

FINANCEMENT DE PROJET ET TECHNIQUE JURIDIQUE APPROPRIÉE "LA DÉLÉGATION"

Par M^e TALEB Fatiha*

L'actualité économique suggère une "telle étude" : les règles de base d'un financement de projet sont celles de tout financement d'investissement, les banques ne cherchent pas, systématiquement, à s'affranchir des droits nationaux, elles y puisent certains mécanismes (I) leur paraissant appropriés à leurs opérations internationales (II) qui engendrent, presque toujours, des relations multilatérales; le droit algérien ne s'oppose pas aux innovations, le caractère supplétif de nombreuses dispositions régissant les contrats autorise toutes les manipulations, sous réserve du respect des règles impératives.

I — FINANCEMENT DE PROJET

Le financement de projet est une opération financière se soldant par le "Cash flow" obtenu de la réalisation du projet, en fait, un prêt, dont le remboursement n'est en principe assuré que par la réussite du projet auquel il est affecté⁽¹⁾.

L'idée de financer un projet en fonction de sa capacité à réaliser des bénéfices et à rembourser les emprunts, sur la seule base de son Cash flow, n'est pas nouvelle; les banquiers, notamment, anglo-saxons, pratiquent ce mode de financement, depuis de nombreuses années; en 1856, par exemple, le Canal de Suez a été financé à partir d'un montage de "projet financing"⁽²⁾.

Il existe plusieurs variations à ce mode de financement, fortement, imbibé de techniques anglo-saxonnes. Elles comprennent, en général un "droit de recours limité", et priment le «project financing» "sans droit de recours", et,

* Docteur d'État en Droit Bancaire International. Enseignante à l'Université d'Oran.

(1) J. P. Eck. Rev. Juris. Comm, 1985, pp. 57 et 58.

(2) Ch. D'Auigny-LOMBARD, et F. LOMBARD, Rev. banq. n° 401.

relativement, rare, étant donné, son coût élevé et les critères assez rigoureux auxquels, il doit répondre⁽³⁾. Elles constituent un des meilleurs moyens, dans un pays à balance de paiement difficile, de provoquer, à nouveau des prêts volontaires des banques, et de réduire l'endettement externe⁽⁴⁾.

A) ASPECTS JURIDIQUES

Le financement de projet: "c'est la forme la plus sophistiquée d'euro-crédit"⁽⁵⁾, portant le plus souvent sur des montants considérables, nécessitant le montage d'un "Pool bancaire", souvent appelé "Syndicate", (d'où l'affreux néologisme de "Syndication"⁽⁶⁾). Le contrôle des prêteurs est méticuleux, tant, en phase d'utilisation, que de remboursement, et les contrats établis sont d'une grande complexité. La forme la plus achevée, mais également, la plus risquée, consiste à prêter à une filiale constituée "Ad hoc", pour mener à bien le projet, en renonçant à toute autre garantie, que l'affectation des ressources, que dégagera le projet.

Il s'agit de crédits, en euro-devises, causés par le financement d'un projet précis, ayant fait l'objet d'un plan d'investissement, et d'un plan d'amortissement, des crédits sollicités.

Ces crédits sont qualifiés de "Self liquidating"⁽⁷⁾, car normalement, ils comportent leur remboursement en eux-mêmes, en ce sens que c'est l'affectation, au profit des banques prêteuses, des sommes provenant de la mise en exploitation de l'investissement financé. Cette affectation pouvant prendre notamment, la forme de la "délégation du droit algérien", (articles 294 et 296 du code civil), et pour cette raison, ils n'ont pas besoin d'être assortis de "garanties tierces".

Ils sont notamment, accordés pour le financement de la mise en exploitation "d'hydro-carbures", auquel cas, on affecte au remboursement, une partie de la vente de la production.

Dans ce domaine le banquier sort des "carcans classiques"⁽⁸⁾, en s'appuyant sur des schémas classiques, puisqu'en fait, on peut assimiler ces financements de grands projets, à des "prêts à la grosse aventure".

(3) A. GRENON DPCI; Tome 6, 1980, p. 190.

(4) M. SARMET. Rev. banq., n° 528, 1992, p. 564.

(5) J. P. MAFFIOUT. D.B.I. 1987, pp. 202 et 203.

(6) J. P. VASSEUR. Droit et économie bancaires, fasc. II, 1987-1988, p. 913.

