

Banques islamiques : l'offre *Al Istisna'a*



La banque islamique n'est pas un phénomène négligeable ou simplement temporaire. Elle est là pour durer, continuer à croître et se développer. Même si l'on ne souscrit pas à l'injonction islamique contre l'institution de l'intérêt, on peut trouver dans la banque islamique des idées novatrices qui pourraient ajouter plus de variétés au réseau financier existant¹.

La banque islamique a été définie de plusieurs manières versant toutes dans la condition de conformité aux préceptes de la *Sharia'a*. Selon le Secrétariat général de l'OCI (Organisation de la Coopération Islamique), la banque islamique est une institution financière dont le statut, les règles et les procédures énoncent expressément son engagement en faveur des principes de la *Sharia'a*. L'*Institute of Islamic Banking and Insurance* (IIBI), quant à lui, retient

à ce propos, que la banque islamique fait référence à un système ou activités bancaires, conformes aux principes de la *Sharia'a* et leur application pratique à travers le développement de l'économie islamique.

Au Maroc, même si la formule de la finance islamique a officiellement commencé en 2007, l'activité des banques islamiques n'a été véritablement réglementée qu'avec la loi bancaire n° 103-12 de 2014 autorisant la création d'établissements bancaires participatifs². Il faut distinguer dans les produits bancaires islamiques, les produits participatifs, c'est-à-dire ceux qui sont utilisés avec prise de participation et partage des profits et qui sont essentiellement composés des contrats : *Moucharaka* et *Moudaraba*, des produits non-participatifs, autrement dit sans prise de participation, représentés principalement par

¹ Zeinab Mohamed El-Gawady, « Possibility of cooperation between Islamic Banks and conventional Banks » *Misr University for Science and Technology*, Giza Egypt, Rep, 2008.

² Il faut attendre juin 2016 pour que BAM reçoive les premières demandes d'agrément de banques

participative (Islamiques) et émette ses premières circulaires exhaustives sur la question et août 2016 pour la promulgation de la loi n° 59-13 sur l'assurance Takaful et l'octroi des premiers agréments aux banques islamiques en janvier 2017.

les contrats de *Mourabaha*, d'*Ijara*, de *Selem* et d'*Istisna'a*.

Nous nous concentrons dans cette brève étude sur le contrat *Istisna'a* qui présente à nos yeux un montage juridico-financier original pouvant constituer une option gagnante pour les clients épousant les principes de la banque islamique pour le financement soit de leur biens d'équipement soit de leur activité professionnelle.

Le contrat *Al-Istisnaa* est un contrat *sui-generis*, innommé, c'est une opération d'échange avec livraison différée, appliqué spécifiquement à des articles sur commande. Ce contrat prend la forme d'une commande faite par un acheteur à un fabricant qui utilise son propre matériel pour produire un actif spécifique.

L'objet du contrat d'*Al Istisnaa* (qui peut être un produit ou un projet), est toujours quelque chose qui doit être fabriqué ou construit. Le prix d'achat doit être fixé avec le consentement des deux parties. Il ne doit pas être nécessairement payé en totalité à l'avance, mais peut être payé par versements au cours de la période de construction(fabrication) ou reporté jusqu'à achèvement de la construction/fabrication.

I- Définition et distinctions

Al Istisnaa se définit comme étant l'opération par laquelle, le donneur d'ordre (*Al-Moustasni'i*) commande au fournisseur (*Assani'i*) de lui fabriquer une marchandise ou construire un ouvrage dont les caractéristiques sont prescrites dans le contrat moyennant une rémunération payable d'avance, de manière fractionnée ou à terme. Ils se mettent d'accord sur le délai de livraison, le prix et la date de paiement. L'engagement des deux parties est

irrévocable, même si le paiement peut être différé.

Des auteurs³ définissent l'opération d'*Al Istisnaa* comme étant : « un contrat financier qui permet à un acheteur de se procurer des biens qu'il se fait livrer à terme. Le prix est convenu à l'avance, mais payé graduellement tout au long de la fabrication du bien ».

Il en découle qu'*Al Istisnaa* ressemble grandement au *Selem* à la différence qu'il est généralement initié par un acheteur qui désire un bien avec des spécifications précises, alors que le *Selem* est initié par le vendeur. De même, l'opération *Al Istisnaa* concerne généralement des biens manufacturés, alors que le *Selem* est réservé à des biens marchands, librement disponibles sur le marché.

Conformément aux normes de l'AAOIFI⁴, une institution financière peut conclure un contrat avec un fabricant pour avoir des produits dont les caractéristiques sont bien déterminées et dont le prix doit être payé au comptant lors de la signature du contrat pour fournir les liquidités nécessaires au fabricant. Elle peut même vendre à une troisième partie, à travers un contrat *Al Istisna'a* parallèle, les biens produits en s'engageant sur un délai postérieur à celui du premier contrat, sans qu'il y ait aucun lien entre les deux contrats.

