

Revue

DE DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES

INTERNATIONAL BUSINESS LAW

Journal

Rédacteur en chef : HENRY LESGUILLONS

FEC

Forum Européen de la Communication

1999

n° 6

LE PROJET ILMENITE A FORT-DAUPHIN,
MADAGASCAR
RECHERCHE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE
À LONG TERME POUR LES GRANDS PROJETS
D'INFRASTRUCTURE EN FINANCEMENT PRIVÉ EN AFRIQUE

THE ILMENITE PROJECT IN FORT-DAUPHIN, MADAGASCAR
SEARCHING FOR LONG-TERM LEGAL CERTAINTY
FOR PRIVATELY FINANCED LARGE INFRASTRUCTURE PROJECTS IN AFRICA

Marc FRILET*

Les grands projets d'infrastructure lourds, comportant des équipements privés et publics, et financés par des capitaux privés ont été plutôt rares en Afrique dans la période récente. Les réticences invoquées par les investisseurs et promoteurs privés pour des projets prévoyant un retour sur investissement sur le très long terme (15 ans et plus) sont connues : le niveau des risques de différentes natures, politiques, fiscaux, financiers et l'incertitude réglementaire sont en général plus élevés en Afrique que dans beaucoup d'autres régions du monde où des projets similaires sont également possibles. Dès lors, les promoteurs et institutions financières se découragent le plus souvent dès l'étude de pré-faisabilité.

Toutefois, l'évolution des risques dans d'autres zones géographiques, les ressources propres au continent africain dans divers secteurs, en particulier dans le secteur minier, la concurrence internationale et une nouvelle attitude des gouvernements les plus progressistes, ont amené certains grands opérateurs internationaux à reconsidérer la question,

Large projects with heavy infrastructures, including private and public facilities, and financed by private capital have been rather rare in Africa in recent years. The resistance invoked by private investors and promoters to projects providing for a very long-term return on investment (15 years or more) is well-known: the level of various political, fiscal and financial risks and regulatory uncertainties are in general greater in Africa than in many other regions of the world where similar projects are also possible. Promoters and financial institutions are therefore often discouraged, most often even at the outset of the pre-feasibility study.

However, the evolution of risks in other geographic areas, the resources in various sectors specific to the African continent, in particular in the mining sector, international competition and a new attitude by the more progressive governments, have led certain large international operators to reconsider the question, to

* Avocat, Frilet & Associés, Paris.

analyze the risks more closely and to explore to what extent it may be possible to limit such risks in order to realize such projects.

Having already borne fruit, this tendency deserves to be further examined, in particular, when the projects concerned involve investing hundreds, even billions of francs, in public and private infrastructures with the only hope of profit being the revenue generated by the operation of such infrastructures over decades. In fact, if such projects are developed, it is very likely that numerous other projects representing a lesser risk and of lesser size, for which investors are very hesitant, may also be developed.

The list of guarantees to be obtained by the private promoter of large projects in order that its shareholders and the financial institutions may consider the project as "financable" is particularly long: it includes, of course, various fundamental guarantees in matters of non-expropriation, peaceful enjoyment of the investments, non-discrimination, freedom to come and go, but it also extends to guarantees in matters of stability of regulations and more particularly fiscal regulations, not to mention financial guarantees in matters of free transfer and keeping of accounts abroad, and protection from inflation and devaluation: finally, it necessarily includes efficient mechanisms for prevention and resolution of disputes together with indemnification methods that are simple to implement.

Many people are pessimistic as to the possibility of offering sufficiently appropriate responses to all such questions (and to many others) in one project. A representative of Société Financière Internationale emphasized these obstacles during a recent project financing conference in Washington. He mentioned, in particular, the significance of the tax risks, the existence of uncertain legal and court systems, financing which it is difficult to secure by means of appropriate collateral guarantees, the instability of rules and procedures, and so forth.

In such a context, it is particularly interesting to analyze the few large projects which have been completed or are about to be completed and for which the promoters have dispensed enormous treasures of intelligence to give their project the benefit of a legal infrastructure as certain as possible over the long term.

à approfondir l'analyse des risques et à rechercher dans quelle mesure il était possible de les limiter pour permettre la réalisation des projets.