(7) VASSEUR. Les opérations de banque, fasc. II, p. 1039, 1982-1983.

(8) B. MOSCHETTO, Les opérations internationales de banque, fasc. II, p. 335, 1985.

Ce sont, en effet, des crédits à l'entreprise, au sens large, à l'aventure des crédits liés, dès le départ, à la création de l'unité de production, qui se greffent, essentiellement, sur l'unité de production, et qui sont liés à la bonne fin de son exploitation.

Cette cohérence résulte, d'ailleurs, d'apports hétérogènes, de la part des différents participants, que ce soit des apports en capitaux, des apports en nature, ou des apports en industrie.

On y trouve, au moins un banquier et d'autres partenaires, notamment, les promoteurs-réalisateurs du projet, qui ne sont pas, nécessairement, les exploitants de la future unité de production, et les acheteurs qui se trouvent, tout à fait en aval.

En vue d'éviter, ou de minimiser les risques, le travail préliminaire du banquier est d'une importance capitale. Celui-ci doit prendre grand soin, dans l'évaluation des propositions. Cette évaluation prendra la forme d'études techniques et économiques : "*feasability studies*", "*cash flow-studies*", voire même, d'études socio-politiques, détaillant la validité et la rentabilité du projet^[9].

B — ENVIRONNEMENT DU PROJET

1) *Avant le projet* : plusieurs analyses doivent permettre de définir un "*cash flow*" prévisionnel^[10], notamment :

a - L'analyse technique : elle est à l'évidence, primordiale, puisque c'est la base du projet. Le financement du projet fait toujours, appel aux consultants, consultants des promoteurs du projet qui établiront des hypothèses probables, et consultants de banques, qui retiendront des hypothèses "*raisonnablement pessimistes*".

Les consultants prendront en compte dans l'évaluation d'un projet, des principaux points^[10], ci-après :

- La localisation du projet,
- La taille du projet, par rapport au marché, et à l'environnement,
- Le choix de procédés technologiques,
- L'état d'avancement des études,
- L'ingénierie, la construction, et la gestion en cours de réalisation,
- le calendrier de réalisation du projet,
- L'estimation du coût total de l'investissement,
- Les matières premières et les modalités d'approvisionnement en eau, gaz, électricité,
- Les problèmes de transport,
- La gestion du projet, en cours de fonctionnement,
- Les rendements opérationnels du projet,
- Les estimations des revenus et des coûts de financement,
- les implications de l'analyse technique.

[9] A. GRENON, DPCI, 1980, loc., cit.

[10] SALA et LOMBARD, Rev. banq. n° 430, p. 163 et s, 1983.

b - L'analyse économique et commerciale : elle portera sur le coût des produits et les marchés potentiels, afin d'établir une perspective de rentabilité, prévision difficile à établir, aujourd'hui, en raison des variations du prix des matières premières, et des cours de change. L'analyse portera tant sur le marché local, que sur les possibilités d'exportation⁽¹¹⁾.

c - L'analyse des conditions du droit local : connaissance du droit minier, du droit fiscal, (convention sur les doubles impositions, régime de faveur pour les investissements), du droit des changes, et des douanes, (possibilité d'importation, garantie de transfert).

d - L'analyse financière : à la base du calcul financier, il y a le montant brut des investissements, auquel, il faut ajouter le montant du fonds de roulement, nécessaire⁽¹²⁾. Il appartient au banquier de déterminer quel doit être le rapport entre les ressources de caractère interne et les ressources de caractère externe à l'entreprise. Le calcul financier doit permettre de déterminer le mécanisme d'autofinancement "optimal" du projet, à partir duquel, on va calculer la date limite de remboursement.

2) Pendant le projet et jusqu'au remboursement

Il est nécessaire de suivre, minutieusement, l'évolution du projet, et de son environnement, et de parer aux risques qui sont nombreux.

C — LES RISQUES

Les principaux risques encourus dans les opérations de financement de projets, sont les suivants :

a - dépassement de coût : les promoteurs des projets ont toujours tendance à sous-estimer l'inflation future et son incidence sur le coût de leur projet⁽¹³⁾.

b - Retard dans la réalisation du projet : les retards dans la réalisation des projets, s'expliquent, car, les chronogrammes sont établis, plutôt comme des normes indicatives, que comme des objectifs à respecter.

c - Problèmes financiers : les recettes, par exemple, sont inférieures aux prévisions, en raison de coûts plus élevés d'entretien, d'une plus faible productivité, que celle prévue, de la main d'œuvre locale, ou de fréquentes dévaluations. Les banquiers cherchent, alors, à obtenir des garanties

⁽¹¹⁾ J. P. ECK Colloque de Deauville, 1983.

