba peut être associé à un contrat de prêt avec une participation aux profits. La banque islamique assure le fonds de la moudaraba en tant que bailleur de fond et finance le projet de l'entrepreneur (moudarib) qui concourt par son expertise et son travail à l'investissement des capitaux disponibles. Les bénéfices sont répartis entre les deux parties selon un taux préfixé. Dans le cas de perte, le moudarib ne peut aspirer à aucune rémunération. La banque (ou le bailleur de fonds) assume seule la perte sauf en cas où le moudarib est tenu responsable des négligences ayant causées la faillite.

Ce type de contrat moudaraba, peut mettre en association plusieurs partenaires directs : banque et entrepreneur, et déposants, qui forment les principaux bailleurs de fonds. La

banque est autorisée à demander les dépôts du public via les comptes d'épargne, les comptes affectés et non affectés, etc. Les déposants sociétaires avec la banque repartiront avec elle les risques de la société selon le principe de « participation aux pertes et aux profits ».

Les banques font appel à beaucoup plus de prudence et de rigueur quant à la sélection des partenaires et dans l'étude des projets. En effet le risque encouru dans ce mode de financement est élevé. D'une part, le capital avancé est difficilement recouvrable, et d'autre part, les déposants n'ont pas suffisamment de garantie contre les risques.

Le financier reste toujours propriétaire du capital apporté qui peut être sous forme liquide ou même sous forme de biens meubles dont la valeur est préalablement fixée. Mais dans aucun, Le capital ne peut être une créance sur l'entrepreneur. Il est possible de le libérer d'une manière progressive en fonction des besoins que suscite le projet. Le banquier, a le droit d'assurer les fonds à deux entrepreneurs dans un seul contrat tout en précisant les modes de répartition en fonction de chaque projet.

Il est tout à fait légitime de prévoir des restrictions dans l'utilisation des capitaux avancés dans la limite où cette disposition n'engendrent pas des dysfonctionnements au niveau de l'avancement du projet. L'entrepreneur, peut faire appel à un sous-traitant sans pour autant utiliser le capital destiné exclusivement au projet.

Parmi les inconvénients de ce genre de financement, d'un côté la possibilité de retrait de l'un des partenaires, met les autres partenaires dans une situation difficile quant à la continuité du projet. D'un autre côté, le moudarib agit en son nom personnel, ce qui met l'association en difficulté en cas de décès de celui-ci. C'est pourquoi, il est recommandé de prévoir le remplacement du moudarib en cas d'indisponibilité, ce qui est plus commode lorsqu'il s'agit d'une société.

Sur le plan contractuel, une distinction doit être faite entre la moudaraba restrictive et la moudaraba absolue. Dans le premier modèle, le moudarib doit respecter limites exigées par le financier (échéance, nature et objet de l'investissement, des partenaires financiers et autres entrepreneurs, etc..). Il est recommandé, de prévoir les conditions qui

seront en mesure la sécurité et la réussite des opérations. Le moudarib doit respecter les conditions préfixées sous peine d'être tenu responsable des conséquences d'un non-respect des règles stipulées dans le contrat.

Dans le deuxième modèle le moudarib (entrepreneur) a un mandat ouvert à travers lequel, il est autorisé à accomplir toutes les dispositions que nécessite la moudaraba tout au long de l'exercice. Le moudarib, acquiert une grande confiance de la part du bailleur du capital. L'entrepreneur dispose de plein pouvoir de gestion de son projet et sa responsabilité en cas d'échec n'est engagée que pour le montant des fonds empruntés. Il est à noter que cette responsabilité n'est effective que si l'on prouve que la faillite a été provoquée suite à une négligence intentionnelle ou à une mauvaise gestion de la part du moudarib.

2.3. Les Sukuks

Les sukuks représentent l'instrument phare de la finance islamique. Leur vaste expansion est à l'origine du développement des marchés de capitaux islamique. Ils permettent une alternative conforme avec les valeurs

musulmanes aux obligations classiques. Ils offrent la possibilité de souscrire à des certificats d'investissement et de les échanger par la suite sur un marché secondaire. Des sukus font l'objet de cotation sur plusieurs Bourses au niveau internationale, à l'instar du NASDAQ Dubai et du London Stock Exchange. Nyse Euronext accepte ces titres sur un compartiment dédié.

Bien qu'ils soient considérés comme le nouveau-né de la finance islamique, les sukus sont devenus l'instrument moderne du monde de la finance.

