



INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW
INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

**Groupe de travail d' UNIDROIT sur les contrats
d'investissement en terres agricoles**

UNIDROIT 2019
Etude 80B
Original: anglais

**Guide juridique sur les contrats
d'investissement en terres agricoles
UNIDROIT/FAO/FIDA**

ALIC VERSION ZERO

1^{er} juin 2019

AVANT-PROPOS

[à compléter]

LISTE DES CONTRIBUTEURS

[à compléter]

LISTE DES ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES **A REVOIR**

CDA - Community Development Agreements

AII - Accords internationaux d'investissement

BM - Banque mondiale

CDI - Commission du droit international

CEE/NU - Commission économique des Nations Unies pour l'Europe

CESCR - Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies

CIJ - Cour internationale de Justice

CIRDI - Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

CNUCED - Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

CNUDCI - Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

CPLCC - consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause

CSA - Comité de la sécurité alimentaire mondiale

CSO - Civil Society Organisation

CVIM - Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises

Directives volontaires - Directives volontaires sur la gouvernance responsable des régimes fonciers, des pêches et des forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale

FAO - Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture

FIDA - Fonds international de développement agricole

ISO - Organisation internationale de normalisation

PA - Protocole d'accord

OCDE - Organisation de coopération et de développement économiques

ODD - Objectifs de développement durable

OHADA - Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires

OIT - Organisation internationale du travail

ONG - Organisation non gouvernementale

ONU - Organisation des Nations Unies

OSC - Organisations de la société civile

PAM - Programme alimentaire mondial

PCN - Point de contact national

PIDESC - Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

Principes CFS-RAI - Principes CFS pour un investissement responsable dans les systèmes agricoles et alimentaires

Principes d'UNIDROIT - Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international

RAI-KN - CNUCED, BM *Knowledge into Action Note*

RSE - Responsabilité sociale des entreprises

RSPO - Table ronde sur l'huile de palme durable

SFI - Société financière internationale

UE - Union européenne

UICN - Union internationale pour la conservation de la nature

UNECA - Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique

UNESCO - Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

RÉSUMÉ ANALYTIQUE
(y compris une courte liste de questions)

[à compléter]

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	2
LISTE DES CONTRIBUTEURS	3
LISTE DES ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES	4
RÉSUMÉ ANALYTIQUE	6
TABLE DES MATIÈRES	7
PRÉFACE	10
I. VUE D'ENSEMBLE ET OBJECTIFS	10
II. APPROCHE ET FAÇONS D'UTILISER LE GUIDE	12
INTRODUCTION	14
I. CONTRATS D'INVESTISSEMENT EN TERRES AGRICOLES ET INVESTISSEMENTS AGRICOLES RESPONSABLES	14
II. CHAMP D'APPLICATION DU GUIDE	16
A. Modalités contractuelles	17
B. Parties et parties prenantes	18
CHAPITRE 1 – LE CADRE JURIDIQUE	20
I. SOURCES DU DROIT	21
A. Sources internes	21
B. Sources internationales	22
II. DOMAINES PERTINENTS DU DROIT	24
CHAPITRE 2 - PARTIES, ACCORDS CONTRACTUELS, DILIGENCE REQUISE ET FORMATION	29
I. LES DÉTENTEURS DE DROITS FONCIERS LÉGITIMES	29
II. PARTIES CONTRACTANTES ET AUTRES PARTIES PRENANTES	30
A. Investisseurs	30
B. Concédants	31
C. Détenteurs de droits fonciers légitimes	32
D. Autres parties prenantes	33
III. DIFFÉRENTS ACCORDS	34
A. Contrat investisseur - concédant	34
B. Contracter avec des détenteurs de droits fonciers légitimes	34
1. Contrats multipartites	34
2. Opérations multipartites reposant sur des contrats connexes	35
3. Contrats avec les détenteurs de droits fonciers légitimes comme tiers bénéficiaires	36
IV. DILIGENCE REQUISE	37
A. Identification des parties et des parties prenantes	37
1. Recensement des parties prenantes	38
2. Consultation	39
(a) <i>Principes d'un processus de consultations véritables</i>	40
(b) <i>Consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause</i>	41
B. Identification des terres et des incidences potentielles	42
1. Questions foncières et de faisabilité	43
(a) <i>Disponibilité de terres appropriées et détermination de leur valeur</i>	44
(b) <i>Accès aux ressources</i>	46
(c) <i>Plans de développement commercial</i>	47

2.	Analyses d'impact	48
(a)	<i>Analyses d'impact sur les droits humains</i>	50
(b)	<i>Analyses d'impact environnemental</i>	53
(c)	<i>Analyses d'impact social</i>	53
(d)	<i>Analyses d'impact économique</i>	54
V.	FORMATION DU CONTRAT	55
A.	Les propositions d'investissement	55
B.	Négociations	56
1.	Validité	57
2.	Représentation et assistance dans les négociations	58
C.	Forme, contenu et conditions	60
	CHAPITRE 3 - DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES	62
I.	LE RÉGIME FONCIER	63
A.	Localisation et description des terres	63
B.	Droits fonciers et droits connexes	65
1.	Droits fonciers	65
2.	Octroi de droits connexes	67
(a)	<i>Accès aux services</i>	67
(b)	<i>Infrastructures</i>	67
(c)	<i>Import, export, market access and transport</i>	69
C.	Développement du projet	70
D.	Durée et renouvellement	71
II.	ASPECTS SOCIAUX ET ÉCONOMIQUES	72
A.	Prestations monétaires	73
B.	Création d'emplois, accès à l'emploi et droits du travail	75
C.	Relations avec l'économie locale	77
D.	Agriculture contractuelle, programmes de cultivateurs sous-traitants et relations avec la chaîne d'approvisionnement	79
E.	Fonds de développement communautaire et infrastructures sociales	81
III.	ENVIRONNEMENT	82
A.	Considerations générales	82
B.	Questions en jeu et obligations	83
IV.	PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT ET DROIT DE RÉGLEMENTER	87
A.	Expropriation	88
B.	Sécurité physique	89
C.	Stabilisation and sécurité des droits	89
V.	SUIVI ET MISE EN OEUVRE	90
A.	Activités de suivi	91
1.	Les accords concernant les activités de suivi	91
2.	Etablissement de rapports et transparence	93
(a)	<i>Investisseurs</i>	93
(b)	<i>Concédants</i>	94
(c)	<i>Informations confidentielles</i>	95
B.	Mise en oeuvre	95
1.	Autorisations et licences	95
2.	Assurances	96
3.	Garanties d'exécution	96
4.	Titres obligataires sous réserve de performance environnementale	97
5.	Notifications et examen périodique	97
	CHAPITRE 4 – INEXÉCUTION ET MOYENS CONTRACTUELS	99
I.	CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	100
II.	CAS EXCEPTÉS DE RESPONSABILITÉ	101

A.	FORCE MAJEURE	102
1.	Événements constitutifs de force majeure	102
2.	Conséquences de la reconnaissance de la force majeure	103
B.	Changement de circonstances	104
C.	Considérations concernant les contrats entre investisseur et gouvernement	105
III.	MOYENS EN CAS DE CONTRAVENTION AU CONTRAT	106
A.	Rôle du comportement de la partie lésée	106
B.	Aperçu des moyens	108
1.	Moyens en nature	108
2.	Moyens pécuniaires	110
	(a) Réduction de prix	110
	(b) Dommages-intérêts	110
	(c) Intérêts et indemnités de retard	112
3.	Renégociation et adaptation du contrat	112
4.	Résiliation	112
C.	Cas d'inexécution et moyens correspondants	114
1.	Moyens du concédant et des détenteurs de droits fonciers légitimes et communautés locales pour l'inexécution par l'investisseur de ses obligations	114
2.	Moyens de l'investisseur pour l'inexécution par le concédant de ses obligations	117
	DROITS FONCIERS ET DROITS CONNEXES	117
	CHAPITRE 5 – TRANSFERT ET RESTITUTION	119
I.	TRANSFERT	119
A.	Légalité du transfert	121
B.	Transfert de la personne de l'investisseur	122
C.	Restrictions au transfert	123
D.	Importance de la divulgation	124
II.	RESTITUTION	125
A.	Circonstances de la restitution	125
B.	Coûts et responsabilités	128
	CHAPITRE 6 - MÉCANISMES DE RÉCLAMATIONS ET RÈGLEMENTS DES DIFFÉRENDS	130
I.	MÉCANISMES DE RÉCLAMATIONS	131
II.	DIFFÉRENDS DANS LE CONTEXTE DES CONTRATS D'INVESTISSEMENT EN TERRES AGRICOLES	135
A.	L'importance de l'accès à des voies de recours efficaces	136
B.	Existence effective de voies de recours efficaces	137
III.	RÈGLEMENT NON JUDICIAIRE DES DIFFÉRENDS	138
A.	Avis d'experts	138
B.	Négociation et médiation	138
C.	Arbitrage	139
IV.	RÈGLEMENT JUDICIAIRE DES DIFFÉRENDS	142
A.	Tribunaux nationaux	143
B.	Tribunaux régionaux et internationaux	144
V.	EXÉCUTION DES RÈGLEMENTS OU DECISIONS RÉGLANT UN DIFFÉREND	144
	ANNEXE I: RÉCAPITULATION DES QUESTIONS CLÉS	146
	ANNEXE II:	153
	RESSOURCES	153
	INDEX	154

PRÉFACE

I. VUE D'ENSEMBLE ET OBJECTIFS

Preface 1. *Introduction.* Le Guide juridique UNIDROIT/FAO/FIDA sur les contrats d'investissement en terres agricoles (le Guide) fournit des orientations détaillées pour améliorer les conditions contractuelles, promouvoir le respect des droits fonciers légitimes, l'accès équitable à la terre et plus généralement les investissements agricoles responsables. Les orientations fournies suivent et renforcent le consensus international entériné dans les principes et normes concernant les régimes fonciers, les investissements agricoles et domaines connexes, qui sont le résultat de consultations vastes et approfondies et sont énoncés dans les principaux instruments suivants:

- les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (les Principes directeurs des Nations Unies), approuvés par le Conseil des Droits de l'homme des Nations Unies en mai 2011 qui visent à prévenir, traiter et remédier aux violations des droits de l'homme commises dans le déroulement des opérations commerciales;
- les Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale (les Directives volontaires), approuvées par le Comité de la sécurité alimentaire mondiale (CSA) en mai 2012, qui entendent promouvoir la sécurité des droits fonciers et l'accès équitable aux terres, aux pêches et aux forêts afin d'éliminer la faim et la pauvreté, de soutenir le développement durable et de renforcer l'environnement; et
- les Principes du CSA pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires (Principes CSA-RAI), approuvés par le Comité de la sécurité alimentaire mondiale en octobre 2014, qui encouragent les investissements responsables pour améliorer la sécurité alimentaire et la nutrition, en soutenant la réalisation progressive du droit à une alimentation adéquate.

Preface 2. *Contexte.* Pour les investisseurs, les gouvernements et les communautés locales qui projettent d'investir dans l'agriculture, ainsi que pour tous les détenteurs de droits fonciers légitimes susceptibles de s'en trouver affectés, la préparation, la négociation et la mise en œuvre d'un investissement de façon pleinement conforme avec les instruments ci-dessus peuvent être problématiques. En effet, de nombreux paramètres sont à considérer, tels que les modèles d'investissement, les différents régimes juridiques applicables en fonction du lieu de l'investissement et les carences dans ces régimes ou dans leur mise en œuvre, ainsi que l'incidence que pourrait avoir l'investissement sur les droits fonciers, la sécurité alimentaire et la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire, des moyens de subsistance et de l'environnement. Le manque de compréhension et de prise en compte de ces paramètres entraîne des risques accrus pour l'investissement avec la possibilité de répercussions négatives considérables pour l'investisseur, le gouvernement, les communautés locales et les détenteurs de droits fonciers légitimes. En outre, une telle attitude va à l'encontre des tendances récentes en matière de responsabilité sociale des entreprises (RSE) et du comportement responsable en affaires.

Preface 3. *Modèles d'investissement.* En tout premier lieu, il est important d'établir que les investissements impliquant l'attribution de droits fonciers et droits connexes aux investisseurs ne constituent pas la meilleure option pour fonder un projet d'investissement et le Guide n'encourage pas ces types d'opérations. Conformément aux Directives volontaires et aux Principes CSA-RAI, le Guide encourage les investissements réalisés par ou en partenariat avec les petits exploitants agricoles et les communautés locales, par exemple

fondés sur des relations responsables d'agriculture contractuelle ou autres accords d'approvisionnement ¹. Ainsi que décrit dans l'Introduction, ces différentes formes et modalités ne sont pas nécessairement exclusives les unes des autres, et doivent être envisagées comme une alternative à un investissement impliquant une transaction foncière ou à mettre en œuvre dans le cadre d'un investissement foncier (par exemple, une exploitation centrale contractant avec des agriculteurs locaux).

Preface 4. *Objet et méthode.* Le Guide traite des contrats d'investissement en terres agricoles impliquant l'attribution de droits fonciers et de droits connexes pendant une durée déterminée entre les investisseurs et les cédants de ces droits. Dans la pratique, diverses entités et personnes peuvent avoir la qualité de cédants, ainsi les gouvernements, les communautés locales ou des propriétaires fonciers privés. Le Guide, cependant, est centré sur les contrats passés entre investisseurs et gouvernements ou entre investisseurs et communautés locales, plaçant tout particulièrement l'accent sur la protection et le respect des droits des détenteurs de droits fonciers légitimes. Il fournit des orientations pour ces contrats - conformément aux Principes directeurs des Nations Unies, aux Directives volontaires et aux Principes CSA-RAI, et s'appuie sur l'expertise d'UNIDROIT en matière de droit privé reflétée dans les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international ² et dans le Guide juridique sur l'agriculture contractuelle UNIDROIT/FAO/IFAD - concernant 1) le cadre juridique; 2) les parties, les formes contractuelles, la diligence requise et la formation 3) les obligations et les droits des parties; (4) l'inexécution contractuelle et les moyens; 5) le transfert et le retour; et 6) le règlement des différends. A cet effet, le Guide met en lumière les aspects essentiels, décrit les conditions contractuelles habituelles, examine les questions qui peuvent se poser dans différents systèmes et contextes juridiques et montre comment les aborder de façon à promouvoir des investissements responsables et durables tout en évitant ou en réduisant les impacts négatifs. Le Guide établit aussi clairement que les contrats pourraient ne pas suffire pour couvrir toutes les questions qui pourraient se poser, et que pour certaines d'entre elles, il serait préférable qu'elles soient régies, essentiellement ou exclusivement, par le droit interne.

Preface 5. *Objectifs.* Dans cette optique, l'orientation du Guide peut s'appliquer à des investissements de différentes tailles, concernant des investisseurs aussi bien nationaux qu'étrangers. Toutefois, le Guide n'entend pas entériner le transfert à grande échelle de droits fonciers et il exclut de son champ d'application la vente de terres agricoles. Pour autant, le Guide constate que de nombreux contrats sont négociés dans des conditions insuffisantes pour ce qui est des consultations, de la transparence ou de l'obligation de rendre compte, ce qui conduit souvent à des accords contractuels qui violent des droits fonciers légitimes ou ne tiennent pas suffisamment compte des dimensions sociales, environnementales ou économiques en jeu. Prenant acte que des contrats d'investissement en terres agricoles continuent d'exister, le Guide cherche à améliorer la passation de ces contrats et les contrats eux-mêmes, en expliquant comment identifier et impliquer équitablement toutes les parties concernées et les parties prenantes, et comment structurer et rédiger les contrats de façon conforme au consensus international reflété dans les Principes directeurs des Nations Unies, les Directives volontaires et les Principes CSA-RAI. En particulier, le Guide répond à la nécessité d'investir davantage et de manière plus responsable dans l'agriculture, en intégrant les garanties requises pour améliorer la sécurité alimentaire et la nutrition et protéger les détenteurs de droits fonciers légitimes, les droits de l'homme, les moyens de subsistance et l'environnement et, de cette façon, réduire les risques liés aux investissements. Le Guide soutient également le renforcement des capacités au sein des gouvernements et la sensibilisation des détenteurs de droits fonciers légitimes et des communautés locales à leurs droits.

¹ Le Guide juridique sur l'agriculture contractuelle UNIDROIT/FAO/FIDA (Guide juridique sur l'agriculture contractuelle) fournit des orientations détaillées sur des pratiques responsables, cette modalité étant en principe à privilégier du fait qu'il ne comporte pas de transfert des droits fonciers, et de ce fait a été le premier instrument adopté en collaboration par Unidroit, la FAO et le FIDA dans le domaine du droit privé et du développement agricole.

² Le Guide fait référence aux Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international de 2016 (Principes d'UNIDROIT) comme représentatifs des principes généraux du droit des contrats, mais il n'entend pas se référer nécessairement à leur application directe. On notera qu'en ce qui concerne l'application des Principes d'UNIDROIT, les parties à un contrat d'investissement en terres agricoles ou bien des juges ou des arbitres saisis d'un litige relatif à un tel contrat pourront prendre en considération les Clauses types sur l'utilisation des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (2013).

II. APPROCHE ET FAÇONS D'UTILISER LE GUIDE

Preface 6. *En général.* S'appuyant sur l'expertise d'UNIDROIT dans le domaine du droit privé, en particulier du droit des contrats, et sur l'expertise juridique et politique de la FAO et du FIDA dans les domaines des régimes fonciers et des investissements agricoles, l'analyse juridique du Guide repose sur une approche concrète tenant compte des principes et des pratiques en matière de contrats, d'opérations d'investissement et de contributions d'experts du droit des contrats, des régimes fonciers, des investissements agricoles responsables et des droits humains. Bien que le Guide ne fournisse pas une analyse complète de droit comparé, il illustre dans la mesure du possible non seulement les règles impératives applicables mais aussi les principes, normes et pratiques même non obligatoires auxquels les parties doivent se conformer du fait qu'ils reflètent le consensus international sur le régime foncier, les investissements agricoles et les domaines connexes et soutiennent l'investissement responsable et durable. Le Guide fait état de modèles ou de pratiques qui sont des exemples utiles ou des solutions possibles empruntés au droit interne des contrats, à des contrats modèles qui peuvent être applicables directement ou par analogie, à des législations, des normes élaborées par les milieux professionnels, ainsi que des études et recommandations d'agences de développement et d'organisations non gouvernementales.

Preface 7. *Généralité.* Tout en adoptant une démarche concrète, le Guide maintient un certain niveau de généralité sur les diverses questions qui peuvent se poser dans la pratique contractuelle. En effet, les contrats d'investissement en terres agricoles dépendent de nombreux facteurs (notamment, si la législation et la réglementation sont adéquates et effectivement appliquées, qui sont les titulaires de droits fonciers qui concluent le contrat, l'emplacement de la terre et les cultures qui y sont produites). Il y a de nombreuses questions à envisager, et aucun contrat ne contient les mêmes dispositions ni ne traite toutes les questions de la même façon.