En termes de potentialités d'utilisation de la formule *Al Istisnaa* on peut penser au :

- financement de projets immobiliers, hôpitaux, écoles et universités, etc.
- développement de zones résidentielles ou commerciales
- financement des industries de haute technologie comme l'industrie aéronautique, maritime, etc.

³ E.Jouini et O.Pastré, Enjeux et opportunités du développement de la finance Islamique pour la place de Paris, Paris Europlace, 9 décembre 2008, p.35.

⁴ Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions

Dans le cadre d'un contrat *Al Istisna'a*, le paiement se fait en fonction de l'accord des parties sur ses modalités, alors que dans le contrat *Selem*, il se fait à la signature du contrat. Dans le cas d'*Al Istisna'a*, le paiement se fait habituellement au fur et à mesure de l'avancement des travaux, alors que dans un *Selem*, le règlement se fait dès la conclusion du contrat.

Les parties au contrat *Al Istisna'a* sont : le fabricant ou le vendeur, l'acheteur ou le client de la banque Islamique, la banque qui place la commande de fabrication et finance son acquisition.

Le rôle de la banque islamique dans cette formule consiste dans le financement du coût de production que le bénéficiaire s'engage à payer en différé. Dans ce premier contrat, c'est la banque qui s'engage à livrer la marchandise à la date convenue. La somme convenue est versée au fournisseur en contrepartie de la fabrication du bien. Cette deuxième transaction fait l'objet d'un contrat *Al Istisna'a* entre la banque et le fournisseur.

Il s'agit, en effet, d'une variante qui s'apparente au contrat *Selem* à cette différence près que l'objet de la transaction porte sur la livraison, non pas de marchandises achetées en l'état, mais de produits ayant subi un processus de transformation. En effet, l'opération *Al Istisna'a* se distingue également par rapport au contrat *Selem* en ce qui concerne l'objet du financement, le premier peut porter sur les biens mobiliers et immobiliers qui subissent un processus de transformation alors que le deuxième ne concerne que les denrées ou d'autres objets mobiliers.

Al Istisna'a fournit un financement à moyen-long terme pour couvrir les besoins de financement pour la fabrication, la construction ou la fourniture de produits finis. Le contrat *Al Istisna'a* est particulièrement approprié pour le financement des équipements, des bâtiments

ou des projets qui nécessitent la construction, la fabrication, l'installation ou des opérations d'assemblage industriel.

A la différence des produits *Ijara* et *Mourabaha*, le produit *Al Istisna'a* porte sur des biens qui n'existent pas au moment de la conclusion de la transaction.

II- *Al Istisna'a* en droit marocain :

Avant 2014, l'opération *Al Istisna'a* qui pouvait s'apparenter à l'opération *Selem* - avec quelques différences- était régie uniquement par les dispositions des articles 613 et suivants du D.O.C. Cet article dispose que :

« Le *selem* est un contrat par lequel l'une des parties avance une somme déterminée en numéraire à l'autre partie, qui s'engage de son côté à livrer une quantité déterminée de denrées ou d'autres objets mobiliers dans un délai convenu. Il ne peut être prouvé que par écrit. », il en découle que les conditions de fond de ce contrat sont : l'écrit obligatoire, le paiement du prix, le délai de livraison.

Et la législation bancaire marocaine, ne régissait pas *Al Istisna'a* à proprement parler, et il n'avait pas son équivalent non plus, car à la différence d'une opération de crédit classique, le contrat d'*Al Istisna'a* met à la disposition d'une personne non pas des fonds mais le bien à financer et dont la fabrication et la délivrance sont prévues dans un certain délai. Il ne rentre ni dans le cadre des activités bancaires conventionnelles ni dans les activités bancaires connexes. Toutefois, *Al Istisna'a* pouvait être commercialisé par les banques conventionnelles ou à travers des filiales spécialisées à l'instar de l'opération *Mourabaha* : les établissements de crédit pouvaient financer le coût de production d'une marchandise en faveur de sa clientèle et ce, en payant le fournisseur pour la fabrication d'un bien qui sera livré ultérieurement en

contrepartie du paiement différé du prix par le client.