⁽¹²⁾ MOSC HETTO, fasc II, p. 337, loc., cit.

⁽¹³⁾ C. DAUVIGNY-LOMBARD, Rev. banq. loc., cit.

directes, telles, les garanties données par les actionnaires de l'emprunteur⁽¹⁴⁾, mais celles-ci peuvent avoir un effet négatif sur le ratio d'endettement des sociétés, puisque de telles garanties apparaissent sur leurs bilans financiers.

Par contre, il existe des garanties indirectes qui conviennent au financement des projets, notamment, la méthode dite des "production payments", technique comportant l'affectation première des revenus du projet, au remboursement du prêt et offrant, donc, une certaine protection aux banquiers.

Du même, il existe des techniques dénommées "throughput agreements", et "take or pay contracts"⁽¹⁵⁾. Par voie d'un "throughput agreement", l'emprunteur s'engage à acheter ses propres produits, et ceci, à des montants tels que la différence entre le coût de production et le prix de vente des produits, comportera une marge suffisante, pour permettre le remboursement progressif des sommes dues aux prêteurs⁽¹⁶⁾.

Dans le cas, d'un contrat "take or pay", un tiers s'engage à acheter les produits, à un prix fixe, et pour une période déterminée. Ce tiers sera appelé à acheter ces produits, même, si pour diverses raisons, il aurait intérêt à se soustraire aux termes du contrat. Cependant, le tiers aura à payer, seulement, si le produit est disponible, et ceci implique, nécessairement l'existence d'une autre garantie, dans le financement des projets: "la garantie d'achèvement", "garantee of completion", qui est fondamentale, dans ce domaine.

À l'évidence, si le projet n'est pas achevé, aucun revenu n'existera, et les emprunteurs se trouveront dans l'impossibilité de rembourser le prêt. Les banquiers exigent, donc, que les emprunteurs, ou les actionnaires de l'emprunteur, donnent leur garantie, que le projet sera achevé, dans un délai déterminé.

Lié, à cette garantie, est l'engagement par lequel, les emprunteurs, ou les actionnaires de l'emprunteur, acceptent de payer tous les dépassements, par rapport au prix de construction, initialement, prévu, "Cost overruns".

[14] Il est rare que la réalisation d'un projet n'implique qu'un seul participant, étant donné, la grande complexité sur les plans techniques et financiers, notamment, de ces projets. Plusieurs alternatives existent: les participants peuvent réaliser le projet, ensemble en tant que co-propriétaires ("Crownship", ou "unassiate joint venture"), sans former une association, juridiquement, reconnue, ou une société anonyme. Ils peuvent, aussi, former une association: ("partnership"). Le choix dépendra des avantages fiscaux et financiers et des droits et des obligations des parties, qui résulteront de ces alternatives. Le financement peut aussi s'effectuer au niveau des participants, plutôt qu'au niveau d'une société, ou association... quelque soit l'alternative choisie, les garanties indirectes, employées, en matière de "project financing", pourront, en général, être utilisées". (C.F.A. GRENON, DPCI, loc.cit).

[15] A. GRENON, Tome 6, loc. cit.

[16] M. VERGIER, DPCI, 1978, 4, p. 331 et s.

Il existe, aussi, une technique appelée : "*advance payment project finance*"⁽¹⁷⁾, qui est de plus en plus utilisée en raison, des problèmes, d'approvisionnement, découlant de la crise énergétique. Il s'agit de prêts, à taux, et à conditions favorables, notamment, par des sociétés de distribution de gaz, à des sociétés pétrolières, afin d'encourager la découverte et le développement des gisements de gaz naturel, ou de pétrole. Ces paiements seront liés à un droit d'obtenir, par la suite, les approvisionnements nécessaires.

Du point de vue des banquiers, ces paiements ont comme résultat, soit de réduire le montant du crédit consenti, soit d'augmenter le capital propre de l'emprunteur, et, donc de réduire les risques⁽¹⁸⁾.