Preface 8. *Références.* Par choix éditorial et politique, le Guide s'abstient de faire des références spécifiques à des États, de désigner des législations nationales particulières, de citer des études de cas ou des clauses contractuelles. Le Guide se réfère en revanche aux instruments internationaux (notamment les Principes directeurs des Nations Unies, les Directives volontaires, les Principes CSA-RAI, les Principes d'UNIDROIT et le Guide juridique sur l'agriculture contractuelle) et à des documents d'orientation y afférents publiés par des organisations intergouvernementales (ainsi, les Guides techniques pour la gouvernance foncière de la FAO ³ et le Guide OCDE-FAO pour des filières agricoles responsables ⁴. Avec ces références, le Guide vise à l'exhaustivité tout en évitant des répétitions avec des documents d'orientation existants. En outre, les ressources qui ont été utilisées pour la préparation du Guide sont présentées à l'Annexe II. ⁵

Preface 9. *Destinataires du Guide.* Le Guide s'adresse aux conseils juridiques qui participent à la préparation, à la négociation, à la mise en œuvre et à l'examen des contrats d'investissement en terres agricoles, notamment pour le compte d'investisseurs, de gouvernements, de détenteurs de droits fonciers légitimes et de communautés locales. Le Guide pourrait également être utile pour d'autres acteurs dans d'autres contextes, tels que les législateurs, les autorités de réglementation, les juges, les arbitres, les notaires, les organisations d'intérêt général fournissant des services juridiques, les organismes communautaires, des associations de juristes et des organisations internationales de développement. Le Guide n'entend pas promouvoir le transfert de droits fonciers et droits connexes à des investisseurs et ne vise pas à interférer avec les règles impératives internes, ni à servir de modèle ou à encourager l'adoption d'une législation spéciale par les gouvernements. Dans la mesure toutefois où le Guide identifie des problèmes et propose des solutions possibles, il pourrait fournir des indications à envisager utilement lors de l'adoption de dispositions réglementaires ou législatives traitant des contrats d'investissement en terres

³ Les Guides techniques pour la gouvernance des régimes fonciers (les Guides techniques des Directives volontaires) font partie des initiatives de la FAO d'aide au développement des capacités pour améliorer la gouvernance des régimes fonciers et soutenir l'application des Directives volontaires.

⁴ On notera que le Guide OCDE-FAO "aide les entreprises à respecter les standards existants de conduite responsable des entreprises afin que leurs activités n'aient pas d'impacts négatifs et contribuent au développement durable".

⁵ Le site Internet d'UNIDROIT pour le Guide, accessible à la page [à compléter] identifie ces ressources avec une référence aux différents chapitres et paragraphes du Guide auxquelles elles se rapportent.

agricoles et d'aspects qui s'y rapportent. Il pourrait également contribuer à pallier les insuffisances de compétences au sein des administrations, à mieux faire connaître les droits de détenteurs de droits fonciers légitimes et d'autres parties prenantes, et à soutenir la protection de ces droits par les gouvernements et leur respect par les investisseurs.

Preface 10. *Utilisation du Guide.* Ce Guide peut être lu en continu, mais les lecteurs pourront aussi l'aborder d'autres manières. Ainsi, le lecteur pourra :

- se référer à un chapitre ou à une section en consultant la table des matières qui se trouve au début du Guide;
- parcourir le texte et suivre les renvois vers des approfondissements du sujet au sein du Guide ou par des instruments internationaux ou documents d'orientation;
- consulter la liste de questions clés en Annexe I, qui se réfère aux différents développements du Guide;
- utiliser la liste de ressources à l'Annexe II pour des approfondissements sur des questions particulières.

INTRODUCTION

I. CONTRATS D'INVESTISSEMENT EN TERRES AGRICOLES ET INVESTISSEMENTS AGRICOLES RESPONSABLES

Intro. 1. *Les besoins en investissement.* Il faut de plus grands volumes d'investissements responsables pour atteindre les Objectifs du Développement Durable. On estime à 140 milliards de dollars par an les investissements supplémentaires nécessaires – des pouvoirs publics, des investisseurs du secteur privé et tous ceux impliquant les petits exploitants agricoles - dans l'agriculture et le développement rural pour atteindre les Objectifs 1 (pas de pauvreté) et 2 (faim zéro) du développement durable ¹. L'augmentation des investissements responsables permettrait de développer la croissance, créerait des emplois et améliorerait les conditions de vie ².

Intro. 2. *Formes et impacts.* Des investissements plus considérables en quantité et en qualité sont nécessaires tout le long des chaînes de valeur agricoles (s'appliquant aux intrants, à la production, l'agrégation, la transformation et la distribution). Les investissements peuvent intervenir à différents niveaux de la chaîne et sous de multiples formes (par exemple, avec l'agriculture sous contrat et les entreprises communes). Si les investissements agricoles à plus grande échelle sont requis dans beaucoup de pays pour soutenir le développement durable, certains types d'investissements peuvent être problématiques, présenter des inconvénients (structurels ou contractuels, par exemple) et produire plus d'effets négatifs que positifs. Dans leur recherche d'investissements agricoles, certains gouvernements et communautés locales ont conclu des contrats d'investissement en terres agricoles qui transfèrent - dans certains cas par vente, mais le plus souvent par des baux de longue durée - de grandes parcelles de terre à des investisseurs et leur accordent d'importants droits fonciers et autres droits connexes³. De tels contrats ont donné lieu à de vifs débats. D'aucuns soulignent que leurs effets positifs potentiels (notamment la création d'emplois, l'augmentation des recettes publiques, le transfert de technologie ou le développement des infrastructures) l'emportent sur les effets négatifs. D'autres, en revanche, les critiquent comme étant des "accaparements de terres" qui ne produisent pas les impacts positifs promis, déposent les utilisateurs de leurs terres ou de leurs droits fonciers et provoquent d'autres impacts négatifs (par exemple, sur l'environnement, l'accès à l'eau ou des aspects sociaux).

Intro. 3. *Protection des droits fonciers.* Il existe une multitude de modèles économiques, avec des configurations contractuelles différentes (comprenant par exemple, l'agriculture contractuelle, les contrats de gestion, les entreprises communes et partenariats, le métayage et les coopératives). Certains modèles et configurations peuvent constituer une menace moindre que d'autres pour les droits fonciers, et chacun d'entre eux présente des avantages et des inconvénients. Les Directives volontaires et les Principes CSA-RAI encouragent en particulier les investissements par et avec les petits exploitants agricoles, ainsi que les

¹ Le montant total des investissements annuels supplémentaires (y compris les secteurs non agricoles et la protection sociale) nécessaires pour atteindre les Objectifs du Développement Durable 1 et 2 est estimé à 265 milliards USD. Voir FAO-FIDA-PAM, Objectif Faim Zéro - Le rôle crucial des investissements dans la protection sociale et l'agriculture, pp. iv-v, 13.

² Voir Principes CSA-RAI, Contexte et justification, para. 1 ("L'investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires est essentiel pour améliorer la sécurité alimentaire et la nutrition et pour favoriser la réalisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale. L'investissement responsable contribue beaucoup à renforcer la durabilité des moyens d'existence, en particulier pour les petits exploitants et pour les membres des groupes marginalisés et vulnérables, à créer des emplois décents pour tous les travailleurs du secteur agricole et alimentaire, à lutter contre la pauvreté, à favoriser l'égalité entre les groupes sociaux et entre les sexes, à éliminer les pires formes de travail des enfants, à favoriser la participation sociale et l'inclusion, à renforcer la croissance économique et, partant, à obtenir un développement durable.").

³ Le terme "grandes" n'est pas absolu et ce qui peut être qualifié d'investissement foncier "à grande échelle" dépend, entre autres, de l'État dans lequel l'investissement est réalisé et du contexte de cet investissement.

partenariats avec eux et avec les communautés locales. Par conséquent, il convient de privilégier les modèles économiques et les modalités contractuelles qui soutiennent les investissements impliquant les petits exploitants et les communautés. Dans la mesure du possible, ces modèles doivent être utilisés plutôt que les investissements fonciers comportant le transfert de droits fonciers aux investisseurs, ou à tout le moins être combinés. En effet, les différents modèles et configurations contractuelles ne s'excluent pas nécessairement les uns les autres.

Intro. 4. *Rôle des contrats d'investissement en terres agricoles.* Dans les situations où des contrats d'investissement en terres agricoles sont en cours de négociation ou déjà en place, ces contrats peuvent jouer un rôle important pour garantir un investissement responsable et durable. Cependant, les contrats sont souvent négociés ou mis en œuvre sans impliquer tous les détenteurs de droits fonciers ou sans tenir équitablement compte des différents objectifs politiques (par exemple, promouvoir la sécurité alimentaire, la nutrition et l'égalité de genre; protéger les droits des détenteurs de droits fonciers légitimes; protéger l'environnement et stimuler la croissance économique). Pourtant, les mesures prises durant la préparation et les phases initiales de l'investissement sont essentielles pour assurer des retombées positives.

Intro. 5. *Améliorer les contrats.* Pour faire en sorte que les contrats d'investissement en terres agricoles puissent jouer un rôle important et être conformes aux Principes directeurs des Nations Unies, aux Directives volontaires, aux Principes CSA-RAI et à d'autres instruments internationaux, les parties contractantes ou les futures parties se doivent de prendre diverses mesures et examiner différents points exposés ci-après. Ainsi, les parties peuvent tenir compte de ces questions et au besoin, incorporer des mesures de protection dans le contrat afin, autant que possible, que les avantages escomptés se concrétisent et les effets négatifs soient évités ou atténués.

- *Détenteurs de droits fonciers légitimes:* les parties doivent consulter les détenteurs de droits fonciers légitimes pour solliciter leur consentement. Dans certains cas, le gouvernement conserve le droit de vendre ou de louer les terres et ne protège pas de façon adéquate les droits sur la terre des détenteurs de droits fonciers légitimes. Lorsque les détenteurs de droits sont des populations autochtones, des règles et des régimes fonciers coutumiers peuvent leur être applicables. Le défaut d'identifier, consulter et solliciter la participation de tout détenteur de droits fonciers légitimes et, le cas échéant, d'obtenir son consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLCC), est incompatible avec les principes et normes internationales et peut compromettre l'investissement, les droits de ces détenteurs et même le système foncier, en particulier quand il concerne des biens communs. Les parties doivent procéder avec la diligence nécessaire aux consultations requises à cet égard, faire participer les détenteurs de droits fonciers légitimes aux phases de préparation et travailler en partenariat avec eux, par exemple en procédant à des investissements conjoints de façon équilibrée⁴ ou en partageant les avantages de l'investissement avec ces détenteurs.
- *Carences du cadre juridique:* les parties doivent évaluer et pallier les carences du cadre juridique, qui est fait généralement de lois et règlements internes de l'État, de traités et accords internationaux (par exemple, concernant les droits de l'homme, le commerce, l'environnement et l'investissement) et du contrat d'investissement en terres agricoles lui-même. La loi d'un État peut ne pas traiter d'une question particulière et, même si cette question est traitée, elle peut ne pas être appliquée ou ne pas offrir les protections nécessaires. Les lois et règlements environnementaux, par exemple, n'exigent pas toujours la réalisation d'études d'impact ou ne protègent pas toujours la qualité de l'eau contre les résidus agricoles tels qu'engrais, pesticides et déchets d'élevage. Les lois et règlements en matière de travail, par exemple, pourraient ne pas protéger correctement les employés contre les mauvaises conditions de travail ou la discrimination fondée sur le genre ou l'âge. Idéalement, la législation de l'État ne devrait pas avoir de telles carences, mais, si c'était le cas et

⁴ Principes CSA-RAI n° 9, para. 29-iii.

dans l'attente que l'État y remédie alors le contrat d'investissement en terres agricoles pourrait les pallier.

- *Transparence*: La préparation, la négociation et la mise en œuvre par les parties d'un contrat d'investissement en terres agricoles devraient se faire d'une façon aussi transparente que possible, surtout à l'égard des détenteurs de droits fonciers légitimes et des communautés locales. Une fois conclu, le contrat doit être rendu public, sauf pour ce qui concerne le cas limité des informations confidentielles, et être rédigé dans une langue ou des langues comprises de toutes les parties concernées. Un manque de transparence peut engendrer la méfiance entre les parties et parmi les parties prenantes et alimenter les craintes de corruption, de sorte que les parties devraient partager les informations et divulguer les clauses contractuelles.
- *Mécanismes de réclamation*: les parties doivent instaurer des mécanismes adéquats pour répondre aux préoccupations des personnes affectées par le contrat d'investissement en terres agricoles, mais qui n'y sont pas parties. Le système judiciaire étatique et le droit interne, ainsi que le contrat d'investissement en terres agricoles lui-même, ne prévoient pas toujours de tels mécanismes. Un mécanisme de réclamation efficace facilite la consultation et le traitement dans un délai convenable des sujets de préoccupations des employés ou de la communauté locale, évitant ainsi l'exacerbation des tensions et d'autres risques.
- *Règlement des différends*: de même, les parties doivent établir des mécanismes adéquats de règlement des différends. Une modalité de règlement des différends appropriée peut permettre de régler les différends de façon équitable et en temps opportun, évitant ainsi l'arrêt de l'activité et la mise en jachère des terres avec les conséquences négatives sur l'emploi.

Intro. 6. *Complexité*. Les exemples ci-dessus illustrent à la fois des questions qui peuvent communément se présenter dans le cadre des contrats d'investissement en terres agricoles et le rôle important que ces contrats peuvent avoir quant au régime juridique applicable. La préparation, la négociation et la mise en œuvre des contrats menées de façon participative et responsable, notamment en y incorporant les garanties nécessaires, peuvent effectivement produire des effets positifs et prévenir ou atténuer des impacts négatifs. Dans le même temps, il est essentiel de reconnaître que les investissements agricoles et les régimes fonciers sont des questions complexes, non seulement sur le plan technique mais aussi sur le plan socio-politique. Il se pourrait, par exemple, que les dispositions contractuelles ne parviennent pas à combler certaines lacunes du cadre juridique. Lorsque certaines questions ne peuvent pas être réglées de manière adéquate par le contrat, il convient d'examiner attentivement s'il y a lieu de réaliser l'investissement envisagé. Un investissement qui ne garantirait pas la protection et le respect des détenteurs de droits fonciers légitimes ne devrait pas être réalisé.

II. CHAMP D'APPLICATION DU GUIDE

Intro. 7. *En général*. Les contrats d'investissement en terres agricoles peuvent varier considérablement, quant à leur forme et leur volume. D'une manière générale, le Guide traite de contrats portant sur des opérations foncières et des droits connexes pour une durée déterminée et non pas sur des ventes, pour au moins deux raisons. Tout d'abord, certains pays interdisent aux investisseurs étrangers l'accès à la propriété foncière soit en général soit au foncier agricole en particulier, ce qui explique en partie la prévalence des opérations à terme. Deuxièmement, à la différence des ventes, ces opérations entraînent des obligations continues entre l'investisseur et le concédant du bien foncier et des droits connexes, les investisseurs obtenant ces droits contre paiement et autres prestations. Ce flux d'obligations permet d'incorporer des garanties contractuelles et d'en assurer le suivi.

Intro. 8. *Plan*. Afin de préciser les types de contrats visés par le Guide, les paragraphes suivants présentent: a) les différentes modalités contractuelles; et b) les parties au contrat ainsi que les parties prenantes éventuellement en présence.

A. Modalités contractuelles

Intro. 9. *Diversité des formes contractuelles.* Le Guide couvre différents types de contrats (tels que les contrats d'investissement, les contrats de concession ainsi que les accords de développement communautaire (ADC)). Un projet agricole, par exemple, peut comporter un seul contrat ou une série de contrats liés. Dans ce dernier cas, les contrats peuvent concerner différentes étapes du processus d'investissement, généralement en séquence (ainsi, un protocole d'accord, une convention d'établissement ou un contrat d'investissement, un bail foncier, une convention relative à l'eau, etc.), et peuvent être accompagnés d'autres accords connexes.

Intro. 10. *Modèles alternatifs et mixtes.* Dans le cadre d'opérations portant sur des droits fonciers et droits connexes le Guide encourage la mise en place pour autant que possible de modalités qui incluent les communautés locales. En ce qui concerne ces modalités, il peut s'agir par exemple, d'une exploitation centrale qui contracte avec les producteurs alentour, établit des relations d'agriculture contractuelle, d'entreprises communes ou autres formes de partenariats.⁵

Intro. 11. *Partage des bénéfices.* Le Guide fournit des orientations sur les modalités contractuelles permettant aux titulaires de droits fonciers légitimes et aux communautés locales d'obtenir une part des bénéfices de l'investissement, que ce soit par des dispositions dans le contrat d'investissement en terres agricoles ou au moyen de conventions connexes. Il peut s'agir d'accords de développement communautaire, d'établissement de fonds communs ou de dispositions prévoyant le recours à l'emploi ou l'approvisionnement local ainsi que des programmes d'agriculture sous contrat avec les cultivateurs qui se trouvent sur le lieu de l'investissement ou dans les zones avoisinantes.

Intro. 12. *Termes clés.* S'agissant des différentes modalités contractuelles, les termes clés du Guide sont synthétiquement décrits ci-après:

- *Le régime foncier* désigne la façon dont les terres sont détenues ou appartiennent à des individus, familles, entreprises ou groupes et peut englober un ou plusieurs droits dans des "faisceaux de droits" (par exemple, le droit d'occuper, utiliser, exploiter, jouir et retirer des avantages de la terre; le droit de restreindre l'accès de tiers aux terres ou le droit de gérer, vendre ou léguer les terres)⁶. Le Guide ne présume pas que les droits fonciers doivent être formellement reconnus par le droit écrit du système juridique national. Certains détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent tenir leurs droits du système coutumier. Pour simplifier, les terres dans ce contexte peuvent également désigner d'autres ressources naturelles comme l'eau et les arbres, tout en notant que le Guide ne couvre généralement pas les ressources du sous-sol, sauf indication contraire expresse.
- *Un contrat d'investissement en terres agricoles* désigne un contrat ou un ensemble de contrats liés portant sur une transaction de droits fonciers et de droits connexes pour une durée déterminée, entre investisseurs et concédants (des contrats d'investissement, contrats de concession ou baux), ainsi que des accords connexes (par exemple des accords de développement communautaire). Dans le Guide, les termes "contrat d'investissement" et "contrat" sont souvent utilisés en bref pour "contrat d'investissement en terres agricoles". Bien qu'incluant en général dans la pratique aussi les ventes de terres agricoles, dans le cadre du Guide ce concept ne couvre pas les ventes.
- *Un contrat connexe* désigne diverses conventions possibles - entre une ou toutes les parties à un contrat d'investissement en terres agricoles et les détenteurs de droits fonciers légitimes ou les communautés locales qui ne sont pas incluses dans ce contrat - qui visent à partager les retombées positives de l'investissement (par exemple, les contrats passés avec les cultivateurs, les conventions

⁵ Reconnaisant l'importance des opérations responsables d'agriculture contractuelle comme modèle économique inclusif, les utilisateurs pourront se référer au Guide juridique sur l'agriculture contractuelle UNIDROIT/FAO/FIDA. Voir Préface, note 4 (se rapportant au Guide juridique sur l'agriculture contractuelle).

⁶ Guide technique des Directives volontaires n° 5, p. 19.

d'attribution de profits, les accords de développement communautaire et les accords portant sur les infrastructures sociales).

B. Parties et parties prenantes

Intro. 13. *Diversité des parties.* Les parties aux contrats d'investissement en terres agricoles peuvent comprendre - selon la loi applicable et le contexte - des investisseurs, des gouvernements, des communautés locales, des communautés autochtones, des détenteurs de droits fonciers légitimes et des propriétaires fonciers privés.

Intro. 14. *Objet du Guide.* Le Guide est centré sur les contrats entre investisseurs et gouvernements et sur les contrats entre investisseurs et communautés locales. Pour ces deux types de contrats, le Guide met particulièrement l'accent sur la protection et le respect des droits des titulaires de droits fonciers légitimes, qui doivent être consultés lors de la préparation, de la négociation et de la mise en œuvre des contrats. Selon les cas, ces titulaires pourront être parties au contrat d'investissement en terres agricoles ou à des accords connexes, ou bien être affectés par ces contrats en tant que tiers bénéficiaires avec certains droits, même en n'étant pas parties aux contrats.