En 1988, l'Organisation de la Coopération islamique a fixé les premières réglementations des sukus au niveau de quelques pays islamiques. L'AAOIFI, en 2003 élabore sa norme de conformité relative aux sukus. Dix ans après (2013), le Maroc se dote de sa première loi régissant spécialement cette catégorie de produits.

En effet, les techniques de financement par le biais des sukus, ont vu le jour avec la publication, en 2013 du bulletin officiel n°6184 publiant la loi 119-12 modifiant et complétant la loi n°33-06 relative à la

titrisation de créances et la loi n° 24601 relative aux opérations de pension. Selon cette loi les certificats de sukus sont des titres représentant un droit de jouissance sur des actifs éligibles.

Sur le plan juridique marocain, les certificats de Sukus ne sont pas cités expressément dans des textes qui leur sont propres ; ils sont régis par les dispositions de la loi relative à la titrisation des actifs. Dans une perspective consistant à faire de la finance participative une simple composante de l'écosystème de la finance, les autorités publiques ont veillé à ne pas lui dédier une législation spéciale. Ainsi, la loi bancaire sur la titrisation a été réajustée pour couvrir les Sukus.

La norme charia de L'AAOIFI, définit les sukus comme étant des certificats ayant la même valeur et représentant des parts indivises de propriété d'actifs réel, d'usufruits et de services, ou encore de propriété d'un projet particulier ou d'une activité d'investissement spécifique.

Les sukus sont qualifiés comme des obligations « Asset-Backed Securities »

islamiques ABS, en d'autres termes, des obligations non garanties adossées à des actifs réels et dont le rendement est fonction de la performance des actifs sous-jacents, et sans aucun rapport avec la situation financière de l'émetteur des sukuks. Ils peuvent représenter aussi des obligations Asset-based garanties qui ressemblent aux obligations conventionnelles et qui à l'inverse des précédentes, sont considéré comme des titres de créances ne donnant aucun droit de propriété sur les actifs. La situation financière de l'émetteur dans ce deuxième type, détermine le rendement des sukuks.

Les sukuks sont donc assimilés aux obligations conventionnelles, mais ne sont en aucun cas basés sur des émissions de dette. L'investisseur finance un actif tangible qui assurera un revenu fixe pendant une certaine échéance au cours de laquelle les droits et les risques de l'actif sous-jacent lui incombent.

Les sukuks sont donc des instruments financiers adossés à des actifs réels ou à leur usufruit, à échéance fixe, et qui procréent des flux financiers permettant la rémunération des porteurs de ces titres. L'émission de ces sukuks est en relation avec les opérations de titrisation. Chaque titre constitut une quote-

part indivise de propriété sur les actifs sous-jacents créateurs de flux financiers. Le titulaire du titre est par ipso facto soumis aux risques relatifs à ces actifs. En contrepartie, il perçoit une part des bénéfices liés au rendement de l'actif sous-jacent. La vente du sous-jacent ou son rachat offre à l'échéance la possibilité de rembourser les investisseurs.

Les sukucs souverains sont émis par les États, les sociétés ou de banques. Leur caractère spécial, offrant beaucoup plus de flexibilité et de diversité, fait de ces titres une source de financement attractive. Ils permettent aussi de mobiliser l'épargne à la recherche d'opportunités d'investissement à long terme.

Soucieux de respecter les principes chariatiques en matière de prohibition des taux d'intérêt, la rémunération ne prend jamais la forme d'un taux d'intérêt. L'actif réel sous-jacent doit être licite et conforme aux règles de la finance islamique. Bien que les investisseurs soient astreints de respecter ces limites, les types d'actifs pouvant faire l'objet de titrisation sont très diversifiés et

les éventualités de montage sont aussi nombreuses.

Le Sharia-Board de l'AAOIFI de l'AAOIFI, composé des experts de différents pays et de diverses écoles de droit musulman distinguent plusieurs formes de sukuks. Les normes de l'AAOIFI constituent une référence primordiale pour les institutions de finance islamique opérant en Afrique dans des pays où l'application du rite Malékite est prédominante. Aujourd'hui, la tendance internationale semble s'orienter vers la conformité aux standards de l'AAOIFI. Le rapport du CDVM cite entre autres les types de sukuks suivants :

Les Sukuks de Mousharaka (Participation au capital) qui sont des titres de participation aux des activités gérés selon les modalités du produit Mousharaka en signalant l'un des associés ou un tiers pour la gestion. Assimilé à une joint-venture, l'apport en capital est fixé selon des pourcentages définis au préalable. Les porteurs de sukuks sont les propriétaires des actifs de la société. Ils se répartissent les pertes et les profits de la société. Ainsi les profits sont repartis selon des ratios définis contractuellement. Ces

servent de base à la rémunération des porteurs des sukus.