Cette tendance qui a déjà porté ses fruits mérite d'être examinée, en particulier lorsqu'il s'agit de projets qui consistent à investir des centaines, voire des milliards de Francs, en infrastructures publiques et privées avec pour seul espoir de profit le revenu généré par l'exploitation de ces infrastructures sur des dizaines d'années. En effet, si de tels projets peuvent voir le jour, il y a fort à parier alors que de nombreux autres projets moins risqués et moins importants pour lesquels les investisseurs sont très hésitants, puissent également se développer.

La liste des garanties que le Promoteur privé de grands projets devra obtenir pour que ses actionnaires et les institutions financières considèrent le projet « financable » est particulièrement longue : elle comprend bien entendu diverses garanties fondamentales en matière de non-expropriation, de jouissance paisible des investissements, de non-discrimination, de liberté d'aller et venir, mais elle s'étend également aux garanties en matière de stabilité de la réglementation et, plus particulièrement, de la réglementation fiscale, sans oublier un ensemble de garanties financières en matière de libre transfert et tenue de comptes à l'étranger, voire de protection contre l'inflation et la dévaluation : enfin, elle inclut nécessairement des mécanismes efficaces en matière de prévention puis de résolution des litiges assortis de méthodes d'indemnisation simples à mettre en œuvre.

Beaucoup sont pessimistes sur la possibilité d'apporter des réponses suffisamment adaptées à toutes ces questions (et bien d'autres) pour un même projet. Un représentant de la Société Financière Internationale a souligné ces obstacles lors d'une récente conférence à Washington sur les financements de projets. Il évoquait en particulier l'importance des risques fiscaux, l'existence de systèmes juridiques et judiciaires aléatoires, le financement difficile à sécuriser au moyen de garanties collatérales appropriées, l'instabilité des règlements et procédures, etc.

Dans un tel contexte, il est particulièrement intéressant d'analyser les quelques grands Projets qui ont abouti ou sont en passe d'aboutir et pour lesquels les promoteurs ont dépensé des trésors d'intelligence pour faire en sorte que leur projet puisse bénéficier d'une « Legal Infrastructure » aussi sécurisante que possible sur le long terme.

Selon les pays, les projets et les conditions de négociation avec les autorités locales, différentes approches ont été envisagées, étant précisé que dans la plupart des cas le résultat final représente une synthèse de plusieurs méthodes de « sécurisation ».

Ainsi, le projet JORF LASFAR au Maroc qui porte sur la construction et l'exploitation d'une centrale électrique au charbon en financement de projet et qui fournira à terme près de 40 % de l'électricité du pays, est basée sur une approche principalement contractuelle dans laquelle promoteurs et prêteurs se sont livrés à des analyses et montages juridiques très sophistiqués pour aboutir à des solutions souvent originales leur permettant principalement, dans le cadre de la réglementation existante, d'obtenir les meilleures garanties possibles.

Dans un autre contexte, le projet GOLDEN PRIDE en Tanzanie, qui est un projet de mine d'or et qui a été négocié sur le modèle d'un projet similaire au Ghana, est considéré par certains comme « le projet minier de l'année ». Ce projet est cité en exemple comme le fruit d'une réflexion particulièrement approfondie du Promoteur et du gouvernement tanzanien pour analyser ensemble le cadre nécessaire pour permettre le développement de projets à long terme sur financement privé. Certains considèrent que si ce « deal of the year » a été possible, c'est parce que le droit tanzanien est basé sur le droit anglais permettant une plus large contractualisation et un ordre public moins lourd que celui des pays de tradition civiliste (ce qui pour nous est une opinion hautement critiquable) : il est exact en revanche que le Code minier tanzanien comporte déjà un certain nombre de garanties favorables aux investisseurs. Toutefois, ce qui nous paraît essentiel est que le gouvernement tanzanien n'a pas hésité, pour permettre au projet de voir le jour, à accorder aux promoteurs un ensemble de garanties additionnelles à celles prévues par la réglementation locale sur des points aussi importants que la propriété des actifs, et les garanties collatérales qui s'y rapportent, la convertibilité de la monnaie, sans oublier bien entendu un cadre fiscal modifié et attractif.

Pour rester dans cette région d'Afrique, le projet minier ILMENITE de Fort-Dauphin à Madagascar, actuellement en phase de développement et auquel est consacré la présente étude, est intéressant à de multiples égards. Il s'agit en effet d'un projet entrepris dans un pays de tradition civiliste qui représente un investissement de près de trois milliards de Francs en montant cumulé des infrastructures

Depending on the countries, the projects and the negotiating conditions with local authorities, various approaches have been considered, it being said that in most cases, the final result represents a synthesis of several methods of "securization".