Par ailleurs, les banquiers peuvent recourir au "*cofinancement*", en faisant participer au projet, les organismes de développement, sous forme de prêts, de fonds propres, à des conditions, de taux d'intérêts, de différés d'amortissement, et de périodes de remboursement, intéressantes⁽¹⁹⁾.

La S.F.I., par exemple, du groupe de la Banque Mondiale, peut apporter des fonds propres, sous forme d'actions sans droits de vote, (actions préférentielles), à concurrence de 10 à 20% du capital social de la société réalisant le projet, ainsi que des crédits participatifs, à long terme, avec "*option*" de conversion en actions. Ces participations, en capital, sont destinées à être recédées, ultérieurement, de préférence, à des investisseurs nationaux.

Aussi, les banquiers n'ignorent pas qu'une assurance : "*risques politiques*", a été créée par une agence de la Banque Mondiale, ("*Miga*"), afin de couvrir les risques : de non transfert, nationalisation, pour les investissements, et les crédits d'accompagnement, dans certaines circonstances⁽²⁰⁾.

Ils gardent surtout, en vue, que les garanties indirectes, propres, à ce mode de financement, leur offrent une grande protection ; il y aura, en effet, "*Délégation*", des droits, de l'emprunteur, sur les revenus du projet, et sur les comptes bancaires, ouverts par l'emprunteur, et ayant trait au projet.

II — TECHNIQUE JURIDIQUE APPROPRIÉE : "*LA DÉLÉGATION*".

Selon l'article 294 du code civil algérien : "*il y a délégation, lorsque le débiteur fait accepter par le créancier, un tiers consentant à payer la dette, en lieu et place*"

(17) M. SARMET, congrès de Dijon, 1980.

(18) GRENON, DPCI, loc. cit.

(19) Ch. d'AUVIGNY-LOMBARD et F. LOMBARD, Rev. banq. n° 401, loc. cit.

(20) M. SARMET, Rev. Banq., n° 528, juin 1992.

A — LA DÉLÉGATION EST DONC UNE OPÉRATION

''TRIPARTITE'' par laquelle, un débiteur présente à son créancier, un tiers qui s'engage à le remplacer, pour régler la dette.

1 - Elle répond, parfaitement aux rapports contractuels du financement de projet, assorti d'un contrat d'approvisionnement.

On trouve, en effet, (son triangle⁽²¹⁾) le délégant : la société propriétaire du projet, ''débitrice originelle''.

— Le délégué : l'utilisateur, (c'est-à-dire, le groupe industriel), lié au délégant, par un contrat de fournitures, et consentant à payer la dette, à la place de cette débitrice ;

— Le délégataire : le banquier prêteur, créancier, dont l'objectif est d'obtenir des paiements, directs et irrévocables, de l'utilisateur, correspondant aux échéances de prêt consenti à l'emprunteur, et devant être, subsidiairement, protégés de l'action du syndic éventuel de l'emprunteur⁽²²⁾.

2 - De plus, et c'est là, tout ''l'intérêt'' de l'opération, la relation, entre le créancier et le (remplaçant) délégué est absolument indépendante de leur relation antérieure avec le débiteur originel ; un lien de droit autonome a été créé⁽²³⁾.

Le délégué contracte, vis-à-vis du délégataire, une obligation nouvelle et autonome, et ne peut lui opposer une exception qu'il trouve dans ses rapports avec le délégant⁽²⁴⁾.

La délégation offre, ainsi au banquier une solution bien meilleure que celle de la cession de créance.

L'obligation, nouvelle et autonome, de l'utilisateur, donne à ses paiements, le caractère irrévocable et direct recherché.

L'autonomie de la convention passée entre l'utilisateur délégué et les banques délégataires, fait : ''tout l'intérêt de la délégation'', elle est la raison de la parfaite adaptation, de ce ''concept'', à la garantie indirecte.

La délégation est valable, même, dans le cas de faillite du délégant, sauf, bien sûr, la possibilité d'invoquer l'inopposabilité à la masse, si la délégation a été consentie en période suspecte.

(21) ECK, Colloque de Deauville, loc. cit.

(22) SENARD et TERRAY, Rev. Banq., n° 412, 1981.

(23) TERRAY, Rev. banq., loc. cit.