Intro. 15. *Applicabilité plus large.* Bien que les contrats d'investissement en terres agricoles entre investisseurs et propriétaires fonciers privés - dès lors qu'il ne s'agit pas de communautés locales - ne relèvent généralement pas de la portée du Guide (voir, par exemple, la description du terme clé «concedant» dans le Guide ci-dessous), les orientations du Guide peuvent néanmoins être applicables. En règle générale, il n'est pas nécessaire que ces contrats prévoient de protection pour les droits fonciers si la terre est vendue sur le marché par un propriétaire privé, les parties ont accès à l'information et ne sont pas contraintes, et qu'il n'existe pas de tiers détenteurs de droits fonciers. Toutefois, lorsque le processus d'évaluation révèle qu'il existe des détenteurs de droits fonciers légitimes qui pourraient être affectés par une opération réalisée par un propriétaire privé portant sur des droits fonciers et des droits connexes ou qui pourraient subir d'autres effets préjudiciables (environnementaux, sociaux ou économiques, par exemple), le Guide pourrait être utile, en particulier en ce qui concerne les protections contractuelles pour éviter ou minimiser ces effets.

Intro. 16. *Termes clés.* S'agissant des différentes parties et parties prenantes, les termes clés du Guide sont synthétiquement décrits ci-après:

- *Investisseur.* Il s'agit essentiellement d'entités du secteur privé (telles que des fonds d'investissement, des sociétés holding ou des entreprises agroalimentaires spécialisées) et de certaines entités du secteur public (telles que des fonds souverains et des entreprises publiques) qui cherchent à conclure des contrats d'investissement en terres agricoles ou à devenir parties à des contrats existants (par exemple par des fusions ou autres formes d'acquisitions).
- *Concedant.* Il peut s'agir d'un Gouvernement ou d'une communauté locale, y compris des autorités traditionnelles, qui accorde des droits fonciers et des droits afférents relativement à une extension de terre donnée à l'investisseur, en retour d'un paiement et d'autres prestations en vertu du contrat d'investissement en terres agricoles.
- *Gouvernement* désigne l'autorité ou les autorités publiques qui sont habilitées en vertu de la loi pour concéder des droits fonciers et des droits connexes sur les terres d'un État donné. Les autorités publiques habilitées s'agissant de contrats d'investissement en terres peuvent inclure, par exemple, la présidence ou les ministères de l'agriculture, du foncier, de l'environnement, du commerce, de l'économie, de l'industrie et des affaires étrangères, ainsi que des subdivisions régionales ou locales du Gouvernement, ainsi que des autorités traditionnelles si elles ont une habilitation formelle en vertu du droit national.
- *Communauté locale* désigne un groupe de personnes vivant à proximité, tout près ou sur une extension de terre agricole donnée. La communauté peut elle-même être la titulaire de droits légaux ou de droits légitimes sur la terre ou représenter les détenteurs de ces droits. La communauté peut

impliquer aussi des peuples autochtones (constituant toute ou une partie de la communauté), des autorités traditionnelles et différents systèmes fonciers. Aux fins du Guide, le terme ne désigne pas les subdivisions administratives locales, qui sont englobées dans le terme "gouvernement".

- *Autorité traditionnelle* se réfère à un chef coutumier ou à des groupes de chefs coutumiers qui peuvent avoir une autorité formelle ou informelle sur les terres, la répartition des avantages et d'autres décisions liées aux investissements qui ont une incidence sur la communauté locale.
- *Détenteur de droits fonciers légaux* désigne un détenteur dont les droits fonciers - comprenant les droits de propriété et les droits coutumiers - sont reconnus par le droit interne.⁷
- *Détenteur de droits fonciers légitimes* désigne non seulement un détenteur dont les droits fonciers sont formellement reconnus par le droit interne, mais aussi celui dont les droits, bien qu'ils ne soient pas actuellement protégés par le droit formel écrit, sont reconnus de façon informelle et sont considérés comme socialement légitimes dans les sociétés locales⁸. Dans certains cas, les droits peuvent être communautaires ou se superposer (par exemple, certains ont le droit d'utiliser la terre pour le pâturage ou l'agriculture ou d'utiliser des arbres ou de ramasser du bois de chauffage dans la forêt, tandis que d'autres ont le droit de passage sur la terre ou d'y conduire le bétail pour qu'il puisse s'abreuver). Certains peuvent détenir des droits d'utilisation temporaires (par exemple, en vertu de baux agricoles de terres appartenant à l'État ou à d'autres) ou des droits saisonniers (par exemple, des communautés de pasteurs qui font paître leur bétail sur la terre de façon saisonnière)⁹. Lorsqu'il utilise ce terme, dans la ligne de l'accent mis sur la protection et le respect des droits des détenteurs de droits fonciers légitimes, le Guide fait le plus souvent référence aux détenteurs dont les droits ne sont pas reconnus par le droit formel écrit interne. Dans certains pays, les droits fonciers légitimes sont reconnus par les pratiques et le droit coutumier non écrit.

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*

⁹ Guide technique des Directives volontaires n° 7, p. 17; voir aussi Guide technique des Directives volontaires n° 5, pp. 19 *et seq.* (concernant la légitimité légale et sociale et les droits fonciers légitimes).

CHAPITRE 1 – LE CADRE JURIDIQUE

1.1. *Vue d'ensemble.* Un cadre juridique adéquat et efficace peut favoriser des investissements agricoles responsables et intégrer les garanties nécessaires pour protéger les détenteurs de droits fonciers légitimes, les droits humains, les moyens de subsistance, la sécurité alimentaire et l'environnement. Le cadre juridique applicable à un investissement agricole est constitué par le droit de l'État dans lequel est située la terre, par le droit international (notamment, les traités, le droit coutumier et les principes de droit) et le contrat d'investissement en terres agricoles, dont le droit de l'État est le principal élément.

1.2. *Interaction entre le droit interne et le contrat.* Idéalement, le droit interne devrait créer les mêmes opportunités pour des investissements comparables, refléter les choix politiques faits dans le cadre de processus démocratiques et mettre en place des conditions transparentes et accessibles au public. Dans ces situations, un contrat d'investissement en terres agricoles pourrait se limiter à traiter de questions plus circonscrites (l'emplacement du terrain, les montants du loyer, les aspects liés au développement communautaire). Il existe des cas cependant où la loi ne traite pas les questions essentielles ou bien où son application est insuffisante. Un contrat d'investissement en terres agricoles pourrait alors comprendre des dispositions visant, dans la mesure du possible, à remédier à ces problèmes ou à lacunes. Dans l'un ou l'autre cas, le contrat détermine de façon significative le cadre juridique applicable à un investissement agricole.

1.3. *Liberté contractuelle.* En règle générale, les parties sont libres de structurer leurs contrats comme elles l'entendent, selon le principe largement reconnu de la liberté contractuelle ¹. Toutefois, dans les opérations impliquant les gouvernements et les communautés locales dans un domaine aussi crucial pour la sécurité alimentaire, les droits humains et la protection de l'environnement que l'investissement agricole, cette liberté est soumise à diverses règles impératives, qui restreignent la liberté contractuelle des parties.

1.4. *Règles impératives.* Le contrat d'investissement en terres agricoles doit respecter les règles impératives du droit interne, international ou supranational. Les règles impératives d'origine nationale sont celles édictées par les États de manière autonome (par exemple, la législation ou les décisions judiciaires), tandis que les règles impératives d'origine internationale ou supranationale sont celles qui découlent de conventions internationales (par exemple, les conventions relatives aux droits de l'homme), du droit coutumier et de principes de droit ou sont adoptées par des organisations supranationales (par exemple, le droit communautaire de la concurrence). Le Guide appréhende ces règles de façon large. Dans certains systèmes nationaux, par exemple, des règles impératives peuvent également découler de principes généraux d'ordre public (par exemple, interdiction de la corruption, protection de la dignité humaine, interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, la race ou la religion) ². Un contrat des parties ne respectant pas ces règles risquerait d'être invalidé et rejeté, ce qui compromettrait l'investissement agricole.

1.5. *Importance de l'évaluation du cadre juridique.* Les professionnels du droit impliqués dans les contrats d'investissement en terres agricoles devraient faire une évaluation du cadre juridique afin d'assurer le respect des règles impératives et identifier ses insuffisances éventuelles. L'évaluation devrait avoir lieu avant la réalisation de l'investissement, et périodiquement au cours de l'investissement. Le respect de règles contraignantes ne suffit pas à lui seul à garantir un investissement agricole responsable et durable. Par exemple, la législation d'un État pourrait ne pas incorporer ou prendre en compte les droits fonciers coutumiers des titulaires de droits fonciers légitimes et de la communauté locale. Le non-respect des droits coutumiers - même si leur respect n'est pas prescrit par des règles impératives - peut exposer l'investissement à divers risques (financiers, politiques, conflits ou de réputation). En outre, les professionnels du droit doivent exercer la meilleure diligence (par exemple, dans l'évaluation du cadre

¹ Voir Principes d'UNIDROIT, art. 1.1.

² *Id.* Art. 1.4.

juridique ou relativement à d'autres aspects préparatoires (voir Chapitre 2.IV)), qu'elle soit expressément prescrite ou non³. Dans de nombreux États, cette obligation pourrait relever de la responsabilité professionnelle à laquelle ils sont soumis, impliquant le respect de l'état de droit⁴.

1.6. *Plan du Chapitre.* Ce Chapitre aide à comprendre et à évaluer le cadre juridique applicable afin d'assurer un investissement agricole responsable et durable. Il souligne l'importance du droit interne de l'État dans lequel l'investissement est ou sera effectué et aide à identifier les problèmes ou les lacunes de ce droit qui pourraient devoir être réglées dans le contrat d'investissement en terres agricoles. Il souligne également les problèmes ou les lacunes qui ne peuvent être réglées de manière adéquate et pour lesquels un examen approfondi devrait déterminer s'il y a lieu de procéder à l'investissement envisagé. Le Chapitre est divisé en deux parties. La première examine les sources possibles du droit d'un État pour comprendre comment elles s'intègrent pour former le cadre juridique applicable à l'investissement. La seconde identifie divers domaines pertinents du droit que les parties devraient évaluer afin d'assurer le respect des règles impératives et identifier les insuffisances ou les lacunes qui pourraient être réglées dans le contrat d'investissement en terres agricoles.

I. SOURCES DU DROIT

1.7. *Introduction.* Le droit de l'État dans lequel la terre est située forme l'essentiel du cadre juridique applicable à un investissement agricole. La compréhension du système juridique et des sources de droit de cet État - afin d'assurer leur respect par le contrat d'investissement en terres agricoles - est donc essentielle au succès ou à l'échec de l'investissement.

1.8. *Système juridique national en général.* Le système juridique d'un État est généralement fondé sur sa Constitution, qui peut être écrite ou non, et établit des règles et des droits fondamentaux auxquels toute législation doit se conformer. La Constitution d'un État peut reconnaître divers ordres juridiques à l'intérieur de ses frontières. Dans les systèmes fédéraux, par exemple, la réglementation des contrats relève souvent des subdivisions politiques, mais peut être partagée avec le gouvernement central. En outre, de nombreux États reconnaissent le pluralisme juridique, selon lequel certaines régions ou communautés ont le droit d'être régies par des règles spécifiques en vertu de la tradition juridique ou sur la base de critères personnels, ethniques, territoriaux ou religieux. La portée et l'applicabilité de chaque ordre juridique particulier, ainsi que la manière dont les conflits éventuels entre les différents ordres juridiques autonomes doivent être résolus, dépendent du système constitutionnel de l'État.

1.9. *Sources du droit.* Le système juridique d'un État peut avoir diverses sources de droit nationales et internationales, d'importance variable, qui énoncent des règles juridiques ou des règles coutumières applicables à un investissement agricole.

A. Sources internes

1.10. *Règles de droit.* Le pouvoir législatif d'un État adopte des actes législatifs "primaires" (par exemple, des lois) et le pouvoir exécutif des actes de législation "secondaire" tels que des règlements, qui mettent en œuvre la législation "primaire" et doivent respecter cette dernière ainsi que la Constitution. Le pouvoir exécutif, y compris par la voie de l'administration publique, peut être à l'origine d'actes réglementaires d'application de la législation ou fournissant des directives à son sujet. Le pouvoir judiciaire, selon le système juridique, peut lui aussi créer le droit ou établir des interprétations de la législation. Les décisions judiciaires, dite jurisprudence dans certains systèmes, peuvent jouer un rôle particulièrement important en droit interne. Des décisions antérieures, par exemple, peuvent préciser une loi en ce qui concerne certains aspects des

³ Directives volontaires, para. 12.13 ("Les professionnels qui fournissent des services aux États, aux investisseurs et aux détenteurs de droits fonciers sur des terres, des pêches ou des forêts devraient s'en acquitter au mieux de leurs capacités, avec toutes les précautions qui s'imposent, que cela leur soit ou non demandé spécifiquement."); FAO 2019. Diligence requise, droits fonciers et investissements agricoles.

⁴ Guide technique des Directives volontaires n° 5, pp. 17-18

investissements agricoles impliquant des circonstances de fait semblables à celles d'un investissement existant ou prévu⁵.

1.11. *Règles du droit coutumier.* Si les professionnels du droit connaissent la portée des lois, des actes réglementaires et des décisions judiciaires dans le système juridique, ils n'ont souvent pas la même familiarité avec les règles coutumières. Ces règles peuvent jouer un rôle important dans certains systèmes juridiques. Elles découlent souvent de pratiques, de traditions et de la religion, peuvent n'être ni codifiées ni écrites et peuvent traiter de questions telles que le statut personnel, les relations familiales, les successions, la gouvernance et l'utilisation des terres et autres ressources naturelles, les droits sur le bétail ou les droits saisonniers sur les terres pour le pacage du bétail. Ces droits peuvent aussi être collectifs et profiter à l'ensemble de la communauté. En ce qui concerne les contrats d'investissement en terres agricoles, les règles coutumières peuvent déterminer les personnes habilitées à détenir des droits fonciers, la capacité des personnes à conclure un accord, la validité des accords, les questions de forme et de preuve ou l'exécution et les sanctions pour non-exécution. Il se peut que ces règles soient discriminatoires et incompatibles avec les droits humains, par exemple lorsqu'elles interdisent aux femmes de posséder ou d'hériter de terres ou de conclure des contrats.

1.12. *Reconnaissance des règles de droit coutumier.* Les règles de droit coutumier sont reconnues dans certains États, par la Constitution, la loi ou les décisions judiciaires. L'applicabilité et la portée de ces règles, leur reconnaissance et la manière dont les conflits éventuels entre les différents ordres juridiques autonomes doivent être résolus dépendent des particularités de l'ordre juridique de chaque État. Dans certains contextes, les règles du droit coutumier peuvent être appliquées par les tribunaux en tant que coutumes ou usages locaux⁶, ces deux notions se confondant souvent. Même lorsqu'une pratique ou une tradition particulière n'équivaut pas en droit à une coutume, les parties devraient veiller à en tenir compte, en particulier lorsque les relations ont une forte dimension sociale, culturelle et personnelle. A cet égard, les parties devraient également garder à l'esprit qu'il peut y avoir des différences par exemple entre la façon dont le tribunal d'un État interprète et applique le droit coutumier d'une communauté locale et celle de la communauté elle-même.

B. Sources internationales

1.13. *Traités internationaux.* Il existe une série de traités internationaux qui peuvent faire partie du système juridique d'un État et donc s'appliquer aux contrats d'investissement en terres agricoles, notamment les conventions et accords internationaux et les traités d'investissement

- *Conventions et accords internationaux:* ces traités comprennent, par exemple, divers traités relatifs aux droits de l'homme⁷ et à l'environnement⁸. A cet égard, selon le lieu de l'investissement, les parties devraient également connaître les conventions et accords régionaux⁹. Si l'État dans lequel est située la terre est partie à une convention ou à un accord particulier, au besoin avec une loi d'application, les règles énoncées dans cette convention ou cet accord ont force obligatoire dans cet État. Les conventions et accords sont importants, même s'ils ne sont pas contraignants, et les parties devraient, en tout état de cause, veiller à ce que le contrat et leur conduite soient conformes à ces instruments. Quand bien même une règle

⁵ *Id.*, pp. 30-31.

⁶ Concernant les usages et les pratiques dans le commerce international, voir, par ex. Les Principes d'UNIDROIT, art. 1.9.

⁷ Voir par exemple Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (21 décembre 1965); Pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966); Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (16 décembre 1966); Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (18 décembre 1979); Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants (10 décembre 1984); Convention relative aux droits de l'enfant (20 novembre 1989); et Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

⁸ Voir par exemple la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992); la Convention sur la diversité biologique (1992).

⁹ Voir par exemple la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples; la Convention américaine relative aux droits de l'homme; la Convention européenne des droits de l'homme.

particulière de ces instruments ne serait pas contraignante, son non-respect exposerait les parties et l'investissement agricole à différents types de risques (par exemple, les risques de réputation, financiers ou de sécurité) et pourrait en fin de compte compromettre l'investissement. Ces instruments devraient servir, sinon de règles impératives, en tout cas de référence essentielle.

- *Traités d'investissement*: on estime qu'il existe plus de 3.000 traités d'investissement (y compris par exemple les traités bilatéraux d'investissement et les accords commerciaux régionaux comportant un chapitre sur les investissements). Ils établissent généralement les règles et les garanties destinées à promouvoir et à libéraliser les investissements et sont contraignants pour les parties. Les parties doivent savoir si des accords sont en vigueur entre l'État d'origine de l'investisseur et l'État dans lequel l'investissement est réalisé (c'est-à-dire l'État hôte) et, le cas échéant, si un investissement donné est soumis à ces accords. Dans ces cas, selon les obligations établies au contrat, l'investisseur et l'investissement pourraient devoir être traités aussi favorablement que l'État hôte traite ses propres investisseurs et investissements ou ceux d'un État tiers pendant toute la durée de l'investissement, être protégés contre l'expropriation sauf à être indemnisé selon les règles prévues et avoir le droit de soumettre un litige contractuel à l'arbitrage international (voir le Chapitre 6.III.C). En outre, certains États disposent d'une législation nationale sur l'investissement ou encore un code national des investissements, reflétant des engagements unilatéraux de l'État (par exemple, en matière de traitement favorable ou de soumission à l'arbitrage des différends entre État et investisseur) semblables à ceux qui figurent dans les traités internationaux.

1.14. *Droit coutumier et principes généraux*. Alors que les obligations figurant dans les traités internationaux sont expressément écrites et reconnues, le droit coutumier international et les principes généraux du droit sont des sources non écrites qui peuvent néanmoins lier les États. La coutume - également connue sous le nom de droit international coutumier - renvoie aux obligations découlant des pratiques établies des États et résulte d'une pratique générale et cohérente de la part des États qui la suivent car ils s'y sentent légalement obligés. Ce droit peut concerner les contrats d'investissement en terres agricoles de diverses manières. Comme indiqué au paragraphe précédent, les traités relatifs aux droits de l'homme, par exemple, ne sont pas ratifiés par tous les États. Pourtant, il est généralement admis que certains droits humains fondamentaux sont reconnus par le droit international coutumier (par exemple, l'interdiction de l'esclavage) et que les États ont l'obligation de respecter ces obligations. Les principes généraux du droit sont des principes juridiques appliqués dans les systèmes juridiques nationaux du monde entier, tels que les principes du droit international et du droit des contrats de *pacta sunt servanda*¹⁰ et de bonne foi.¹¹

1.15. *Décisions judiciaires*: émises par des tribunaux internationaux (par exemple, la Cour de Justice internationale) ou régionaux, ces décisions ne sont contraignantes que dans des circonstances limitées (par exemple, entre les parties à une affaire particulière), mais elles éclairent souvent l'interprétation du droit, ou vont parfois au-delà. Ces décisions marquent des orientations importantes en matière d'investissements agricoles responsables et durables (affirmant par exemple, le respect des droits humains, la réalisation d'études d'impact, la promotion de la responsabilité sociale des entreprises). Ces tendances incitent les investisseurs agir de façon plus responsable pour assurer le développement durable au sein des communautés locales et un environnement écologique et social local adéquat, et les parties devraient être au courant de ces décisions et de leur rôle dans le système.