Thus the JORF LASFAR project in Morocco which was the construction and operation of a coal electrical power station by project financing and which would in time supply almost 40% of the country's electrical needs, is based principally on a contractual approach in which promoters and lenders carried out analyses and considered very sophisticated legal structures to arrive at often original solutions that enabled them principally, in the context of existing legislation, to obtain the best possible guarantees.

In another context, the GOLDEN PRIDE project in Tanzania, a gold mine project that was negotiated on the basis of a similar project in Ghana, is considered by some as "the mining project of the year". This project is cited as an example of the fruit of a particularly in-depth consideration by the promoter and the Tanzanian government for a joint analysis of the necessary process of reflection to permit the development of long-term projects by private financing. Some consider that if this "deal of the year" was possible, it is because Tanzanian law is based on English law, which provides for a greater use of contract law and a public law which is less unwieldy than that of countries with a civil law tradition (which opinion is, in our view, highly subject to criticism): on the other hand, it is true that the Tanzanian Mining Code already includes a certain number of guarantees that are favorable to investors. However, what appears essential to us is that in order to give birth to the project, the Tanzanian government did not hesitate to grant to the promoters a number of guarantees in addition to those provided by local legislation with respect to points as important as the ownership of assets, and the corresponding collateral guarantees, the convertibility of the currency, not to mention, of course, a modified and attractive tax regime.

Remaining in Africa, the ILMENITE mining project in Fort-Dauphin, Madagascar, which is currently in the development phase and to which this article is devoted, is interesting in many respects. Indeed, it is a project undertaken in a country having a civil law tradition, which represents an investment, including the amounts invested in the public and mining infrastruc-

ture, of almost three billion Francs. Here again, it is a constructive approach as much to the credit of the Promoter as to the Malagasy authorities (ministries, State and national assembly) supported by the World Bank which after long negotiations, permitted the implementation of a regulatory context adapted to the development of a project which was very "structuring" for an entire region and which would develop over more than fifty years.

The approach which was adopted by the Promoter, the Canadian company, Q.I.T., part of the Rio Tinto group, was a rather original and transparent approach which consisted in requesting right from the start to take advantage of an Establishment Agreement specifying the outline of a group of specific obligations and rights both for the project promoters and for the State when the local regulations appeared too uncertain or unsuited. Once defined, this Agreement was submitted to the vote of the Malagasy National Assembly as per the applicable process for any bill: the law was voted early in 1998 and the entire Agreement is henceforth a public document.

The method thus implemented in Madagascar enters into the line of Establishment Agreements provided under various Investment or Mining Codes in Africa, the genesis of which goes back to the first large private investment project in the African mining sector (the FRIA aluminum project in Guinea). The FRIA Establishment Agreement signed in 1957, prior to the independence of Guinea, and which is still in force, inspired certain articles of the Ilménite Fort Dauphin Project Agreement. The remainder of this article will be devoted to this project.

PRESENTATION OF THE PROJECT AND THE ESTABLISHMENT AGREEMENT

In order to better grasp the stakes involved, several details must be given concerning the project itself: the latter consists in the operation of a mineralized sand deposit in Southeast Madagascar the potential of which has been known since 1950. At the end of the evaluation of the deposit in the context of the research permit which it had been granted, the Promoter realized that the completion of such a project would require the construction of public infrastructures (port, roads, electrical power station, etc..) which the Malagasy State could not do. As the operation of the deposit was likely to continue over some

publiques et minières. Ici encore, c'est une approche constructive à mettre tant au crédit du Promoteur que des autorités malgaches (ministères, gouvernement et assemblée nationale) épaulées par la Banque Mondiale qui a permis, après de longues négociations, la mise en place d'un cadre réglementaire adapté pour le développement d'un projet très « structurant » pour toute une région et qui se développera sur plus de cinquante ans.

L'approche qui a été adoptée par le Promoteur, la Société canadienne Q.I.T. appartenant au groupe Rio Tinto, a été une approche assez originale et transparente consistant à demander d'entrée de jeu le bénéfice d'une Convention d'établissement précisant le contour d'un ensemble d'obligations et de droits spécifiques tant pour les promoteurs du projet que pour l'État lorsque la réglementation locale paraissait trop incertaine ou inadaptée. Cette Convention, une fois mise au point, a été soumise au vote de l'Assemblée Nationale malgache en respectant le processus applicable à tout projet de loi : cette loi a été votée au début de l'année 1998 et l'ensemble de la Convention est donc désormais un document public.