Désormais, la loi bancaire définit *Al Istisna'a* dans son article 58 (f) ainsi :

« *Tout contrat d'acquisition de choses nécessitant une fabrication ou une transformation en vertu duquel l'une des deux parties, banque participative ou client, s'engage à livrer la chose avec les caractéristiques définies et convenues, fabriquée ou transformée, à partir des matières dont il est propriétaire, en contrepartie d'un prix fixe dont le paiement s'effectue par l'autre partie (moustasni'i) selon les modalités convenues.* »

Cependant, Les caractéristiques techniques du produit participatif *Al Istisna'a* ainsi que les modalités de sa présentation à la clientèle sont fixées par une circulaire du wali de Bank Al-Maghrib⁵ approuvée par le comité des établissements de crédit et ayant obtenu l'avis conforme du Conseil supérieur des Ouléma conformément aux dispositions de l'article 62 de la loi bancaire.

Il ressort de cette circulaire que le produit *Al Istisna'a* étant considéré comme un contrat de vente conforme aux règles de la *Sharia'a*, dont la chose à fabriquer ou à construire objet de cette vente peut être soit mobilière ou immobilière à condition d'en porter une description exacte dans les stipulations contractuelles. Cette description se fait notamment sur la nature de la chose, son genre, sa quantité, sa qualité et toute autre mention nécessaire à sa détermination. Ainsi, la circulaire précise que le prix dans un contrat *Al Istisna'a* doit être fixe et connu auprès des parties et son paiement est fait en totalité ou de manière échelonnée jusqu'à la livraison de la

chose ou même après, en fonction de ce qui a été convenu entre les parties.

La circulaire prévoit également des règles applicables en cas de manquement par *Assani'i* à son obligation de livraison de la chose et notamment le droit de *Al Moustasni'i* de se faire rembourser les sommes versées et son dédommagement du préjudice subi suite à ce manquement. Dans ce cadre, les parties peuvent convenir mutuellement de garanties pouvant être fournies de part et d'autre pour garantir le respect de leurs droits respectifs.

La circulaire est venue préciser que lorsque *Al Moustasni'i* n'honore pas son engagement de paiement du prix, celui-ci sera astreint du paiement forcé d'une partie ou de la totalité des sommes restant dues, ainsi qu'au paiement de tout dédommagement du préjudice subi par *Assani'i*.

De plus, la circulaire met en avant la règle selon laquelle il serait permis de stipuler dans le contrat *Istisna'a* qu'*Al Moustasni'i* supporte les coûts supplémentaires qui peuvent découler de la promulgation des lois ou règlements qui élèvent considérablement le coût de la fabrication ou la construction du produit. Il peut même être stipulé le bénéfice de toute baisse des coûts intervenue en pareil cas.

Il faut noter que le contrat *Al Istisna'a* conclu entre l'établissement de crédit et le client d'une part et le contrat *Al Istisna'a* conclu en parallèle entre l'établissement et la partie tierce sur le produit à fabriquer ou à construire d'autre part sont deux documents distincts.

⁵ Circulaire Du Wali de Bank Al-Maghrib N°1/W/17, 2017

III- Conditions de validité du contrat d'Al Istisnaa

Ce type de contrat doit comprendre les clauses de base suivantes :

- Les droits et obligations des parties contractantes, de manière à justifier que l'opération est une opération *Al Istisna'a*.
- Une description claire du produit objet du « contrat d'*Al Istisna'a* » (nature, genre, caractéristiques, quantité, etc.)
- Le prix du produit et ses modalités de paiement, ainsi que l'ensemble des dépenses, coûts, taxes et impôts à payer par « l'acheter ».
- Les garanties fournies par « le fabricant ».
- La date et les modalités de livraison à la date prévue.

- La possibilité pour le « fabricant » de substituer au produit objet du contrat un paiement équivalent.

Par ailleurs, les normes de l'AOIFI interdisent certaines pratiques dans le cadre de ce produit notamment :

- la compensation entre les dettes du « fabricant » ou d'un tiers envers la « banque et le client » ;
- il est interdit à la banque islamique de conclure, à son propre compte, « un contrat d'*Al Istisna'a* » avec une firme dont elle possède le tiers ou une part plus importante, que ce soit directement ou indirectement ;
- il est interdit à la banque islamique de conclure avec le même « fabricant » un contrat de Mourabaha concernant le produit objet du contrat *Al Istisna'a*.



Abdelatif Laamrani

Avocat aux Barreaux de Casablanca,
de Paris et de Montréal
Docteur en droit



Imane Loudini

Avocate au Barreau de Casablanca
Master en Droit des affaires
Bachelor's en Etudes Islamiques

Casablanca | 6, Bd Houphouët Boigny, 5ème étage, Bureau 6, Casablanca, Maroc

Paris | 11, Boulevard de Sébastopol, 75001, Paris, France

Montréal | 4550 Avenue de Lorimier, Montréal, (Québec), H2H 2B5, Canada

Tél : 212-661-06-66-90 - Tel : 212-522-448-273

e-mail : al@laamrani-law.com | Site Web du Cabinet : www.laamrani-law.com