1.16. *Instruments intergouvernementaux*. Les organisations intergouvernementales tendent de plus en plus à adopter des instruments - à côté des conventions et des accords - qui énoncent des principes, des règles, des recommandations, des normes de conduite ou d'autres engagements volontaires, qui n'ont généralement pas force obligatoire - d'où leur nom d'instruments juridiques « souples » ou non contraignants. Ces instruments comprennent les Principes directeurs des Nations Unies, les Directives volontaires et les Principes CSA-RAI, établis pour refléter de façon conforme les obligations et normes

¹⁰ Voir Les Principes d'UNIDROIT, art. 1.3.

¹¹ *Id.* Art. 1.7.

internationales en matière de droits de l'homme et pour les mettre en œuvre. Ils sont le résultat de vastes processus consultatifs et énoncent des principes qui, sans être obligatoires, demandent aux parties de s'y conformer pour éviter et atténuer les effets négatifs, minimiser les risques liés aux investissements et réaliser des investissements agricoles responsables et durables ¹². Le présent Guide, qui tire avantage du Guide juridique sur l'agriculture contractuelle et des Principes d'UNIDROIT ¹³, a pour but d'aider les parties à se conformer à ces principes et à promouvoir leur application en offrant des orientations en ce qui concerne le contrat et les questions qui lui sont liées.

1.17. *Documents d'orientation internationaux.* Il convient également de prendre en considération les documents d'orientation internationaux préparés par des organisations de la société civile, des organisations non gouvernementales et des organismes du secteur privé. Ces documents, comme les instruments de droit non contraignant précédemment cités, encouragent la mise en œuvre du large consensus global reflétés dans les instruments intergouvernementaux, et soutiennent les droits des détenteurs de droits fonciers légitimes.

II. DOMAINES PERTINENTS DU DROIT

1.18. *Introduction.* Différents domaines du droit et de la réglementation peuvent contenir des règles impératives qui limiteront la liberté contractuelle des parties. Le plus souvent, ces règles visent à protéger des intérêts publics importants, notamment le développement agricole durable et la protection des populations rurales. Quand bien même une certaine règle ou pratique ne serait pas impérative en vertu de la loi de l'État dans lequel l'investissement est réalisé, il pourrait néanmoins être souhaitable de se conformer à cette règle ou pratique lorsqu'elle permet d'éviter ou de minimiser les impacts négatifs potentiels (par exemple, conformément au Principe du CPLCC). Cette partie passe brièvement en revue, de façon non exhaustive, les domaines pertinents pour aider les parties à identifier à la fois les limites de leur liberté contractuelle et les questions ou insuffisances de la loi applicable qui pourraient être réglées dans le contrat.

1.19. *Régime foncier et administration.* Le droit foncier d'un État régit les diverses formes de détention des terres - notamment la propriété, la possession et les garanties - et établit généralement des principes et des règles concernant l'acquisition et le transfert des terres, ainsi que des restrictions. Idéalement, le droit foncier de l'État hôte devrait refléter les normes internationales acceptables et réglementer de façon appropriée la propriété et l'utilisation des terres et des bâtiments, ainsi que les biens meubles et les biens incorporels. Le système global d'administration foncière de l'État - qui vise la manière dont la réglementation foncière est appliquée - peut affecter un projet d'investissement agricole et sa mise en œuvre de nombreuses façons. Il comprend l'inscription des droits fonciers (par exemple, l'enregistrement des terrains), l'évaluation et l'imposition foncière, l'aménagement du territoire et, à des degrés divers, l'attribution ou la détermination des droits fonciers et les limitations qui s'appliquent à ces droits. ¹⁴ Un système efficace d'administration foncière assure la sécurité foncière aux détenteurs de droits fonciers légaux ou légitimes et soutient le fonctionnement des marchés fonciers et des autres mécanismes de transfert de terres. ¹⁵ Lorsqu'ils évaluent d'éventuelles questions à cet égard, les investisseurs doivent savoir que, dans le système juridique d'un

¹² Là encore, comme pour les conventions et accords régionaux, les parties devraient avoir connaissance des instruments juridiques non contraignants régionaux (par exemple, UA, BAD et CEA. 2014. Principes directeurs relatifs aux investissements fonciers à grande échelle en Afrique), qui pourraient également énoncer des principes et normes applicables aux contrats d'investissement en terres agricoles dans la région.

¹³ Voir, par exemple Les Principes d'UNIDROIT, art. 1.1

¹⁴ Pour plus d'informations sur l'enregistrement des droits fonciers, l'aménagement du territoire (c'est-à-dire les finalités pour lesquelles la terre - y compris les bâtiments et autres structures - et d'autres ressources naturelles peuvent ou non être utilisées) et l'évaluation foncière, voir Guide technique des Directives volontaires n° 4, p. 35-37; voir aussi Guides techniques des Directives volontaires n° 9 et 10 sur l'enregistrement des droits fonciers; et Guide technique des Directives volontaires n° 11 sur l'évaluation des droits fonciers.

¹⁵ Guide technique des Directives volontaires n° 4, p. 35, encadré 9, (énonçant qu'une bonne administration foncière: "[g]arantit la propriété et la sécurité des droits fonciers"; "[s]outient la taxation foncière"; "[a]pporte des garanties pour le crédit"; "[d]éveloppe et contrôle les marchés fonciers"; "[p]rotège les terres de l'État"; "[r]éduit les différends liés au foncier"; "[f]acilite la réforme foncière"; "[a]méliore la planification urbaine et le développement des infrastructures"; "[v]ient en appui à la gestion environnementale"; "[p]roduit des données statistiques")(citant CEE/NU (1996)).

pays donné, l'État peut être le titulaire juridique des droits sur les terres agricoles envisagées pour l'investissement. En toutes circonstances, mais en particulier s'agissant de terres appartenant à l'État, les parties devraient établir des modalités afin d'identifier et consulter tous les détenteurs de droits fonciers légitimes et procéder à des évaluations des risques et des impacts (voir le Chapitre 2.IV) afin que toutes les garanties nécessaires puissent être mises en place (voir généralement le Chapitre 3). A cet égard, les investisseurs devraient également être conscients des différentes façons dont les détenteurs de droits fonciers peuvent être structurés ou organisés (qu'il s'agisse par exemple, de détenteurs individuels, d'une entreprise, d'une forme collective ou coopérative, d'une autorité traditionnelle), et les parties devraient en tenir compte lors d'un projet d'investissement.

1.20. *Offres non sollicitées, appel d'offres et contrôle de l'investisseur.* L'octroi de droits fonciers et de droits connexes à des investisseurs peut être soumis à une procédure d'appel d'offres ou résulter d'une proposition faite par un investisseur de façon spontanée. L'appel d'offres implique un processus compétitif où des propositions d'investissement sont sollicitées et examinées sur la base de certains critères afin d'identifier les propositions les plus appropriées, et à l'issue duquel les droits sont accordés (par exemple, sous la forme d'une concession). Les offres spontanées, bien que ne répondant pas à une demande d'investissement particulière, peuvent également faire l'objet d'examen en fonction de certains critères. Les parties devront veiller à ce que tous ces processus et critères soient respectés (voir le Chapitre 2.V). Lorsqu'ils sont inadéquats ou ne permettent pas d'empêcher la corruption, les parties devront tenir compte de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, ainsi que de toute autre loi et règlement qui peuvent avoir des effets extraterritoriaux, et procéder avec prudence.

1.21. *Aspects financiers.* Le régime fiscal et le contexte financier – tel que les normes comptables – jouent un rôle important dans un projet d'investissement agricole et dans la réalisation des objectifs de développement durable de l'État hôte.

- *Régime fiscal:* outre l'incidence des loyers et de la fiscalité sur l'investissement envisagé et les mesures incitatives éventuelles, les parties devaient considérer l'ensemble du régime fiscal, notamment la marge discrétionnaire des autorités fiscales et la clarté des directives et des instructions données par ces autorités. Les impôts et redevances pourraient notamment porter sur les bénéfices réalisés dans l'État hôte, sur les paiements effectués aux fournisseurs et contractants et sur le produit de l'investissement à son terme. Les taxes susceptibles de s'appliquer doivent être prises en compte dans la négociation d'un contrat d'investissement en terres agricoles car les aspects financiers constituent un élément important de l'accord, avec les implications économiques, sociales et environnementales. En tout cas, lorsque le régime fiscal présente des insuffisances, celles-ci ne doivent pas être exploitées car les recettes publiques sont essentielles à la capacité de l'État hôte de fournir des services publics et de contribuer à un développement durable inclusif (voir Chapitre 3.II).
- *Normes comptables:* dans de nombreux États, les sociétés ont l'obligation légale de respecter des pratiques comptables normalisées, internationalement reconnues et appliquées par la profession des comptables et commissaires aux comptes. Si une telle obligation fait défaut dans le droit applicable, le contrat d'investissement en terres agricoles devrait identifier une norme applicable afin de permettre à l'État hôte de suivre l'exécution du contrat (voir le Chapitre 3.V.B).

1.22. *Droits de l'homme.* Divers instruments relatifs aux droits de l'homme énoncent des droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux, que les États ont l'obligation d'assurer, de respecter et de protéger¹⁶. Pour leur part, les investisseurs ont la responsabilité correspondante de respecter les droits de l'homme et d'identifier, d'évaluer et de corriger tout impact négatif qu'ils pourraient produire sur ces

¹⁶ Directives volontaires, para. 3.1; Principes CSA-RAI, para. 32.

droits¹⁷. Différents aspects des droits de l'homme pourraient se trouver affectés par un investissement agricole, notamment:

- *La sécurité alimentaire et le droit à l'alimentation*: assurer la sécurité alimentaire pour tous et la réalisation progressive du droit à une alimentation adéquate sont les principes centraux des Directives volontaires et des Principes CSA-RAI.¹⁸ Conformément aux Principes des Directives volontaires et du CSA-RAI, le droit d'un État hôte par des lois ou règlements, peut viser à assurer la sécurité alimentaire par exemple en imposant une interdiction temporaire de l'exportation de denrées alimentaires s'il existe une menace pour la sécurité alimentaire. Etant donné qu'un investissement agricole peut avoir des effets sur la sécurité alimentaire et que la perception d'une menace pour la sécurité alimentaire peut provoquer une forte opposition locale à un projet d'investissement agricole, il est essentiel qu'une évaluation des risques soit effectuée à cet égard (voir le Chapitre 2.IV.B.2).
- *Le genre*: conformément aux Directives volontaires et aux Principes CSA-RAI, toutes les parties prenantes dans des investissements agricoles, y compris les investisseurs, ont un rôle dans la promotion de l'égalité des genres.¹⁹ Les investisseurs doivent examiner si le cadre juridique de l'État crée des opportunités pour l'autonomisation socio-économique des femmes. Les parties devraient envisager l'impact d'un projet d'investissement sur l'égalité des genres, veiller à ce que les femmes soient consultées et inclure dans leurs plans de développement - ou même dans les contrats - des mesures concernant l'autonomisation des femmes, telles que l'obligation de rendre compte de la participation des femmes et les initiatives locales pour l'emploi (voir Chapitre 3.II.B)
- *Les jeunes*: plusieurs instruments internationaux font des jeunes une priorité de l'État,²⁰ afin d'endiguer la vague d'exode des jeunes des zones rurales vers les secteurs industriels et des services dans les zones urbaines. L'État peut, par exemple, mettre en place des programmes pour créer des opportunités de travail pour les jeunes, comme employés et entrepreneurs²¹. Les parties devraient tenir compte de l'impact que peut avoir un investissement sur les jeunes, par exemple dans le domaine de l'emploi et de la création de postes (voir le Chapitre 3.II.B).
- *Le travail*: le droit du travail, conformément aux instruments internationaux applicables, régit le traitement des employés et des autres travailleurs. Les instruments internationaux pertinents comprennent notamment les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail sur la liberté d'association, le droit d'organisation et de négociation collective, le travail forcé, le travail des enfants, l'égalité de rémunération et la discrimination. Tous les États membres de l'OIT, en outre, sont tenus de respecter la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail.

1.23. *Questions sociales*. Pour ce qui est des obligations liées aux droits de l'homme, les entreprises peuvent s'engager ou bien entreprendre des activités non seulement pour les respecter mais aussi pour atteindre des objectifs sociaux plus larges, souvent dans le cadre des efforts de responsabilité sociale de

¹⁷ *Id.*, para. 3.2.

¹⁸ *Id.* Préface (soulignant le "but ultime de garantir la sécurité alimentaire pour tous et de promouvoir la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale"); Principes CSA-RAI, para. 1 ("L'investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires est essentiel pour améliorer la sécurité alimentaire et la nutrition et pour favoriser la réalisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale"); voir aussi, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 11 (reconnaissant le droit fondamental qu'à toute personne d'être à l'abri de la faim).

¹⁹ Directives volontaires, 3.B.4; Principes CSA-RAI, Principe 3.

²⁰ Voir, par exemple, Principes CSA-RAI, Principe 4.

²¹ Voir par exemple la Convention sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (1948); la Convention sur le droit d'organisation et de négociation collective (1949); la Convention sur le travail forcé (1930); la Convention sur l'abolition du travail forcé (1957); la Convention sur l'âge minimum (1973); la Convention sur les pires formes de travail des enfants (1999); la Convention sur l'égalité de rémunération (1951); la Convention concernant la discrimination (emploi et profession) (1958).

l'entreprise ou pour obtenir et conserver un "permis social d'exploitation". Dans le domaine de l'investissement agricole, ces engagements ou activités concernent souvent les communautés locales, et il est largement reconnu que les relations avec les communautés sont un facteur déterminant pour le succès final d'un investissement. A cet égard, le droit d'un État peut fixer certaines limitations ou exigences, par exemple en ce qui concerne le recrutement d'employés locaux ou le recours à des fournisseurs locaux. Il importe d'évaluer les mesures incitatives et de protection que les États pourraient avoir mis en place et d'envisager d'éventuelles garanties à intégrer dans le contrat d'investissement en terres agricoles ou dans un accord connexe (voir le Chapitre 3.II).

1.24. *Environnement.* Tous les États, à des degrés divers, ont adopté des lois et des règlements pour protéger l'environnement de diverses manières (par exemple, en exigeant des études d'impact, des mesures de prévention de la pollution de l'air, de l'eau ou du sol et de protection des ressources naturelles). Dans un cadre de protection de l'environnement adéquat, la réglementation requiert des études d'impact sur l'environnement, l'approbation de l'investissement agricole et une surveillance continue pour obtenir et conserver un permis ou une licence d'exploitation, l'assurance que les normes environnementales seront respectées et des engagements pour signaler tout problème environnemental et y remédier en temps voulu. Outre la législation nationale d'un État sur l'environnement, il existe de nombreux instruments internationaux relatifs à l'environnement, dont beaucoup sont juridiquement contraignants et concernent les investissements agricoles. Ces domaines comprennent notamment la diversité biologique, la biosécurité, la gestion des sols, les produits chimiques et pesticides dangereux, les mouvements transfrontières de déchets dangereux, la protection des espèces menacées et de certains habitats, les changements climatiques et la désertification²². Des études d'impact sur l'environnement doivent être effectuées; tout impact négatif doit être évité ou atténué conformément aux lois internes applicables et aux instruments internationaux (voir les Chapitres 2.IV.B.2 et 3.II).

1.25. *Protection de l'investissement et autonomie en matière de réglementation.* Le cadre juridique d'un État peut comprendre des lois et des règlements visant expressément à promouvoir et à protéger l'investissement, y compris l'investissement étranger. Pour les investisseurs, qu'il s'agisse de projeter un investissement agricole ou de le financer, le degré de protection accordé à cet investissement par l'État est une préoccupation évidente. A cet égard, il est nécessaire que l'investissement soit protégé contre la nationalisation ou la dépossession sans contrôle judiciaire et sans indemnisation adéquate. Dans le même temps, les États hôtes ont intérêt à préserver leur autonomie en matière de réglementation, qui peut être essentielle à la protection des droits de leur population et à la réalisation des objectifs des politiques nationales. Les parties devraient examiner si le cadre juridique établit un juste équilibre entre la protection des investissements et l'autonomie en matière de réglementation (voir Chapitre 3.IV).

1.26. *Suivi, transparence et conformité.* Les investissements agricoles peuvent avoir des implications importantes pour les États et leurs ressortissants, mais ils sont souvent négociés de manière non transparente et, une fois mis en œuvre, ne font pas l'objet d'un suivi et d'un respect suffisants. Un tel manque de transparence peut créer des risques inutiles pour les parties, notamment une responsabilité pénale lorsque ce manque de transparence est exploité pour commettre des actes de corruption,²³ ainsi qu'une opposition du public, qui n'est pas informé de l'investissement proposé. Les Directives volontaires et les Principes CSA-RAI appellent à une meilleure transparence, en particulier en ce qui concerne les marchés²⁴.

²² Voir, par exemple, la Convention sur la diversité biologique (1992) et les Protocoles de Nagoya (2010) et Cartagena (2000); le Traité international sur les ressources phyto-génétiques pour l'alimentation et l'agriculture (2009); les Directives volontaires pour une gestion durable des sols; la Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable dans le cas de certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international (1998); Convention de Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale (1971); la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification (1994); la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et le Protocole de Kyoto (1997).

²³ Voir par exemple OCDE, 2011. Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

²⁴ Directives volontaires, para. 10.5, 11.4, 11.7, 12.3, et 12.11; Principes CSA-RAI, Principe 1, para. 21(iii).

- *Transparence*: Les parties devraient tenir compte de divers aspects de la transparence. Premièrement, il est important que les lois et règlements de l'État hôte soient rendus publics et facilement accessibles à tous. Deuxièmement, toutes les valeurs et les opérations intervenant sur le marché doivent être transparentes et faire l'objet d'une large information, notamment les appels d'offres du gouvernement de l'État hôte pour la location de terres appartenant à l'État, qui doivent être concurrentiels, inclusifs et transparents. Troisièmement, toutes les informations essentielles relatives à la location de terres agricoles - autres que celles légitimement sensibles sur le plan commercial - doivent être mises à la disposition du public, avec des informations sur le contrat et des rapports réguliers. Quatrièmement, tout différend qui pourrait survenir devrait être réglé de manière transparente - toujours sous réserve d'informations commercialement sensibles - par exemple, en publiant toutes les décisions résultant des mécanismes de règlement des différends²⁵. Si ces questions ne sont pas réglées de manière satisfaisante dans le cadre applicable, elles peuvent l'être dans le contrat d'investissement agricole (voir le Chapitre 3.V.B).
- *Surveillance et conformité*: Ces aspects peuvent être essentiels au succès d'un investissement agricole. La conformité, par exemple, peut concerner les lois de l'État hôte sur la tenue de registres, des exigences en matière d'assurance ou la conservation de la terre louée. Pour vérifier le respect des dispositions et suivre les résultats et impacts, la législation de l'État hôte peut exiger des investisseurs qu'ils établissent des règles internes ou qu'ils s'autodéclarent et peut autoriser des inspections par des agents de l'État ou des tiers désignés. Les règles à cet égard de la législation de l'État hôte devraient être évaluées et lorsque la conformité et le contrôle ne sont pas suffisamment prévus ou si les ressources nécessaires à leur mise en œuvre font défaut, elles peuvent être traitées dans le contrat d'investissement agricole (voir le Chapitre 3.V).