La méthode ainsi mise en œuvre à Madagascar s'inscrit dans la lignée des Conventions d'établissement prévues par divers Codes des investissements ou minières africains et dont la genèse remonte au premier grand projet d'investissement privé dans le secteur minier africain (le projet d'aluminium FRIA en Guinée). La Convention d'établissement de FRIA, conclue en 1957 avant l'indépendance de la Guinée et qui est toujours applicable, a inspiré certains articles de la Convention du Projet Ilménite Fort Dauphin. Le reste du présent article sera consacré à ce Projet.

PRÉSENTATION DU PROJET ET DE LA CONVENTION D'ÉTABLISSEMENT

Afin de mieux cerner les enjeux, il est nécessaire de donner quelques précisions sur le projet lui-même : ce dernier consiste à exploiter les gisements de sable minéralisé du sud-est de Madagascar dont le potentiel était connu depuis 1950. A l'issue de l'évaluation du gisement dans le cadre des permis de recherche qui lui avait été attribués, le Promoteur s'est rendu compte que la réalisation d'un tel projet nécessitait la réalisation d'infrastructures publiques (port, routes, centrale électrique, etc.) que l'État malgache ne pouvait réaliser. L'exploitation du gisement étant suscep-

tible de s'étendre sur une cinquantaine d'années, il est apparu que compte tenu des investissements privés et publics à réaliser, les modèles financiers ne permettaient pas d'obtenir une rentabilité suffisante des capitaux investis dans un cadre de financement de projet si le régime fiscal de droit commun n'était pas adapté et modifié sur certains points.

Enfin, il était clair que le projet ne pouvait pas être viable si un certain nombre de risques qui n'étaient pas suffisamment pris en compte dans la réglementation existante pour des investissements d'une importance aussi exceptionnelle, n'étaient pas mieux identifiés et, dans certains cas, mieux limités et répartis.

L'exposé des motifs de la Convention d'établissement est révélateur de l'état d'esprit qui a présidé à sa négociation puisqu'il précise que :

«La Convention d'établissement a pour objet de fixer, pour toute la durée du projet, estimée à au moins quarante ans et de fixer à vingt cinq ans, dans le cas du régime fiscal et douanier, les engagements et les obligations des deux partenaires. Il s'agit moins de déroger au droit commun que de stabiliser celui-ci pour une longue période, ce qui explique que la Convention doit être ratifiée par une loi».

L'exposé des motifs poursuit :

«Cette procédure est nécessaire lorsque les projets présentent une importance exceptionnelle pour l'économie nationale en raison du niveau des investissements qu'il suppose, du volume de leur production et de leurs exportations (et donc de leur impact sur les recettes en devises) mais aussi de leur impact sur les finances publiques».

Il est à noter que pour la réalisation du projet, les Parties ont décidé que le Promoteur constitue une Société de droit malgache (QMM S.A.) dans laquelle l'OMNIS, organisme public de droit malgache, possède d'entrée de jeu vingt pour cent. De ce fait, l'État malgache est non seulement partenaire dans le cadre de la Convention d'établissement, mais il a vocation de participer également directement au résultat du projet en étant à même de contrôler de l'intérieur le fonctionnement de la Société.

L'exposé des motifs poursuit :

«L'intérêt du projet pour Madagascar étant établi, il convient de fixer dans un document contractuel, la Convention d'établissement, les conditions qui permet-

fifty years, it appeared that given the public and private investments to be carried out, the financial model would not provide sufficient return on the invested capital invested in a project financing context if the normal tax system was not adapted and modified with respect to certain points.

Finally, it was clear that the project could only be viable if a certain number of risks which were not sufficiently covered by existing legislation on an investment of such an exceptional size, were not better identified and in certain cases better limited and distributed.

The preamble of the Establishment Agreement is revelatory of the state of mind that governed its negotiation, because it specifies that:

"The purpose of the Establishment Agreement is to determine, for the duration of the project, estimated to be at least forty years and for twenty years in the context of the tax and customs system, the undertakings and obligations of the two partners. It is less a waiver of normally applicable law than a stabilization of such law for a long period, which explains why it must be ratified by law".