(24) SIMLER, Juris. Civil, fasc. IV, ''les inopposabilités des exceptions''

"Dès l'acceptation de la délégation, la créance déléguée, et ses accessoires..., cessent, en quelque sorte, de faire partie du gage commun des créanciers du délégant, pour devenir le gage spécial, le droit, exclusif du délégataire"⁽²⁵⁾.

En outre, la délégation ne s'embarrasse pas des formalités de signification, dans les relations internationales ; elle suppose, seulement, un échange de lettres, ou la signature de conventions.

B — PAR AILLEURS, ON PEUT VOIR, DANS LA DÉLÉGATION UN ACTE ABSTRAIT.

L'article 294 (alinéa 2), du Code Civil Algérien disposant, en effet : "*la délégation ne suppose pas, nécessairement, la préexistence d'une dette envers le débiteur, et le tiers*", et l'article 296, du même code, ajoutant : "*A moins de convention contraire, l'obligation du délégué envers le délégataire est valable, alors même, que son obligation envers le délégant serait nulle, ou sujette à exception, sauf, recours du délégué contre le délégant*".

Si, donc, il est indifférent au "*mécanisme de la délégation*", que l'utilisateur ait, ou non, une dette envers l'emprunteur, le contrat d'approvisionnement est "*inutile*"⁽²⁶⁾.

La créance de la banque est ainsi "*indépendante*" grâce à la technique de la délégation.

Il existe d'autres techniques juridiques, comme l'inopposabilité des exceptions, du droit cambiaire, la séparation de deux contrats, dans le crédit-acheteur, (la notion d'acte abstrait étant reconnue, depuis longtemps, dans le droit des affaires, qui jure, en effet, avec les "*effets juridiques*" de la délégation^(26 bis)).

La tendance, en faveur d'un engagement inconditionnel et abstrait, limite les conséquences de la pluralité des relations financières, en matière internationale⁽²⁷⁾, mais il apparaît, "*plus exact*", de considérer que l'engagement du délégué a pour "*cause*"^(27 bis) : l'extinction de la dette du délégant à l'égard du délégataire, et, tel est bien le cas dans le financement de projet⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ A Cour d'Appel, de Lyon, 12/02/1890, Juris Civil, n° 137.

⁽²⁶⁾ SENARD TERRAY, Rev Banq., loc. cit.

^(26 bis) RIPERT, ROBLLOT, Droit Commercial, 1976, p. 105 : « la délégation dans laquelle, le délégant reste tenu envers le délégataire est dite : "*simple, imparfaite*", par opposition à la délégation "*parfaite*" qui emporte novation », 6Droit Civil, II, n° 1179).

⁽²⁷⁾ FOUCHARD, Rev Juris, Com., 1985.

^(27 bis) "*raison*", "*intérêt*", selon CARBONIER. Droit Civil, IV.

⁽²⁸⁾ J. ECK. Rev. Juris, com., loc. cit.

De fait, la "*technique juridique de la délégation*", par sa parfaite adaptation au cas du financement de projet, est d'une application aisée, par un juge étranger, même, s'il n'en existe pas "*un équivalent*", dans la législation locale^[29].

Mais le financement de projet "*même*" n'est pas sans inconvénients. Il en présente, pour l'entreprise promotrice et pour ses banquiers^[30]:

Pour l'entreprise: l'étude détaillée des analystes financiers, (à laquelle est soumis le projet) n'est pas, toujours, facile, ou rapide;

Pour le banquier: la mise en place d'une unité de "*project financing*", implique le recrutement d'ingénieurs capables d'évaluer les risques: techniques, et technologiques, d'un projet^[31].

Il s'agit, en fait, d'un mode de financement, complexe, soumis: au droit anglais, ou à la loi de l'État de New-York^[32], plus familiers, aux banques étrangères, intervenant, le plus souvent, en tant que "*banques consortiales*".

Son "*originalité*" provient, du fait que, face à l'efficacité réduite des sûretés réelles, sur le plan international, les parties, l'ayant choisi, ont recouru: aux "*garanties indirectes*", plus protectrices et auxquelles s'adapte la délégation.

Le système juridique algérien permet de le mettre en œuvre, en utilisant cette technique adaptable à tous les droits.

[29] SENARD ID. Rev. Banq., loc. cit.

[30] LOMBARD F. et Ch. d'AU VIGNY, Rev. Banq., loc. cit.

[31] Rev. Econ. "*Financement international du développement*" 1978.

[32] BERLIOZ/HOUIN Rev. Juris. Com., 1985.