²⁵ Voir par exemple CNUDCI 2014. Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

CHAPITRE 2 - PARTIES, ACCORDS CONTRACTUELS, DILIGENCE REQUISE ET FORMATION

2.1. *Vue d'ensemble.* Le présent chapitre fournit des orientations sur la formation d'un contrat d'investissement en terres agricoles (le "contrat") ou l'examen d'un contrat existant, notamment sur les parties au contrat (les "parties contractantes") et à tout accord connexe, ainsi que sur la diligence requise pour la formation ou l'examen du contrat. La I^{ère} Partie présente brièvement les détenteurs de droits fonciers légitimes constituant des parties prenantes essentielles dont les droits doivent être pris en compte lors de la passation de marchés, ainsi que les mécanismes contractuels possibles pour protéger et respecter leurs droits. La II^{ème} Partie présente les parties contractantes ainsi que d'autres parties prenantes qui, sans être parties contractantes, jouent un rôle important dans la formation du contrat. La III^{ème} Partie donne un aperçu des diverses structures contractuelles. La IV^{ème} Partie décrit les principaux stades auxquels est requise la diligence, notamment dans le processus de consultation, l'identification des parties prenantes, l'identification des terres, l'examen de la faisabilité de l'investissement et l'évaluation de ses impacts. La V^{ème} Partie donne un aperçu de la formation du contrat, avec les processus d'appel d'offres et de licitation, la négociation, la forme, le contenu et les conditions du contrat.

I. LES DÉTENTEURS DE DROITS FONCIERS LEGITIMES

2.2. *Introduction.* Les contrats d'investissement en terres agricoles impliquent généralement une relation bilatérale entre: a) un investisseur visant à acquérir des droits fonciers et des droits connexes pour réaliser un investissement agricole; b) un concédant de ces droits, qui est le détenteur légal des droits fonciers ¹ et qui vise à les transférer à l'investisseur en échange de paiement et autres obligations. Toutefois, dans les pays où ont lieu de nombreux investissements agricoles, sont souvent impliqués d'autres parties prenantes – individus distincts ou groupes – appelés détenteurs de droits fonciers légitimes – dont les droits et intérêts doivent être pris en compte.

2.3. *Détenteurs de droits fonciers légitimes.* Les détenteurs de droits fonciers légitimes sont des individus ou des communautés qui vivent, travaillent ou occupent d'une autre manière la terre faisant l'objet de l'opération, et dont les droits ou les revendications d'occupation sont considérés comme socialement légitimes au sein des sociétés locales ².

2.4. *Rapports avec les détenteurs de droits fonciers légitimes.* Dans certains cas, les détenteurs de droits fonciers légitimes possèdent également des droits légaux formels sur les terres qu'ils occupent ou utilisent. Dès lors, ils sont également des détenteurs légaux, et un contrat d'investissement dans ce cas pourrait consister en un accord bilatéral entre l'investisseur et le détenteur de droits fonciers légaux/légitimes. Dans certains systèmes juridiques, les droits légitimes comme les droits d'occupation et d'utilisation sont protégés par des règles et des pratiques coutumières non écrites. Des investissements agricoles peuvent également intervenir en présence de situations juridiques différentes, de systèmes d'enregistrement foncier incomplet ou d'utilisations et revendications foncières qui se superposent. Dans de tels cas, des individus ou des groupes de personnes vivent ou travaillent sur les terres qui font l'objet du projet d'investissement, dont les revendications sur ces terres sont considérées comme socialement légitimes, mais qui ne détiennent pas de titre de propriété légal. Ces personnes sont des détenteurs de droits fonciers légitimes, mais non des

¹ Les détenteurs de droits fonciers légaux sont les personnes dont les droits fonciers – notamment les droits de propriété et les droits coutumiers – sont reconnus par le droit interne. Ces droits peuvent comprendre les droits de propriété des individus, des familles et des groupes; les droits d'utilisation, tels que les baux, les métayages et les accords d'exploitation; et les servitudes. Voir Introduction, Partie II.B (description des termes clés apparaissant dans le Guide, notamment "détenteurs de droits fonciers légaux").

² Voir *id.* (description du terme clé "détenteur de droits fonciers légitimes").

détenteurs de droits fonciers légaux. Néanmoins, la pratique actuelle en matière de contrats et divers instruments internationaux indiquent que les droits des détenteurs de droits fonciers légitimes, et non pas seulement ceux des détenteurs de droits fonciers légaux, doivent être pris en considération.

2.5. *Protéger et respecter les droits fonciers légitimes.* L'investissement responsable dans les systèmes agricoles et alimentaires respecte les droits fonciers légitimes sur les terres, les pêches et les forêts ³. Les Directives volontaires appellent les États à reconnaître et à respecter tous les détenteurs de droits fonciers légitimes et leurs droits, à prendre des mesures raisonnables pour identifier, enregistrer et respecter les détenteurs de droits fonciers légitimes et leurs droits, qu'ils soient formellement enregistrés ou non, à s'abstenir de porter atteinte aux droits fonciers d'autres personnes et à remplir les obligations associées à ces droits ⁴. Par conséquent, la notion de "droits fonciers légitimes" exige que les juristes tiennent compte d'un éventail élargi de droits fonciers lorsqu'ils analysent la forme, la formation et le contenu d'un contrat d'investissement en terres agricoles, ainsi que les parties à celui-ci ⁵.

2.6. *Impliquer les détenteurs de droits fonciers légitimes dans les contrats.* Afin de protéger et de respecter les droits des détenteurs de droits fonciers légitimes, ceux-ci peuvent être directement impliqués dans les contrats ou accords connexes. Ils peuvent être inclus de différentes façons, notamment a) dans des contrats multipartites, b) dans des opérations multipartites par des accords connexes ⁶ et c) dans des contrats investisseurs-concédant en tant que tiers bénéficiaires – ces modalités étant examinées en détail dans la partie III.B ci-après.

2.7. *Importance de la diligence requise et de la consultation.* Même lorsque les détenteurs de droits fonciers légitimes ne seraient pas en définitive parties au contrat ou à un accord connexe, ils devraient toujours être consultés et impliqués dans le processus de la diligence requise, que ce soit lors de la formation du contrat d'investissement ou lorsqu'un nouvel investisseur acquiert un contrat existant (voir en général le Chapitre 5.I sur le transfert de l'investisseur). La IV^{ème} Partie identifie les meilleures pratiques pour intégrer ces détenteurs dans les processus de diligence requise et de consultation.

II. PARTIES CONTRACTANTES ET AUTRES PARTIES PRENANTES

A. Investisseurs

2.8. *En général.* Une des parties contractantes est l'investisseur. Les investisseurs sont *principalement* des entités du secteur privé, telles que des sociétés d'investissement ou des sociétés holding ou des entreprises agroalimentaires spécialisées, mais il peut également s'agir d'entités du secteur public, telles que des fonds souverains et des entreprises publiques ⁷. Ils peuvent avoir des structures financières et de gestion complexes, en particulier dans le cas d'un investissement étranger, car de nombreux États exigent que l'investisseur constitue une entité nationale pour être titulaire de droits fonciers et des droits connexes.

2.9. *Sociétés.* L'investisseur privé peut être un individu ou un groupe d'individus fortunés, mais plus *probablement* une société. La société peut se spécialiser dans l'agro-industrie ou détenir des participations dans plusieurs secteurs. Dans ce dernier cas, la société peut effectuer l'investissement par l'entremise d'une société apparentée qui se consacre expressément aux investissements agricoles ou d'une société telle qu'une filiale ou une structure *ad hoc* créée spécialement aux fins de cet investissement spécifique.

2.10. *Entreprises publiques et fonds d'investissement.* L'investisseur peut également être une entreprise publique ou un fonds souverain. Une entreprise publique est une entreprise commerciale dans laquelle l'État *détient* une participation ou un contrôle important. Un fonds souverain appartient à l'État, il est créé pour investir les ressources provenant des réserves d'un pays au profit de l'économie et des citoyens de cet État, et pour maintenir une certaine stabilisation fiscale. Les fonds souverains sont financés par les réserves de

³ Principes CSA-RAI, principe 5, en référence aux Directives volontaires, Chapitre 12.

⁴ Directives volontaires 3A.1; 12.4.

⁵ Guide technique des Directives volontaires n° 5, p 20.

⁶ Voir Introduction, Partie II-B (description du terme clé "accord connexe")

⁷ Voir Introduction, Partie II-B (description du terme clé "investisseur").

la banque centrale, les revenus générés par les exportations de ressources naturelles et d'autres matières premières, ou par d'autres actifs appartenant à l'État ou contrôlés par celui-ci. Les fonds souverains sont des structures d'investissement en forte croissance, tant en part de marché qu'en nombre. Les entreprises publiques et les fonds souverains sont très réglementés dans le pays d'origine; un investissement impliquant ces structures peut être soumis à des exigences réglementaires et légales supplémentaires, ainsi qu'à des considérations diplomatiques et politiques éventuelles pour le gouvernement de l'État dans lequel l'investisseur investit ou cherche à investir et pour l'État d'origine de l'investisseur, s'il est différent.

2.11. *Domicile.* L'investisseur peut être domicilié dans le pays hôte (c'est-à-dire dans l'État où la terre est située) ou à l'étranger. Ce dernier cas peut comporter des restrictions pour l'accès à la propriété ou à la *location* de terres et aura certainement des répercussions fiscales et en matière de responsabilité, il pourrait faire intervenir d'autres lois applicables, comme les traités bilatéraux d'investissement, ainsi que des options de règlement des différends différentes. Une société privée voulant réaliser un investissement agricole à l'étranger peut souhaiter établir une filiale locale en tant que partie contractante. Une société multinationale pourrait aussi conclure le contrat elle-même, tout en établissant une filiale locale pour gérer l'investissement. Traditionnellement, les sociétés mères ne sont pas tenues responsables des dettes de leurs filiales. En vertu de la *common law*, toutefois, un tribunal peut "percer le voile" de la société mère s'il soupçonne une irrégularité ou des transferts d'actions douteux ou d'autres moyens frauduleux visant à éviter la responsabilité de la filiale.

2.12. *Organisation de l'entreprise.* L'investisseur doit faire une déclaration complète et précise de l'organisation de son entreprise, le plus souvent dans un document joint au contrat ou, selon les exigences réglementaires, par dépôt auprès de l'organisme de réglementation compétent dans l'État d'origine. La déclaration désignera les directeurs et les cadres supérieurs de l'entreprise, ainsi que les personnes qui détiennent plus d'une certaine part des actions ou des droits de vote de la société⁸. La plupart des systèmes juridiques exigent de l'investisseur qu'il revoie périodiquement (par exemple tous les ans) la déclaration pour garantir l'exactitude des informations (voir le Chapitre 3.II.A), et exigent également que l'investisseur divulgue immédiatement tout changement de contrôle qui surviendrait avant ou pendant la durée de vie de l'investissement (voir le Chapitre 5.I.C).

2.13. *Entreprises apparentées.* L'investisseur doit faire connaître l'identité de chacune de ses entreprises apparentées, la relation entre l'entreprise apparentée et l'investisseur, et le pays dans lequel l'entreprise apparentée est constituée. Une "entreprise apparentée" est définie comme une entité qui, *directement* ou indirectement par un ou plusieurs intermédiaires, contrôle l'investisseur, est contrôlée par l'investisseur ou est sous contrôle commun avec celui-ci. "Contrôle" signifie le pouvoir direct ou indirect de diriger ou de faire diriger la gestion ou les politiques d'une entité, que ce soit par le droit de vote (souvent par la détention de plus de 50% du capital social d'une société), par contrat ou autrement. L'investisseur doit également divulguer toute opération effectuée avec des parties apparentées, ainsi que sa nature et son montant. L'investisseur doit revoir ces informations périodiquement pour assurer leur exactitude.

B. Concédants

2.14. *En général.* Le concédant est le titulaire légal du droit foncier qui transfère les droits fonciers et des droits connexes à l'investisseur pour une période déterminée. Bien que les contrats d'investissement en terres agricoles prennent de nombreuses formes et puissent impliquer plusieurs parties, le Guide se concentre sur les contrats entre investisseurs et gouvernements et entre investisseurs et communautés locales⁹.

2.15. *Le gouvernement en tant que partie concédante.* Il est courant que le gouvernement soit le concédant, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, dans de nombreux États où des investissements en terres agricoles à grande échelle sont réalisés, l'État est le propriétaire légal de la totalité ou de la majeure partie des terres. Dans d'autres États où la propriété foncière privée existe, les terres identifiées pour les

⁸ Les seuils de détention de parts au profit de bénéficiaires effectifs sont déterminés conformément aux exigences réglementaires nationales. Par exemple, dans certains États, ce seuil est de 5 %, alors que dans d'autres, il est de 25 %.

⁹ Voir Introduction, Partie II-B (description du terme clé "concédant").

investissements agricoles étrangers font souvent partie du parc foncier public. Dans d'autres cas encore, les transferts de terres d'une certaine superficie, ou les transferts à des investisseurs étrangers, ne peuvent être effectués que par l'État.

2.16. *Autorité gouvernementale.* Le signataire au nom du gouvernement est le plus souvent un fonctionnaire du ministère ou de l'organisme administratif chargé de l'attribution des terres ¹⁰. Parmi les exemples courants, citons le ministère des terres, le ministère des finances, le ministère de l'agriculture, le ministère des forêts, le ministère de l'environnement ou une agence de promotion des investissements. Cet organisme représente le gouvernement en tant que partie contractante, et le ou les représentants du gouvernement devraient être nommés dans le contrat.

2.17. *Niveaux de gouvernement.* Toutefois, l'investissement ne doit pas nécessairement être effectué au niveau national. La partie contractante peut être un membre de l'administration du district ou de la municipalité, ou une autorité traditionnelle telle qu'un chef ¹¹. Plusieurs entités gouvernementales opérant à différents niveaux de l'administration peuvent être inscrites comme parties au contrat. Si la partie contractante fait partie de l'administration décentralisée, le contrat doit être conclu conformément au droit interne; de même, le gouvernement doit respecter et appliquer les accords conclus au niveau décentralisé, pour autant qu'ils soient conformes au droit interne.

2.18. *Communauté locale et propriétaires fonciers privés concédants.* Si le gouvernement n'est pas le titulaire légal des droits fonciers sur les terres concernées, alors le concédant est souvent soit une communauté locale ¹² détenant la terre, soit un propriétaire foncier privé ¹³. Ceux-ci peuvent avoir des droits de pleine propriété sur les terres en question ou des droits d'occupation à long terme qui permettent des transferts. Si le concédant est une communauté locale ou un propriétaire foncier privé, le contrat entérine une opération privée entre deux parties, l'une étant l'investisseur et l'autre le concédant individuel, ou une organisation ou association représentant la communauté. Toutefois, même lorsque le détenteur des droits fonciers légaux est un individu, un groupe ou une communauté, le gouvernement joue souvent un rôle dans l'investissement en facilitant les contacts et les opérations entre les investisseurs, les responsables locaux et les membres de la communauté concernés par l'investissement. Le gouvernement peut également vérifier la légitimité de la revendication du détenteur de droits fonciers légaux sur la terre (par exemple, en procédant à une recherche du titre) et peut utilement constater la légitimité des détenteurs de droits fonciers ou de toute autre partie concernée.

C. Détenteurs de droits fonciers légitimes

2.19. *En général.* Les détenteurs de droits fonciers légitimes, même s'ils ne sont pas des détenteurs de droits légaux sur les terres concernées ¹⁴, peuvent détenir une multitude de droits - y compris des droits de pleine jouissance, des droits d'occupation à long terme, des droits d'usage en vertu de location, des servitudes ou des droits d'utilisation saisonnière - inclus dans le projet d'investissement. Les investisseurs doivent identifier et consulter les détenteurs de droits fonciers légitimes avant d'entreprendre tout investissement, et les détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent être inclus comme parties contractantes.

¹⁰ Il convient toutefois de noter que si ces ministères peuvent être les signataires du contrat au nom du gouvernement, d'autres organes administratifs - tels que le registre foncier public - peuvent être chargés d'accorder des autorisations et approbations spécifiques.

¹¹ Voir Introduction, Partie II-B (description du terme clé "autorité traditionnelle").

¹² Voir Introduction, Partie II.B (qui décrit le terme "communauté locale" en notant qu'aux fins du Guide, ce terme "ne désigne pas les subdivisions administratives locales, qui sont englobées dans le terme "gouvernement").

¹³ Voir Introduction, Partie II.B, para. 15 (qui établit en ce qui concerne le point focal du Guide sur les contrats entre investisseurs et gouvernements et entre investisseurs et investisseurs et communautés locales que "bien que les contrats d'investissement en terres agricoles entre investisseurs et propriétaires fonciers privés - dès lors qu'il ne s'agit pas de communautés locales - ne relèvent généralement pas de la portée du Guide (voir, par exemple, la description du terme clé «concédant» dans le Guide ci-dessous), les orientations du Guide peuvent néanmoins être applicables").

¹⁴ Voir Partie I ci-dessus (définition des détenteurs légitimes de droit de propriété ainsi que la relation entre ceux-ci et les détenteurs juridiques de droit de propriété).

2.20. *Organisation*. Les détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent détenir les terres individuellement, collectivement, dans le cadre de structures de propriété familiale ou d'une combinaison de ces structures. En outre, les terres en question peuvent être administrées par des parties autres que les détenteurs des droits fonciers légitimes (par exemple, par une organisation communautaire ou par un chef ou une autre autorité traditionnelle).

2.21. *Manque de protection et risques*. Les détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent ne pas être suffisamment protégés par le droit interne et, dans de nombreux cas, leurs titres fonciers ne sont pas documentés et sont difficiles à vérifier. En conséquence, l'investisseur et le concédant risquent de ne pas suffisamment les consulter, de ne pas obtenir leur consentement lorsqu'il est nécessaire, et de ne pas faire participer les détenteurs de droits fonciers légitimes à leur contrat comme parties à ce contrat ou à un accord connexe ou en tant que tiers bénéficiaires. En outre, si les détenteurs légitimes sont des peuples autochtones, le principe du "consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause" (CPLCC) s'applique ¹⁵. Ne pas identifier, consulter, ni obtenir la participation des détenteurs de droits fonciers légitimes et ne pas obtenir le CPLCC des peuples autochtones susceptibles d'être affectés peut créer des tensions et des conflits, s'avérer contraire aux obligations légales du gouvernement ou aux normes ou aux politiques applicables à l'investisseur, et peut avoir un impact négatif sur les autres détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales (voir la Partie IV.A.2 b) ci-après concernant le CPLCC). En fait, dans de nombreux systèmes juridiques, le principe du CPLCC est devenu habituel non seulement pour les peuples autochtones, mais pour tous les membres des communautés locales.

D. Autres parties prenantes

2.22. *En général*. Outre les parties contractantes, un investissement agricole implique souvent plusieurs autres parties prenantes. Bien que ces parties prenantes ne soient pas nécessairement signataires du contrat, il est important de comprendre leurs droits et leurs intérêts dans le contexte de l'investissement. La présente section traite brièvement de quelques groupes importants dont les parties devraient être informées. La Partie IV ci-après fournit de plus amples renseignements sur la façon d'identifier ces groupes de parties prenantes et de les consulter adéquatement.

2.23. *Communauté locale*. La communauté locale se réfère à un groupe de personnes vivant sur ou à proximité de la terre considérée pour l'investissement. La communauté locale peut être elle-même détenir un droit foncier légal ou légitime et peut être la partie concédante (voir le paragraphe 2.18 ci-dessus), ou elle peut simplement résider à l'intérieur ou à proximité de la terre objet de l'investissement, sans avoir aucun droit sur celle-ci. Toutefois, même si la communauté locale n'a pas de droits formels, coutumiers ou légitimes sur la terre, elle peut être affectée par l'investissement. L'investisseur et le concédant doivent alors identifier les membres de la communauté locale (voir la Partie IV.A.1 concernant le processus d'identification). L'investisseur et le concédant devraient également consulter la communauté locale avant de finaliser l'investissement et, dans certains cas, pourraient conclure des accords connexes avec la communauté locale ou lui accorder des droits en vertu du contrat principal en tant que tiers bénéficiaires. Conformément aux meilleures pratiques, même si les membres de la communauté locale ne sont pas autochtones, l'investisseur devrait envisager de suivre le principe du CPLCC (voir Partie IV.A.2(b) concernant le CPLCC).