The preamble continues:

"This procedure is necessary when projects are exceptionally important for the nation's economy by reason of the level of investment involved, the volume of production and exports (and thus their impact on foreign currency revenues), but also their impact on public finances".

It should be noted that for the realization of the project, the Parties decided that the Promoter would form a Malagasy law company (QMM S.A.) in which OMNIS, a Malagasy law public organization, would hold twenty percent from the start. In this manner, the Malagasy State is not only a partner in the context of the Establishment Agreement, but is called to participate directly in the project results while it could oversee the Company's operations from the inside.

The preamble further states:

"Madagascar's interest in the project being thus established, it is suitable that a contractual document, the Establishment Agreement, define the

conditions that shall properly permit the protection of the State and the Nation's interest, but also those of the industrial partner, while offering satisfaction to the financial backers. This document must also list clearly the procedure to be followed to preserve the environment and respond precisely to the concerns expressed as to the project's impact on a fragile natural environment".

On the last question, the preamble recalls that it is only after an extremely detailed environmental review process, and after approval by the government of the environmental management plan for the project, that the final decision to invest could be taken.

The preamble finally specifies that the Agreement also develops the conditions that will permit the integration of the project in the local and regional socio-economic network, notably with respect to tourism. A necessary mastery of the migration and urbanization phenomena is noted in order to avoid destabilizing a fragile social and environmental situation and to permit an integrated development.

The negotiation of the Establishment Agreement took place in several phases:

A first phase of consideration and discussion was necessary during which the parties from very different economic and legal cultures learned to acknowledge and respect each other: it provided the opportunity to express various points of view very freely and to establish a preliminary outline document that proved to be very useful in measuring the work remaining to be done.

The second phase of negotiations that resulted in the document ratified by the National Assembly and which lasted almost three years took place according to a program of very systematic meetings (every 1 or 2 months) lasting generally one week and during which the very basis of each draft Article in the outline document was dissected in the most extreme detail and all imaginable questions were very freely raised: also examined was the necessity of the Article in question, its content and its practical terms and conditions of application under multiple hypotheses, at various times during the realization of the project.

On these occasions, legal research often vary in-depth in Malagasy private and administrative law and in international law was carried out and made

tront justement de préserver les intérêts de l'État et de la Nation, mais également ceux du partenaire industriel tout en donnant satisfaction aux bailleurs de fonds. Ce document doit également énumérer de façon précise la procédure à suivre pour préserver l'environnement et répondre précisément à l'inquiétude exposée sur l'impact du projet sur un milieu naturel sensible ».

Sur cette dernière question, l'exposé des motifs rappelle que ce n'est qu'après un processus extrêmement détaillé de revue environnementale, et après approbation par le gouvernement du plan de gestion environnemental du projet, que la décision d'investissement définitive pourra être prise.

L'exposé des motifs précise enfin que la Convention développe également les conditions permettant l'intégration du projet dans le tissu socio-économique local et régional, notamment en matière touristique. Il est fait état d'une nécessaire maîtrise des phénomènes de migration et d'urbanisation afin de ne pas déstabiliser un milieu social et environnemental fragile et permettre un développement intégré.

La négociation de la Convention d'établissement s'est réalisée en plusieurs phases :

Une première phase de réflexion et de discussion a été nécessaire au cours de laquelle les parties de cultures économico-juridiques très différentes ont appris à se connaître et se respecter : elle a donné l'occasion d'exprimer très librement les différents points de vue et d'établir un document cadre préliminaire qui s'est révélé fort utile pour calibrer le travail restant à faire.

La deuxième phase de négociation qui a abouti au document ratifié par l'Assemblée Nationale et qui a duré près de trois ans s'est déroulée selon un programme de rencontres très régulier (tous les un ou deux mois) étalé en général sur une semaine. Au cours de ces rencontres les fondements même de chaque projet d'article du document Cadre étaient disséqués dans les plus extrêmes détails et toutes les questions imaginables posées très librement : était ainsi examinée la nécessité de l'article en question, son contenu et ses modalités pratiques d'application dans de multiples hypothèses, en se plaçant à différentes époques de réalisation du projet.

A cette occasion, des recherches juridiques souvent très approfondies en droit malgache privé et administratif et en droit international ont été réalisées et mises à la disposition