Loin d'être considéré comme des flux d'intérêt, Les coupons ainsi distribués représentent un transfert de richesse vers les porteurs de sukus. Les sous-jacents sont choisis selon le degré de conformité aux grands principes de la Charia. Les actifs qui font l'objet de « titrisation » peuvent être constitués des flux de loyer, des rendements des contrats de crédit-bail...

L'une des caractéristiques majeures de sukus est que les flux issus des sous-jacents doivent être qualifiés d'un niveau relativement élevé de certitude. Ce constat permet de contrecarrer le contenu spéculatif ou incertain des sukus, mais ne réduit en rien le caractère de prise de risque qui est l'un des piliers essentiels des transactions en finance islamique. C'est dans ce sens qu'au niveau de la finance islamique une distinction est faite entre la notion de « risque » (un aléa probabiliste) et le concept « d'incertitude » (un aléa non probabilisable). Cette différence, est un fondement du principe d'interdiction du « Ghara » et du « Mayssir ».

Conclusion

Le nombre de produits financiers islamiques est très varié. Plusieurs types de produits financiers islamiques répondent aux mêmes besoins que les instruments financiers traditionnels, mais ils s'appuient sur des mécanismes financiers propres à la finance islamique. L'essentiel des instruments financiers islamiques est conçu sous forme de combinaisons de ces mécanismes.

Dans le mode de financement islamique, on distingue deux grandes familles appartenant aux deux principaux modes de financement en finance conventionnelle : le financement en fonds propres et la dette ou autrement dit des financements basés sur le partage des risques et le transfert d'actifs. L'importance de ces deux catégories d'instruments financiers est également proche de la répartition que l'on peut observer dans un système financier conventionnel.

Références :

-
1. Aldo lévy, FINANCE ISLAMIQUE, Opérations financières autorisées et prohibées Vers une finance humaniste, Editions la croisée des Chemins, 2015

2. Ali Benghazi akhlaki, FINANCE ISLAMIQUE, prestige diffusion, 2015
3. Baber Johansen, LE CONTRAT SALAM, Cairn.info, Éditions de l'EHESS
4. Centre du commerce international, Le système bancaire islamique : Guide à l'intention des petites et moyennes entreprises, <http://www.intracen.org>, Genève, 2009
5. Centre du commerce international, le système bancaire islamique, No. de vente des Nations Unies F.09.III.T.10, 2009
6. Clauses 3.3 et 3.6 des normes de conformité numéro 9 de l'AAOIFI
7. Conseil déontologique des valeurs mobilière Sukuk, Quel potentiel de développement au Maroc ?
8. Elmehdi, MAJIDI. La finance islamique et la croissance économique : Quelles interactions dans les pays de MENA ? Thèse. Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2016
9. François, Guéranger. Finance Islamique une illustration de la finance éthique, 2009. Dunod

10. Geneviève Causse-Broquet, La finance islamique, Éditions d'Organisation, Paris, 2012
11. Kaouther Jouaber-Snoussi, La finance islamique, La Découverte, 2012
12. Les normes de conformité de l'AAOIFI de la finance islamique traduites en coordination avec Paris EUROPLACE, volume 1, édition ESKA, 2013
13. Malek Abou Hamdan, Produits Dérivés, Risques de Marché et « Gharar » : recherche d'une alternative islamique, thèse de doctorat 2013, université panthéon Assas
14. Malika KETTANI, la banque Islamique une banque Originale, imprimerie Najah Eljadida, Casablanca
15. Michel Ruimy, LA FINANCE ISLAMIQUE, Editions SEFI, 2008
16. Rakib Mia, Abu Hasnat, Wahida Mahjabeen, Mudharabah and Musharakah from the accounting perspective by referring to AAOIFI, IFRS and MFRS, *OSR-JBM* , Volume 18 , 2016
17. Yahya zahiri, La Finance Islamique Banque Islamique, ISBN DL 2014/100711,2014,
18. Zakaria Méliani, La finance islamique et l'immobilier, Impr Info print, 2014

IEEESEM