2.24. *Peuples autochtones*. Plus particulièrement, si les membres de la communauté locale concernée comptent des peuples autochtones, le principe du CPLCC devrait s'appliquer. En vertu de ce principe, les peuples autochtones devraient être consultés et donner leur consentement exprès avant la mise en place de tout projet qui affecte directement leurs terres ou leurs ressources (voir Partie IV.A.2(b) concernant le CPLCC).

2.25. *Organismes gouvernementaux*. Bien que le contrat puisse être signé par un seul organisme gouvernemental, il est fort probable qu'il impliquera plusieurs organismes à divers niveaux du gouvernement qui pourront être chargés d'accorder des permis, d'effectuer des évaluations environnementales et autres

¹⁵ Guide technique des Directives volontaires n° 3.

suivis, d'assurer la liaison entre l'investisseur et les communautés locales ou de fournir des services liés à l'investissement comme l'électricité. Les parties devraient bien comprendre quels organismes sont concernés par les différents aspects de l'investissement ainsi que les organismes qui ont l'autorité requise pour signer le contrat d'investissement ou tout accord connexe au nom du gouvernement.

2.26. *Autres parties prenantes.* D'autres tiers peuvent inclure par exemples des sous-contractants et sous-traitants, des prestataires de services, des sociétés apparentées, des banques ou autres créanciers, des notaires, des assureurs, des prestataires de certification et des participants à la chaîne d'approvisionnement.

III. DIFFÉRENTS ACCORDS

A. Contrat investisseur - concédant

2.27. *En général.* Le contrat peut se présenter sous de nombreuses formes et suivre différents modèles. Toutefois, généralement les droits et obligations relatifs à un investissement foncier - en particulier un investissement foncier important - sont documentés dans un contrat ou une série de contrats portant sur la transaction foncière et des droits connexes pour une durée déterminée, en particulier entre investisseurs et concédants (par exemple, contrats d'investissement, contrats de concession ou baux).

2.28. *Opérations portant sur une durée déterminée.* Il est courant que le contrat prévoie l'octroi de droits fonciers et de droits connexes pour une période déterminée, plutôt qu'une vente des droits, pour au moins trois raisons. Premièrement, certains États interdisent aux investisseurs étrangers de posséder des terres en général ou des terres agricoles en particulier, ce qui explique en partie que les concessions de droits à durée déterminée prévalent. Deuxièmement, un tel transfert de droits peut être préférable lorsqu'un gouvernement est réticent à vendre définitivement ses terres. Troisièmement, à la différence des ventes, les concessions entraînent des obligations continues entre les parties contractantes. Ces obligations continues permettent d'incorporer des garanties contractuelles et d'en assurer le suivi afin d'en atténuer les effets négatifs.

B. Contracter avec des détenteurs de droits fonciers légitimes

2.29. *Notion générale.* Il est essentiel que le contrat tienne compte des droits des détenteurs de droits fonciers légitimes, même si ce ne sont pas les concédants. Ces détenteurs sont généralement impliqués contractuellement dans un de ces trois cas: a) en tant que partie contractante (par exemple, dans le cadre d'un contrat multipartite); b) en tant que partie à un accord connexe au contrat, tel qu'un protocole d'accord ou un accord d'intérêt communautaire; ou c) en tant que tiers bénéficiaire au contrat. Les contrats multipartites et les accords connexes permettent aux détenteurs de droits fonciers légitimes de traiter directement avec l'investisseur, de convenir d'engagements mutuellement avantageux et de créer un mécanisme en vue de faire respecter ces engagements. Les contrats dans lesquels les détenteurs de droits fonciers légitimes sont des tiers bénéficiaires leur confèrent certains droits et leur donnent accès à des recours en cas de violation de ces droits.

1. Contrats multipartites

2.30. *Détenteur de droits fonciers légitimes en tant que partie contractante.* Les détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent être inclus en tant que parties contractantes dans un contrat, outre l'investisseur et le concédant. Ils peuvent être représentés par une seule entité juridique, par exemple un organisme communautaire, une association de propriétaires fonciers, une structure de gouvernance coutumière ou un représentant élu. Ou encore, les détenteurs légitimes individuels peuvent apparaître comme parties au contrat, soit à la place de l'organe de représentation, soit en plus de celui-ci.

2.31. *Représentation.* Si les détenteurs de droits fonciers légitimes sont représentés par une entité juridique, cette dernière peut avoir constituée avant l'investissement ou avoir été créée spécifiquement aux fins de l'investissement. Dans un cas comme dans l'autre, il est courant qu'il existe un document distinct énonçant les droits et obligations entre les détenteurs de droits fonciers légitimes et leur représentant. Ce document désigne formellement le représentant légal et peut préciser l'étendue de son pouvoir ainsi que les

modalités de consultation et d'information des détenteurs de droits fonciers qu'il représente. L'accord peut faire l'objet d'un contrat ou, si le représentant légal est un organisme communautaire ou coutumier, d'une résolution du comité directeur ou du conseil.

2.32. *Contrats tripartites.* En général, un contrat tripartite comprend des sections traitant respectivement des droits et obligations de l'investisseur, du concédant (c'est-à-dire du détenteur légal du droit foncier) et des détenteurs de droits fonciers légitimes. Les obligations de ces derniers peuvent inclure, par exemple, des clauses de conformité, de non-ingérence ou accords similaires visant à assurer la coopération entre les détenteurs de droits fonciers légitimes et l'investissement.

2.33. *Participations en capital.* Un contrat tripartite peut également être pertinent dans les cas où les détenteurs de droits fonciers légitimes détiennent une participation au capital de l'investissement (par exemple, dans le cadre d'entreprises conjointes telles que la formule "terre contre participation en capital social"). Dans ces cas, le contrat tripartite définit généralement les conditions et la structure financière, ainsi que les aspects concernant la gouvernance de l'entreprise (par exemple, les détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent avoir droit à un siège au conseil d'administration).

2. Opérations multipartites reposant sur des contrats connexes

2.34. *Détenteurs de droits fonciers légitimes en tant que parties à un accord connexe.* Une deuxième façon d'intégrer les détenteurs de droits fonciers légitimes dans un contrat se fait par le biais d'un accord connexe, comme une analyse coût/ bénéfices ou un protocole d'accord. Un tel accord est souvent conclu directement entre les détenteurs légitimes et l'investisseur, bien que le concédant puisse également être impliqué. L'accord connexe énonce généralement les droits et obligations de l'investisseur à l'égard des détenteurs de droits fonciers légitimes. La violation de l'accord connexe peut constituer une violation du contrat.

2.35. *Relation entre le contrat et l'accord connexe.* L'accord connexe devrait être expressément mentionné dans le contrat, souvent dans une sous-section intitulée "Accord de développement communautaire", dans la section "Obligations de l'investisseur" ou "Obligations de la société"¹⁶. De même, l'accord connexe devrait faire référence au contrat, le plus souvent dans le préambule ou dans une section similaire contenant les considérants au début de l'accord connexe.

2.36. *Objectif.* L'objectif de l'accord connexe est le plus souvent de préciser les droits et les obligations de l'investisseur à l'égard des détenteurs de droits fonciers légitimes, et en particulier les avantages économiques et sociaux dus à ces détenteurs en échange de l'accès aux terres et aux ressources sur lesquelles ils ont des droits, ainsi que d'autres aides communautaires pour l'investissement. Les avantages accordés aux détenteurs légitimes sont déterminés à la suite des consultations et des négociations décrites dans le Guide (voir respectivement les Parties IV et V ci-après). Comme indiqué au Chapitre 3.II ci-après, les avantages comprennent souvent une rémunération financière (par exemple, un loyer par hectare de terres utilisées), dont les modalités de paiement et les parties bénéficiaires sont précisées au contrat; la formation ou l'emploi des membres des communautés locales dans le cadre de l'investissement; la fourniture de certaines infrastructures et services sociaux (par exemple, la construction d'une école et sa dotation en personnel, ou un centre récréatif).

2.37. *Négociation d'un accord connexe.* En raison des fréquentes asymétries d'information et de pouvoir entre les détenteurs de droits fonciers légitimes et l'investisseur, il est essentiel que toutes les consultations et négociations portant sur les accords de développement communautaire et autres accords connexes suivent les mêmes bonnes pratiques que celles définies pour la consultation et la négociation du contrat.

2.38. *Contenu de l'accord connexe.* L'accord connexe peut commencer par une description de la relation envisagée entre l'investisseur et les détenteurs de droits fonciers légitimes, donnant ainsi le ton pour le reste de l'accord. Il peut préciser, par exemple, que la relation est fondée sur des principes de coopération, de respect mutuel et de bonne foi. L'accord connexe peut définir les relations entre les différentes parties à

¹⁶ Si le protocole d'accord n'a pas été conclu à la date de signature du contrat d'investissement, ce dernier pourra se référer au protocole d'accord « à conclure » dans un certain délai à compter de la date de prise d'effet du contrat d'investissement.

l'accord, et désigner leurs représentants. Par exemple, si les détenteurs de droits fonciers légitimes sont représentés par des organismes tels que des conseils communautaires ou des associations, l'accord connexe peut décrire la nature de cette représentation et les fonctions de cet organisme représentatif. Il peut ensuite décrire la structure de la relation continue entre l'investisseur et les détenteurs de droits fonciers légitimes, y compris la fréquence et le mode de communication et du partage de l'information, ainsi que le processus de prise de décisions communes en matière d'investissement. L'accord connexe peut décrire les droits et obligations de chaque partie, notamment les droits de l'investisseur d'accéder aux terres et aux ressources mentionnées dans le contrat, et les avantages dus aux détenteurs de droits fonciers légitimes¹⁷. L'accord connexe peut également stipuler les droits et obligations des parties en matière de suivi, d'évaluation et de règlement des différends.

2.39. *Accords connexes multiples.* Il est possible qu'un contrat d'investissement en terres agricoles comporte plus d'un accord connexe. Par exemple, l'investisseur peut conclure des protocoles d'accord distincts avec différents groupes de détenteurs de droits fonciers légitimes, en particulier si les avantages négociés avec ces groupes diffèrent les uns des autres. Il est également possible qu'un accord connexe existe même dans les cas où les détenteurs de droits fonciers légitimes sont parties au contrat dans le cadre d'une structure contractuelle tripartite.

3. Contrats avec les détenteurs de droits fonciers légitimes comme tiers bénéficiaires

2.40. *En général.* Les contrats peuvent conférer des droits à des tiers. Ceux-ci, appelés tiers bénéficiaires, ne sont pas signataires du contrat, mais peuvent en bénéficier si le contrat est exécuté et, dans certaines circonstances, ont le droit légal de le faire exécuter ou de demander réparation en cas de violation dudit contrat¹⁸.

2.41. *Reconnaissance et droits.* Dans les pays qui reconnaissent le principe du tiers bénéficiaire, l'investisseur et le concédant peuvent conclure des contrats bilatéraux qui créent des droits pour les détenteurs de droits fonciers légitimes en tant que tiers bénéficiaires¹⁹. Ces droits peuvent porter, entre autres, sur l'indemnisation, les avantages sociaux, la consultation ou la fourniture d'informations, les servitudes ou autres droits de passage, et le respect de certaines normes environnementales. Ces droits peuvent, en outre, être soumis à toutes les conditions ou limitations stipulées par les parties contractantes et incluses dans le contrat²⁰. En général, si l'investisseur viole cette clause, le tiers bénéficiaire a un droit contractuel direct et peut demander l'exécution en nature et des dommages-intérêts comme s'il était partie au contrat (voir le Chapitre 4.IV). Toutefois, pour faire exécuter cet engagement, les détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent être tenus de démontrer que la disposition contractuelle concernée était principalement à leur avantage²¹. Le tiers bénéficiaire peut également renoncer au droit qui lui est conféré; toutefois, étant donné qu'un tel droit est en général à son avantage, les tiers ne sont généralement pas incités à le faire²².

2.42. *Gouvernements et tiers bénéficiaires.* Le fait que le gouvernement soit partie à de nombreux contrats peut aider les détenteurs de droits fonciers légitimes à démontrer que certaines dispositions de ce contrat ont été conclues à leur profit. Certains tribunaux, par exemple, ont statué que si le gouvernement est partie à un contrat conclu à leur profit, ses citoyens peuvent avoir des droits en qualité de tiers bénéficiaires.

2.43. *Investisseurs et tiers bénéficiaires.* Plusieurs instruments internationaux récents, plus particulièrement les Directives volontaires et les Principes CSA-RAI, reconnaissent que les investisseurs ont

¹⁷ Parfois, le protocole d'accord sera le document où sont décrits les terres/ressources et les conditions détaillées d'accès et d'utilisation. D'autres fois, cette information sera contenue dans le contrat d'investissement lui-même, ou dans un troisième accord connexe traitant spécifiquement du transfert des terres.

¹⁸ Selon les Principes d'UNIDROIT, par exemple, un tiers bénéficiaire doit être identifiable avec une certitude suffisante dans le contrat, mais il n'est pas nécessaire qu'il soit explicitement nommé dans le contrat, ni qu'il existe au moment de la conclusion du contrat. Voir Principes d'UNIDROIT, art. 5.2.2.

¹⁹ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 5.2.1.

²⁰ *Id.*, art. 5.2.5.

²¹ Voir par exemple les Principes d'UNIDROIT, art. 5.2.1 - 5.2.3.

²² Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 5.2.6.

l'obligation de respecter les droits fonciers légitimes et un accès équitable à la terre dans le cadre des investissements agricoles. Plus généralement, les Principes directeurs des Nations Unies reconnaissent que les investisseurs ont l'obligation de respecter les droits de l'homme. Ces instruments tous ensemble donnent à conclure que les contrats d'investissement en terres agricoles doivent respecter les droits des détenteurs de droits fonciers légitimes en particulier et des communautés locales en général, et, sous réserve de la loi applicable, peuvent favoriser le traitement de ces détenteurs et des communautés comme des tiers bénéficiaires aux contrats auxquels ils ne sont pas parties. L'identification et la prise en compte des détenteurs et communautés font désormais partie de la diligence que les conseillers des investisseurs doivent exercer pour éviter les litiges, les troubles et les protestations qui pourraient survenir si les droits de ces détenteurs et communautés ne sont pas pleinement pris en compte.

2.44. *Les ressources en tant que biens publics.* La législation nationale peut traiter les terres et les ressources naturelles comme des biens publics qui revêtent un intérêt direct pour la population. Certaines Constitutions nationales reconnaissent, par exemple, que les ressources naturelles appartiennent au peuple et que celui-ci a droit aux revenus de ces ressources. De telles dispositions peuvent permettre aux détenteurs de droits fonciers légitimes de revendiquer le statut de tiers bénéficiaires et d'intenter des poursuites si leurs droits sur les terres en question sont lésés.

2.45. *Considérations relatives aux droits de l'homme.* Même si les détenteurs de droits fonciers légitimes ne sont pas parties au contrat ni pris en considération dans le contrat, il leur est possible de demander réparation en invoquant certains principes des droits de l'homme. Divers tribunaux internationaux et régionaux (par exemple, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP)) ont reconnu les droits des groupes autochtones et non autochtones sur leurs terres et les ressources naturelles, et ont utilisé cette reconnaissance pour accorder des dommages-intérêts aux communautés locales lésées.

IV. DILIGENCE REQUISE

2.46. *Introduction.* L'exercice de la diligence requise - en ce qui concerne l'identification des parties et des parties prenantes possibles, la localisation des terres, l'examen de la faisabilité de l'investissement et l'évaluation des impacts potentiels - est un élément essentiel des investissements responsables et durables. Il permet d'impliquer les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales en incorporant les garanties nécessaires, ce qui contribuera au succès de l'investissement et à l'atténuation de ses effets négatifs. Consacrée à la discussion de la diligence requise, cette partie traite a) de l'identification des parties et des parties prenantes et b) de la terre et des impacts potentiels.

A. Identification des parties et des parties prenantes

2.47. *Importance de l'identification.* En fonction de sa taille et de sa localisation, un investissement agricole peut affecter de nombreuses personnes, directement ou indirectement. Par conséquent, dès le début du processus contractuel, il est important d'identifier les parties prenantes, qu'il s'agisse de parties contractantes potentielles ou de personnes qui devront être consultées ou incluse dans le processus de la diligence requise.

2.48. *Identification des parties prenantes.* Selon les cas, il peut être difficile de déterminer l'identité des parties prenantes pour diverses raisons, notamment l'absence de registres fonciers clairs, exacts et actualisés, des limites d'arpentage inexacts ou une multitude de revendications de droits de propriété et d'utilisation qui se chevauchent, dont certaines peuvent ne pas être consignées formellement. Cependant, il est important de connaître les parties prenantes, ainsi que l'emplacement et la nature de leurs droits et obligations connexes aux terres concernées. Comprendre qui sera touché et l'étendue des effets probables est une condition préalable à une évaluation d'impact efficace (voir la Partie IV.B.2 ci-après) et peut

également être nécessaire si l'investissement affecte des populations autochtones ou implique une réinstallation²³.

2.49. *Occupants de mauvaise foi.* Il n'est pas rare que des personnes profitent du manque de familiarité d'un investisseur étranger avec le contexte local pour s'installer dans la zone objet de l'investissement peu après l'annonce de celui-ci et tenter d'obtenir une indemnisation. Pour cette raison, il est important que l'investisseur effectue un recensement complet des parties prenantes, comprenant une reconstitution dans l'histoire de l'utilisation et de l'occupation des terres concernées.

1. Recensement des parties prenantes

2.50. *En général.* Le processus de collecte de ces informations mène à un recensement (parfois appelé « cartographie ») des parties prenantes. Une partie prenante est une personne qui a un intérêt ou est concernée par une certaine situation, de façon principale (lorsque directement affectée par l'investissement) ou secondaire (indirectement affectée). Dans le cas des investissements en terres agricoles, les parties prenantes peuvent être: les propriétaires fonciers légaux (d'après les documents officiels), les propriétaires fonciers légaux dont les titres peuvent ne pas avoir été enregistrés, les détenteurs fonciers coutumiers, les détenteurs saisonniers ou temporaires (par exemple les éleveurs), les locataires, les travailleurs saisonniers, les titulaires de servitudes ou de droits de passage (par exemple, les communautés qui traversent les terres pour accéder aux sources d'eau), les coopératives d'agriculteurs ou autres groupes organisés, les autorités traditionnelles, les fonctionnaires de l'administration, les hommes et les femmes qui vivent en dehors de la zone d'investissement mais qui ont des droits sur les ressources de la zone, les détenteurs fonciers adjacents dont la valeur de leur terre ou les conditions d'accès peuvent être affectés par les investissements, les hommes et femmes qui ont des liens spirituels ou culturels avec cette zone, surtout s'ils sont autochtones (voir Partie IV.2(b) ci-après en ce qui concerne le CPLCC).

2.51. *Réalisation du recensement des parties prenantes.* Il est important de faire appel à des conseillers locaux de confiance qui connaissent bien les régimes fonciers coutumiers et légaux et qui connaissent suffisamment la communauté locale pour recueillir et fournir des informations exactes et à jour sur les droits fonciers. Ces personnes doivent être suffisamment fiables pour que l'information qu'elles fournissent fasse autorité et, idéalement, soit incontestable. Ces conseillers locaux peuvent être des membres de confiance de la communauté locale (par exemple, un conseil ou un chef de village) ou des organisations de la société civile qui travaillent dans ou avec la communauté locale. En effectuant ce recensement et dans le traitement des données recueillies, les parties doivent se conformer à la réglementation applicable en matière de protection des données et de la vie privée.

2.52. *Représentation.* En raison des asymétries d'information et de pouvoir existant dans de nombreuses communautés locales, l'autorité ou le dirigeant peut ne pas représenter les intérêts de tous les détenteurs potentiels de droits fonciers légitimes ou des communautés locales plus vastes, en particulier des populations vulnérables. Par conséquent, il est important de rencontrer diverses parties prenantes ayant des intérêts différents, notamment les femmes, les jeunes, les anciens, les groupes autochtones, les pasteurs ou d'autres groupes qui utilisent la terre de manière non traditionnelle. Un conseiller local de confiance peut aider à identifier l'ensemble des parties prenantes, certaines pouvant ne pas être évidentes pour les parties. Le conseiller local, de concert avec les parties, devrait être en mesure, si nécessaire, de faire des recherches historiques et ethnographiques concernant les terres en question.

2.53. *Questions clés.* Il est important non seulement d'identifier les parties prenantes, mais aussi leurs intérêts et leurs liens les unes aux autres. Les questions clés à poser lors du recensement des parties prenantes sont les suivantes:

- Les parties prenantes concernées par les terres et les ressources ont-elles toutes été listées ?
- Les intérêts de toutes les parties prenantes ont-ils été clairement identifiés ?

²³ Voir SFI. 2012. Normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale, normes 5 et 7 (respectivement réinstallation et peuples autochtones).

- Les parties détenant des droits légaux sur les terres ont-elles toutes été identifiées ? Les parties détenant des droits légitimes sur les terres ont-elles toutes été identifiées ?
- Existe-t-il des archives qui documentent les droits fonciers dans la zone du projet d'investissement ? Documentent-elles les droits coutumiers et secondaires ? Quels droits ne sont pas documentés ²⁴ ?
- Existe-t-il des conflits entre les droits des parties sur les terres ? Sinon aujourd'hui, dans le passé ? Quel est le risque de conflits futurs, et en particulier, en quoi l'investissement peut-il exacerber ces conflits ²⁵ ?
- Comment les parties prenantes estiment-elles les terres (notamment sur un plan économique, social, spirituel) ? Quelle valeur les parties prenantes donnent-elles aux terres ?
- Comment l'investissement proposé affectera-t-il les droits fonciers de chaque partie prenante ? Quelles sont les préoccupations majeures des parties prenantes à cet égard ?
- Quelles sont les attentes, les besoins ou les souhaits des parties prenantes concernant les terres ?

Une fois répondu à ces questions, il est utile d'établir une chronologie de l'utilisation et de la propriété des terres concernées.

2. Consultation

2.54. *En général.* Le principe de consultation est inscrit dans les Directives volontaires ainsi: "s'engager auprès de ceux qui, détenant des droits fonciers légitimes, pourraient être affectés par ces décisions, et rechercher leur appui, et prendre en compte leur contribution; prendre en considération le déséquilibre des rapports de force entre les différentes parties et assurer une participation active, libre, efficace, utile et en connaissance de cause des individus ou des groupes aux processus de prise de décision." ²⁶

2.55. *Objectif.* Les consultations dans le cadre d'un contrat d'investissement foncier ont pour but de recueillir les préoccupations et les désirs des personnes qui seront affectées par l'investissement, de tenir compte des attentes de toutes les parties et, au besoin, d'apporter des ajustements à l'investissement en général et au contrat en particulier, par exemple en incluant les protections demandées par les parties prenantes. L'investisseur devrait consulter toutes les parties prenantes, y compris les détenteurs de droits fonciers légitimes et la communauté locale, même si ces parties prenantes ne sont pas des parties contractantes.

2.56. *Exigences.* Plusieurs instruments internationaux - dont les Directives volontaires et les Normes de performance 1, 5 et 7 de la Société financière internationale (SFI) - prévoient des consultations communautaires ²⁷. Les lois et les lignes directrices en matière de consultation varient d'un État à l'autre. Dans certains États, le gouvernement ou l'investisseur ont l'obligation légale de consulter la communauté locale dans certaines situations, par exemple lorsque les actions du gouvernement ou de l'investisseur risquent d'interférer avec les terres et les moyens de subsistance locaux et les pratiques traditionnelles. Un conseiller local peut indiquer les normes et lignes directrices en matière de consultation qui s'appliquent dans l'État en question. Les normes externes, telles que celles imposées par les systèmes de certification ou

²⁴ Des atteintes involontaires aux droits fonciers légitimes mais non documentés des communautés locales risquent de poser des risques importants pour l'investissement. Par conséquent, si la réponse à cette question est "non", alors l'investisseur devrait entamer un processus de recensement participatif indépendant pour identifier tous les droits. S'il n'existe pas d'information fiable et que l'investisseur estime qu'il n'est pas en mesure d'effectuer ce recensement, il devrait fortement envisager d'annuler ou de déplacer le projet.

²⁵ Les conflits fonciers existants constituent un risque important pour l'investissement. Si ces conflits ne peuvent être résolus, l'investisseur devrait fortement envisager d'annuler ou de déplacer le projet.

²⁶ Directives volontaires, principe 3b.6.

²⁷ *Id.*, principe 3b.6, Ch. 9.9; SFI. 2012. Normes de performance; 1, 5, 7.

par les institutions financières, peuvent également exiger la consultation des communautés locales ou l'obtention de leur consentement.

(a) *Principes d'un processus de consultations véritables*

2.57. *Consultation véritable.* Les Principes directeurs des Nations Unies énoncent que les entreprises doivent s'engager dans "de véritables consultations avec des groupes et autres acteurs concernés susceptibles d'être touchés, et ce en fonction de la taille de l'entreprise et de la nature et du cadre de l'activité."²⁸ En général, un bon processus implique des consultations volontaires, inclusives, collaboratives, équitables, en temps opportun et transparentes. Le recours à un tiers facilitateur indépendant ayant acquis de l'expérience dans la conduite des consultations peut améliorer considérablement le processus et les résultats des consultations.

2.58. *Consultation volontaire.* Une consultation est volontaire si elle est menée sans contrainte, manipulation, influence injustifiée ou pression. Par exemple, dans le cadre des investissements fonciers, il arrive que le gouvernement fasse pression sur les communautés pour qu'elles prennent des décisions rapidement. Le concept de "volontaire" est fortement souligné dans le principe du CPLCC, qui s'applique aux investissements qui affectent les peuples autochtones (voir aussi la section 2(b) ci-dessous concernant le CPLCC).

2.59. *Consultation inclusive.* Une consultation est inclusive si elle implique toutes les parties concernées dont les droits peuvent être affectés par l'investissement, ainsi que les décideurs ayant autorité sur l'investissement. Il est important de noter que le nombre de personnes impliquées dans les consultations sera probablement plus large que celui des parties finalement incluses dans le contrat. Par exemple, les membres de la communauté locale devraient être consultés, même s'ils ne sont pas en fin de compte des détenteurs légaux ou légitimes de droits fonciers, et donc non inclus dans le contrat. Le processus de recensement des parties prenantes (voir la section B.1 ci-dessus) aidera à identifier les personnes concernées par la consultation. Une liste représentative des parties prenantes pertinentes pour la consultation comprend notamment tous les détenteurs et les utilisateurs fonciers (tant légaux que légitimes) qui seraient affectés par l'investissement; les autorités nationales, régionales et locales; les dirigeants locaux ou religieux qui représentent la communauté touchée par l'investissement; et les groupes vulnérables (par exemple, les femmes, les pasteurs et les groupes autochtones) dont les intérêts peuvent ne pas être bien représentés par des dirigeants officiels ou informels.

2.60. *Consultation collaborative.* Une consultation est collaborative si elle facilite le dialogue et l'échange d'informations, au lieu de consister en une communication à sens unique entre l'investisseur et la communauté. Cela signifie qu'une consultation devrait donner l'occasion d'obtenir un retour d'informations et de questions utiles relativement à l'investissement. L'investisseur ou le gouvernement devrait élaborer un mécanisme formel pour recueillir ces commentaires et y répondre en temps opportun.

2.61. *Consultation équitable.* Une consultation est équitable si toutes les parties ont accès à la même information ainsi qu'aux mêmes outils et capacités pour mener à bien la consultation. Souvent, il existe des déséquilibres importants en matière d'information entre l'investisseur et le gouvernement, d'une part, et les détenteurs fonciers locaux et les communautés affectées, d'autre part. Les communautés locales peuvent ne pas disposer d'information complète et en temps opportun sur l'emplacement, la taille, la portée, l'échéancier, le modèle opérationnel, les recettes et les coûts prévus, les risques, les avantages et les étapes de l'investissement, et il peut y avoir des déséquilibres d'information au sein de la communauté même. L'investisseur, par contre, aura connaissance de toutes ces informations acquises au cours de la procédure de préparation du projet. Dès le début des consultations, la communauté doit avoir accès à ces informations, sauf s'agissant de toute information jugée commercialement sensible ou confidentielle (voir la partie 3.V.B.3 concernant les informations confidentielles). La communauté locale peut également être dépourvue du soutien juridique ou de la capacité d'évaluer pleinement les risques et les avantages de l'investissement, ainsi que la terminologie à utiliser dans le contrat ou l'accord connexe. L'investisseur ou le gouvernement, ou les parties collectivement, devraient s'assurer que la communauté comprend parfaitement le projet

²⁸

Nations Unies. 2011. Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, Principe 18 (b).

d'investissement et dispose du soutien juridique nécessaire pour mener à bien les consultations, notamment en finançant les services d'un conseil juridique indépendant pour représenter la collectivité et en fournissant les documents utiles à la consultation dans une langue et sur support auxquels la communauté peut avoir accès.

2.62. *Consultation en temps opportun.* Une consultation a lieu en temps opportun si elle se déroule suffisamment à l'avance pour que ses résultats soient bien pris en compte lors des négociations contractuelles et d'autres décisions relatives à l'investissement. De plus, la consultation n'est pas un événement ponctuel, mais un processus continu pendant toute la durée de l'investissement. L'investisseur devrait considérer la consultation de la communauté comme s'intégrant dans une démarche cohérente et constructive pour obtenir et maintenir une crédibilité suffisante vis-à-vis de la communauté.

2.63. *Consultation transparente.* Une consultation est transparente si elle est fondée sur des informations complètes, impartiales et partagées sur l'investissement, notamment les modalités, les risques, les avantages et les autres aspects de l'investissement. Toutes les consultations devraient être publiques et bien documentées, et les documents de la consultation devraient être mis à la disposition de toutes les parties concernées, sur un support et dans une langue auxquels elles peuvent accéder.

2.64. *Lien avec les négociations.* Les consultations de la communauté suivies de négociations aboutissent à des accords avec la communauté qui lient les parties (voir la Partie V.B sur les négociations). Les résultats de la consultation peuvent être documentés dans un protocole d'accord ou un accord de développement communautaire qui est généralement négocié avant la signature du contrat d'investissement et qui y est intégré (voir la Partie III.B.2 ci-dessus sur les transactions multipartites intégrant des accords connexes).

(b) *Consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause*

2.65. *En général.* Si l'investissement a un impact sur les peuples autochtones, le principe du "consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause" (ou CPLCC) s'applique. Comme l'indique l'article 10 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones: "Les peuples autochtones ne peuvent être enlevés de force à leurs terres ou territoires. Aucune réinstallation ne peut avoir lieu sans le consentement préalable — donné librement et en connaissance de cause — des peuples autochtones concernés et un accord sur une indemnisation juste et équitable et, lorsque cela est possible, la faculté de retour." ²⁹

2.66. *Éléments constitutifs.* Les éléments de base du CPLCC sont définis comme suit: la liberté implique l'absence de contrainte, d'intimidation ou de manipulation; le consentement préalable implique que l'on cherche à obtenir le consentement suffisamment longtemps à l'avance avant d'autoriser ou de commencer les activités, et en respectant les délais requis par les processus de consultation et de consensus des autochtones; l'information implique que toute information concernant l'activité est fournie aux peuples autochtones, de manière objective, précise et compréhensible; et le consentement implique que les peuples autochtones ont accepté l'activité faisant l'objet des consultations.

2.67. *Application.* Appliqué à la consultation, le principe du CPLCC fait passer l'obligation de l'investisseur ou du gouvernement du simple suivi du processus de consultation à l'obligation d'obtenir le consentement avant d'entreprendre un investissement. Si le principe est applicable, cela signifie que les communautés autochtones de la zone d'investissement doivent donner leur consentement avant la mise en place de tout projet qui affecte directement leurs terres ou leurs ressources. Ce principe confère par implication aux communautés autochtones un droit de veto - le droit de dire non - à un projet mis en œuvre sur leur territoire ³⁰.

²⁹ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007), art. 10; Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (1989).

³⁰ Guide technique des Directives volontaires n° 7, p.34; voir également FAO 2016. Manuel sur le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, p. 13 ("Le CPLCC est un droit spécifique concernant les peuples autochtones, reconnu dans la DNUDPA. Il leur permet de donner ou refuser leur consentement à un projet pouvant avoir des incidences sur eux ou sur leurs territoires. Quand ils ont donné leur consentement, ils peuvent le retirer à tout

B. Identification des terres et des incidences potentielles

2.68. *En général.* Les études de faisabilité, la préparation du projet commercial et les analyses d'impact sont désormais reconnues comme des bonnes pratiques pour les investisseurs en terres agricoles, en particulier pour identifier des terres appropriées pour un investissement, étudier sa faisabilité et pour en évaluer les impacts potentiels. Ce sont des éléments essentiels du processus de diligence requise.

2.69. *Objectifs.* Les études de faisabilité, la préparation du projet commercial et les analyses d'impact permettent d'obtenir des informations et des données de fait essentielles à la rédaction de contrats d'investissement en terres agricoles, spécialement s'agissant de nouvelles acquisitions de terres plutôt que pour des investissements existants. Les informations recueillies permettent à tous les acteurs concernés de prendre des décisions éclairées qui assureront la transparence dans le processus contractuel.

2.70. *Exigences réglementaires.* Les études de faisabilité et de développement commercial ainsi que les études d'impact sont abordées dans le Guide en tout premier lieu parce qu'elles sont souvent exigées par le droit national ou international et qu'elles constituent des outils importants pour gérer les risques que les contrats d'investissement peuvent poser pour l'environnement ou pour les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales. Elles fournissent ensemble des bases importantes aux dispositions contractuelles et - parce qu'elles dépassent la simple présentation des étapes, du calendrier et des impacts éventuels - elles jouent également un rôle important pour décourager les acquisitions spéculatives de terres lorsqu'il est clair que les risques que posent ces acquisitions pour les parties prenantes et l'environnement dépassent de loin les avantages du projet. Les recherches de la Banque mondiale, par exemple, montrent qu'il y a un taux d'échec élevé pour les projets agro-industriels qui n'ont pas été précédés d'un examen minutieux et d'une certaine prudence assurée par des études de faisabilité ³¹.

2.71. *Créer des effets mutuellement profitables.* Lorsque les investissements en terres agricoles sous-estiment la valeur des terres agricoles aux dépens des communautés locales, des peuples autochtones et des groupes vulnérables, notamment les femmes et les jeunes, les risques d'effets négatifs augmentent. Ces effets peuvent être des expulsions forcées, la faim et la pauvreté lorsque les investissements agricoles entraînent la perte d'habitations et de sources de revenus comme les pêcheries et les forêts ³². Cela pourrait ensuite déclencher des différends susceptibles de porter atteinte à la faisabilité du projet et entraîner des risques économiques et entacher la réputation des investisseurs. Les études de faisabilité et de développement commercial et les études d'impact servent "non seulement à éviter les impacts sociaux ou environnementaux négatifs mais aussi à créer, avec les communautés concernées, des relations économiques mutuellement profitables."³³

2.72. *Études de faisabilité.* Les études de faisabilité fournissent des informations techniques, économiques et financières pour permettre à un investisseur et à un concédant de comprendre et d'évaluer les opportunités et les risques économiques, commerciaux et non économiques d'un investissement en terres agricoles. Avec l'examen des facteurs juridiques, opérationnels, financiers et autres, une étude de faisabilité permet de déterminer la viabilité d'un projet et fournit les bases de l'élaboration d'un plan de développement commercial, ainsi que des données qui devront être prises en considération dans les négociations d'un contrat d'investissement en terres agricoles. Une étude de faisabilité peut aider un investisseur à identifier

moment. De plus, le CPLCC leur permet de négocier les conditions dans lesquelles le projet sera conçu, réalisé, suivi et évalué. Les organisations qui ont participé à l'élaboration du Manuel considèrent que tous les peuples touchés par un projet ont le droit de prendre part aux décisions d'une manière correspondant aux principes sur lesquels est fondé le droit au CPLCC.")

³¹ La réalisation d'études de faisabilité n'implique pas que l'investisseur a des obligations de préinvestissement; il s'agit en revanche d'une pratique acceptée à l'échelle internationale et adoptée par les investisseurs pour protéger la valeur de leur investissement. Toutefois, comme indiqué ci-dessous, dans certains États, les études de faisabilité sont exigées par le droit interne. En outre, le Guide technique des Directives volontaires n° 4 (p. 6) note que les investissements en terres agricoles peuvent avoir des répercussions négatives lorsque "des fonciers légitimes ont été bafoués, des familles ont perdu leur logement et leurs moyens d'existence ...[et] les différends portant sur les droits fonciers se sont multipliés, dégénéralant en conflits violents faisant des morts et créant un climat politique instable." Tout cela peut non seulement affecter le succès du projet, mais aussi nuire à la réputation de l'investisseur et lui causer un préjudice économique.

³² Voir Directives volontaires, Préface, p. V.

³³ Guide technique des Directives volontaires n° 7, p. 6.

l'incidence possible de facteurs tels que les droits des détenteurs de droits fonciers légitimes ou d'autres parties prenantes qui, sans détenir des droits fonciers légaux, ont des revendications légitimes sur la terre en vertu de règles ou de pratiques coutumières, autochtones ou résultant de l'occupation ou d'autre fondement pour la revendication de leur droit sur la terre.

2.73. *Plan de développement commercial.* Un plan de développement commercial traite les informations recueillies par l'étude de faisabilité aux fins de stratégies de marketing, d'exploitation, de gestion et de financement du projet. Une grande partie de ces informations est reflétée dans les différents contrats que l'investisseur conclut avec les financeurs du projet, ainsi que dans les accords avec les communautés locales, les groupes autochtones ou les détenteurs de droits fonciers légitimes, décrivant ses obligations envers ces parties prenantes. Selon la nature de l'investissement, un projet de développement commercial peut aussi porter sur les services, les techniques de production, les marchés et les clients, les ressources humaines, l'organisation, les besoins, le financement et la source des fonds pour le projet d'investissement.

2.74. *Analyses d'impact.* Les analyses d'impact sont un élément essentiel de la gestion des risques dérivant des effets négatifs potentiels d'un investissement³⁴. Différents types d'études d'impact peuvent être nécessaires, en fonction de la nature, de la taille et du contexte particuliers de l'investissement, afin d'identifier les impacts, par exemple sur les droits humains, l'environnement local et l'économie. Ces évaluations permettent aux parties de prendre des mesures pour éviter ou atténuer les effets négatifs.

2.75. *Plan de la section.* La première partie traite des questions foncières et de faisabilité, concernant notamment a) la disponibilité et l'évaluation des terres, b) l'accès aux ressources et c) le projet de développement commercial. La deuxième partie traite des analyses d'impact.

1. Questions foncières et de faisabilité

2.76. *En général.* Une étude de faisabilité aide l'investisseur à évaluer la viabilité commerciale et technique d'un projet, ainsi que les risques que les contrats d'investissement en terres agricoles peuvent poser pour l'environnement ou pour les parties prenantes, telles que les détenteurs de droits fonciers légitimes, les communautés locales ou les groupes autochtones. Pour qu'une étude de faisabilité soit fiable, un investisseur doit engager des tiers indépendants possédant des connaissances et des compétences spécialisées portant sur chacun des aspects d'un contrat d'investissement. Une étude de faisabilité bien menée donne à l'investisseur une "opinion indépendante sur les risques et les mesures d'atténuation éventuelles."³⁵

2.77. *Justification.* Une étude de faisabilité est nécessaire pour plusieurs raisons importantes. Premièrement, elle constitue une base essentielle pour toute approbation par les gouvernements. Deuxièmement, elle fournit des informations susceptibles de jouer un rôle important pour décourager les acquisitions spéculatives de terres lorsqu'il est clair que le type de risques que posent ces acquisitions pour les parties prenantes et l'environnement l'emporte largement sur les avantages. Troisièmement, une étude de faisabilité est importante parce que les données recueillies figurent souvent dans le contrat entre l'investisseur et le gouvernement ou le concédant responsable de la location de terres agricoles. Quatrièmement, une étude de faisabilité est recommandée comme bonne pratique pour atténuer les risques, tels que la dépossession de personnes ou de communautés de leurs terres et pour atténuer et prévenir d'autres impacts négatifs. C'est pourquoi une étude de faisabilité permet également de déterminer la viabilité d'un projet. Par exemple, une étude de faisabilité peut aider à établir l'adéquation de certaines cultures aux zones agronomiques considérées ou si l'investissement est fondé sur des hypothèses irréalistes. Parfois, la législation exige des études de faisabilité comme condition préalable à la signature d'un contrat foncier agricole³⁶. Même lorsque la législation nationale ne l'exige pas, des études de faisabilité et un projet de

³⁴ *Id.* pp. 6, 18.

³⁵ Guide technique des Directives volontaires n° 4, pp. 56-57.

³⁶ La faiblesse du cadre instauré par les lois nationales pour le processus d'exécution et de suivi préalable ne devrait pas décourager les investisseurs de réaliser des plans de faisabilité et des projets de développement commercial en raison des avantages qu'ils offrent. En particulier, le Principe 23(a) des Principes directeurs des Nations Unies prévoit que les entreprises devraient "se conformer à toutes les lois applicables et respecter les droits de l'homme internationalement reconnus, où qu'elles opèrent." *id.*

développement commercial peuvent être exigés des investisseurs et des gouvernements par un organisme financeur tiers.

2.78. *Éléments types.* Une étude de faisabilité comporte généralement a) la compilation de toutes les données pertinentes; b) l'analyse des solutions possibles pour atteindre les objectifs du projet; c) un examen détaillé des coûts et des avantages du projet, mais aussi des risques, en particulier liés aux préjudices éventuels pour les détenteurs de droits fonciers légitimes et pour l'environnement; d) une étude préliminaire; e) une évaluation détaillée des risques, notamment ceux relatifs aux impacts environnementaux et sociaux. La 2^{ème} partie ci-après traite de diverses analyses d'impact dans le cadre des investissements en terres agricoles.

(a) *Disponibilité de terres appropriées et détermination de leur valeur*

2.79. *En général.* Pour assurer la viabilité du projet d'investissement agricole, les parties potentielles doivent veiller à ce que des terres adaptées au type particulier d'investissement identifié dans l'étude de faisabilité soient disponibles³⁷. Les Principes CSA-RAI fournissent des critères de référence pour l'identification des terres appropriées. Premièrement, il convient d'accorder attention et respect envers les droits légitimes d'occupation des terres, des pêcheries et des forêts, ainsi qu'aux utilisations actuelles et potentielles de l'eau³⁸. Deuxièmement, les investissements doivent gérer durablement les ressources naturelles en prévenant, en atténuant les incidences négatives sur l'air, la terre, le sol, l'eau, les forêts et la biodiversité, et le cas échéant, en y remédiant³⁹. Troisièmement, il faut respecter le patrimoine culturel et les savoirs traditionnels et soutenir la diversité génétique. Il s'agit notamment de respecter les sites et les systèmes du patrimoine culturel et de reconnaître le rôle des peuples autochtones et des communautés locales dans l'agriculture et les systèmes alimentaires⁴⁰.

2.80. *Estimation de la valeur.* En vertu des Directives volontaires, les États devraient veiller à ce que des systèmes appropriés soient utilisés pour estimer rapidement et de manière équitable la valeur des droits fonciers⁴¹. En outre, les politiques et les lois se rapportant à l'estimation de la valeur foncière devraient tendre le plus possible à ce que les systèmes d'estimation de la valeur foncière tiennent compte, s'il y a lieu, des valeurs non marchandes, comme les valeurs sociales, culturelles, religieuses, spirituelles et environnementales⁴². Cela est particulièrement important pour l'acquisition ou l'expropriation de droits coutumiers sur des terres qui ne seraient pas reconnus comme équivalents à un titre juridique formel. Les projets d'investissement foncier qui porteraient particulièrement atteinte au patrimoine culturel, religieux ou esthétique ou à des intérêts et avantages symboliques qui s'attachent à la terre devraient s'orienter vers d'autres sites.

2.81. *Difficultés de l'estimation de la valeur non marchande.* L'estimation de la valeur non-marchande des droits fonciers, y compris les intérêts et les avantages qui s'attachent à la terre, est une entreprise difficile mais vitale⁴³. L'estimation de la valeur non-marchande est habituellement effectuée lors de l'expropriation des droits fonciers afin d'évaluer l'indemnisation⁴⁴. Selon le Guide technique des Directives volontaires portant sur l'estimation de la valeur, il n'est pas nécessaire d'estimer la valeur en argent de valeurs non-marchandes lorsque les droits fonciers ne sont pas transférés ou lorsqu'il n'y a pas de changement significatif dans l'utilisation des terres⁴⁵. Lorsque les droits fonciers font l'objet de transactions, évaluer les actifs non-

³⁷ Directives volontaires, pp. 30-31.

³⁸ Principes CSA-RAI, principe 5.

³⁹ *Id.*, Principe 6.

⁴⁰ *Id.*, Principe 7.

⁴¹ Directives volontaires, Disposition 18.1; *Id.*, p. 30.

⁴² *Id.*, Disposition 18.2; *Id.*, p. 30.

⁴³ Guide technique des Directives volontaires n° 11, p. 4.

⁴⁴ *Id.*, pp. 13, 58.

⁴⁵ *Id.*, p. 67.

marchands est une tâche difficile et souvent très subjective, car il n'existe aucun élément comparable auquel se référer ⁴⁶.

2.82. *Impliquer les parties prenantes concernées dans l'estimation de la valeur non marchande.* Comme point de départ de l'estimation, il faut admettre que l'argent n'est pas toujours une valeur d'échange ⁴⁷. L'aspect clé est d'identifier les critères sur lesquels fonder l'estimation ⁴⁸. Dans la méthode d'évaluation contingente, on demande aux participants d'indiquer s'ils seraient disposés à payer pour un droit foncier non marchand ou s'ils seraient disposés à accepter une indemnisation. Les entretiens personnels et les enquêtes sont basés sur des questions destinées à identifier la perception de la valeur par le groupe social, plutôt que par l'individu. Les coûts d'indemnisation des ressources naturelles et des droits d'accès et d'utilisation y afférents pour les communautés locales et les groupes autochtones devraient être pris en compte dans les obligations monétaires qui incombent aux investisseurs dans les contrats d'investissement en terres agricoles (voir le Chapitre 3. II. A sur les obligations monétaires).

2.83. *Bonnes pratiques.* Les bonnes pratiques recommandées pour établir la valeur de terres destinées à un investissement agricole exigent d'exercer la diligence requise pour déterminer qui sont les détenteurs de droits fonciers légaux et légitimes ⁴⁹. La diligence devrait impliquer de recueillir et documenter les droits fonciers, notamment les titres fonciers, les registres fiscaux, des cartes et photographies, les limites des villages et des communautés, le nombre de propriétaires ou d'utilisateurs des terres, les ressources disponibles et en usage, les sites culturels et les activités en cours sur chaque parcelle de terre ⁵⁰. Ces activités peuvent avoir lieu dans le cadre du recensement et des consultations des parties prenantes (voir la partie IV.A ci-dessus).

2.84. *L'expropriation en général.* Dans certains pays, l'expropriation ou l'acquisition imposée, relèvent d'actes du gouvernement ou d'une autorité compétente qui acquiert des droits fonciers à des fins publiques sans le consentement des détenteurs ⁵¹. Il s'agit d'un acte qui peut être nécessaire pour le développement social ou économique (par exemple, pour construire des routes ou des hôpitaux) ou pour la protection de l'environnement (par exemple, pour construire des évacuations ou pour créer des zones protégées). Le Guide se réfère, s'agissant de l'exercice de la diligence requise, à l'expropriation ou à l'acquisition imposée de droits fonciers en vue d'accorder ces droits ou des droits similaires à un investisseur, tandis que l'expropriation ou l'acquisition imposée de l'investissement d'un investisseur, du contrat d'investissement en terres agricoles ou de certains droits y afférents, ainsi que les protections qui y sont liées, sont traités au Chapitre 3.IV.A.

2.85. *Expropriation et diligence requise.* Bien que l'expropriation relève du mandat réglementaire d'un gouvernement, un projet d'investissement agricole sur une terre qui doit être expropriée ou qui a déjà été expropriée - entraînant dans les deux cas l'expulsion de personnes - devrait inciter un investisseur responsable à reconsidérer cet investissement. En effet, les expulsions et les réinstallations ont été identifiées comme des facteurs à haut risque indiquant qu'il ne devrait pas y avoir d'investissement ⁵². En outre, les expulsions forcées, même lorsque la terre appartient au gouvernement, seraient incompatibles avec les obligations du droit au logement des pays qui ont ratifié le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ⁵³. L'article 10 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des

⁴⁶ *Id.*, p. 68.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.*, pp. 68-69.

⁴⁹ Guide technique des Directives volontaires n° 4, p. 56.

⁵⁰ *Id.*, p. 58.

⁵¹ Guide technique des Directives volontaires n° 5, p.51

⁵² Guide technique des Directives volontaires n° 7, p. IX (entre autres facteurs à haut risque, que "[l]e gouvernement a acquis la terre par expropriation ou le projet doit procéder à des expropriations pour pouvoir libérer la terre pour son exploitation, ce qui suppose dans les deux cas l'expulsion de populations locales" et que "[l]a conception du projet implique un transfert à grande échelle des droits fonciers des populations locales ce qui peut conduire à une réinstallation, forcée ou volontaire, de nombreuses personnes").

⁵³ CESCR. 1997. Observation générale No. 7: droit à un logement suffisant (art.11.1).

peuples autochtones (DNUDPA) stipule que les peuples autochtones ne peuvent pas être expulsés de force de leurs terres ou territoires. En outre, il dispose qu'aucune réinstallation ne peut avoir lieu sans le consentement préalable — donné librement et en connaissance de cause — des peuples autochtones concernés et un accord sur une indemnisation juste et équitable et, lorsque cela est possible, la faculté de retour⁵⁴. Ces problèmes d'expropriation de terres à des fins d'investissement devraient être dûment pris en compte dans les contrats d'investissement en terres agricoles afin de protéger les intérêts de toutes les parties prenantes.

2.86. *Expropriation et évaluation.* Les Directives volontaires fournissent des orientations détaillées sur l'expropriation et l'obligation d'indemnisation, notamment: de ne recourir à l'expropriation que lorsque cela est nécessaire à des fins "d'utilité publique", en définissant clairement ce concept en droit et en permettant un contrôle juridictionnel; de veiller à ce que le projet et le processus d'expropriation soient transparents et participatifs et réduisent autant que possible les incidences sur les moyens de subsistance, en particulier ceux des pauvres ou des groupes vulnérables; de garantir une juste évaluation des droits expropriés et une indemnisation rapide; lorsque les terres expropriées ne sont pas utilisées, offrir en priorité leur rachat aux titulaires des droits fonciers originels; de s'efforcer de prévenir la corruption; et lorsque les expulsions sont considérées comme justifiées par un objectif d'intérêt public, d'étudier, en consultation avec les personnes concernées, d'autres solutions réalisables, de prendre les mesures appropriées pour fournir un logement de remplacement adéquat, la réinstallation ou l'accès à des terres productives, et de procéder aux expulsions et aux réinstallations conformément aux obligations des États de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme⁵⁵. La perte de terres et de biens ainsi que toute réinstallation partielle ou totale devraient être indemnisées⁵⁶.

(b) *Accès aux ressources*

2.87. *En général.* Outre les droits fonciers tels que ceux relatifs à l'accès, à la possession et au contrôle des terres agricoles, les parties potentielles doivent tenir compte de tous les droits connexes d'utilisation des terres sur lesquelles le projet sera réalisé ou des terres environnantes. Ces droits peuvent par exemple être des droits d'utilisation des infrastructures existantes sur les terres et autour de celles-ci, comme les systèmes d'irrigation ou d'approvisionnement en eau et les droits de passage sur les terres adjacentes (voir le Chapitre 3.I.B.2 sur les droits et obligations connexes). La législation et les politiques nationales déterminent souvent la question de savoir si un investisseur est autorisé à jouir de ces droits supplémentaires et, dans l'affirmative, à quelles conditions il peut y avoir accès. Les investisseurs ne peuvent avoir accès à ces droits que dans le cadre d'un contrat avec le concédant. L'accès à des ressources autres que les terres sur lesquelles le projet sera réalisé pourrait également inclure des droits d'utilisation de ressources spécifiques, comme l'argile et les pierres. En contrepartie des droits connexes, l'investisseur sera tenu d'effectuer certains paiements au gouvernement, qui peuvent comprendre des redevances, des loyers et des taxes (voir le Chapitre 3.II.A sur les obligations monétaires).

2.88. *Obligations de l'investisseur.* Le concédant peut également exiger de l'investisseur qu'il s'engage à respecter des obligations définissant les paramètres de ses activités: par exemple, tenir des livres et des registres, fournir des avantages financiers et non financiers aux communautés locales ou restreindre l'emploi de pratiques non durables telles que l'utilisation de certains produits chimiques. Ces obligations sont examinées plus en détail au Chapitre 3 du Guide. Dans les cas où les communautés autochtones ou autres communautés affectées ont des droits préexistants sur la zone contractuelle, l'investisseur devrait agir conformément au principe du CPLCC avant de poursuivre le projet (voir la Partie IV.A.2 (b) ci-dessus sur le CPLCC). On peut également imposer à l'investisseur de reconnaître les droits des peuples autochtones et autres occupants et utilisateurs des terres en spécifiant qu'ils pourront rester dans la zone ou continueront à avoir des droits d'accès aux ressources. En outre, l'investisseur doit reconnaître les savoirs traditionnels

⁵⁴ Voir Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007).

⁵⁵ Directives volontaires, para. 16.1-16.9.

⁵⁶ Guide technique des Directives volontaires n° 11.

des communautés relatifs aux ressources naturelles et leur rôle essentiel pour la conservation de la biodiversité.

2.89. *Utilisation de l'eau.* Il convient de noter que s'agissant d'eaux de surface et souterraines, notamment les rivières, les lacs, les aquifères et les réservoirs, le droit interne régit souvent leur protection. Étant donné que l'agriculture commerciale à grande échelle requiert généralement une forte consommation d'eau, les droits nationaux et les contrats d'investissement peuvent inclure des restrictions sur l'utilisation de l'eau, par exemple le contrôle de la quantité, des mécanismes du suivi de la disponibilité et de l'utilisation à long terme de l'eau, ainsi que des limites aux droits d'utilisation de l'eau pour assurer un approvisionnement adéquat aux populations locales, ou des limites au développement des infrastructures hydrauliques. Tout ceci devrait être inclus dans le contrat. Si l'exploitation d'un projet a une incidence sur les cours d'eau transfrontières, l'investisseur peut être tenu de respecter tout accord en la matière conclu entre l'État hôte et les États voisins, ou en vertu du droit international ⁵⁷.

2.90. *Gouvernance de l'eau.* Pour illustrer la vigilance accrue qui est requise quant à l'accès aux ressources en eau dans les investissements en terres agricoles, il est important de noter qu'il pourrait y avoir de multiples régimes juridiques qui régissent la répartition de l'eau lors d'investissements en terres agricoles. Dans la plupart des États, les droits relatifs à l'eau sont directement liés aux droits fonciers. Lorsqu'un investisseur obtient des terres pour la production agricole, il peut ou non obtenir automatiquement un accès sans entrave aux ressources en eau disponibles. Il dépendra du droit de l'État hôte (c'est-à-dire l'État où se trouve la terre) de savoir si les droits à l'eau sont obtenus expressément ou implicitement dans le cadre d'un contrat avec l'État hôte. Les investisseurs et les bailleurs de fonds peuvent adopter des indicateurs d'éco-efficacité recommandés à l'échelle internationale qui établissent une méthodologie pour la comptabilisation du traitement de l'utilisation de l'eau ⁵⁸. Indépendamment du contrat, le droit interne peut exiger des investisseurs qu'ils demandent des permis d'extraction d'eau et qu'ils paient des redevances pour l'utilisation de l'eau. En outre, les concédants devraient s'enquérir si les investisseurs peuvent obtenir une protection supplémentaire concernant les droits d'accès à l'eau en vertu des traités d'investissement que l'État hôte a conclus. Les investisseurs devraient vérifier si les communautés locales ont des droits informels pour ce qui est de l'utilisation de l'eau, auquel cas ceux-ci devraient être reconnus dans le contrat par lequel l'investisseur obtient des droits pour l'eau. En vertu du droit international relatif à l'eau douce, un État peut avoir des obligations supplémentaires lorsqu'un investissement est effectué sur des bassins transfrontières ou à proximité. Dans ce cas, l'État hôte est tenu d'en informer les autres États avant d'autoriser un investissement en terres agricoles sur ou à proximité d'un système hydrique partagé.

2.91. *Traiter les droits à l'eau.* Le droit à l'eau (à savoir l'eau potable et les installations sanitaires) est essentiel pour assurer un niveau de vie adéquat ⁵⁹. Une bonne pratique pour assurer une protection adéquate des droits à l'eau pour toutes les parties prenantes dans les investissements en terres agricoles est de tenir compte que "les droits à l'eau sont des droits légitimes qui doivent être considérés aussi sérieusement que les droits fonciers". Cela est nécessaire pour éviter que les petits et moyens exploitants agricoles qui sont vulnérables quant à l'accès à l'eau ne soient privés de leurs droits lors des projets d'investissement en terres agricoles. C'est pourquoi il est important de protéger expressément leurs droits à l'eau dans les contrats d'investissement en terres agricoles. Il peut également y avoir d'autres moyens, notamment une réglementation, qui peuvent être nécessaires pour protéger les droits à l'eau dans ces investissements (voir le Chapitre 3.III.B) sur droits et obligations relatifs à l'eau).

(c) *Plans de développement commercial*

2.92. *En général.* Comme indiqué plus haut, Un plan de développement commercial traite les informations recueillies par l'étude de faisabilité aux fins de stratégies de marketing, d'exploitation, de gestion et de financement du projet. Un grand nombre de ces informations déterminent différentes clauses du contrat -

⁵⁷ Par exemple, voir la Convention sur l'évaluation de l'impact de l'environnement dans un contexte transfrontières (1991)

⁵⁸ CNUCED. 2004. A manual for the preparers and users of eco-efficiency indicators, p. 20-28 (*en anglais*).

⁵⁹ CESCR. 2003 Observation générale n° 15 sur le droit à l'eau (arts. 11 et 12).

notamment celles concernant le financement du projet ou les accords entre investisseur et détenteurs de droits fonciers légitimes ou communautés locales - comme illustré plus précisément au Chapitre 3. Selon la nature de l'investissement, le plan de développement peut également porter sur les services, les techniques de production, les marchés et les clients, les ressources humaines, l'organisation, les besoins, le financement et la source des fonds pour l'investissement ⁶⁰. Il comprend également les contributions du projet au développement social, environnemental et durable de l'État hôte en général ou de la communauté locale en particulier. Certains organismes de financement exigent des investisseurs qu'ils préparent un plan des activités pour aider à établir la viabilité et la rentabilité du projet.

2.93. *Importance.* Ainsi qu'indiqué dans la section portant sur les obligations financières (voir le Chapitre 3.II.A), pour certains types d'investissements fonciers, le contrat peut exiger de l'investisseur qu'il fournisse des rapports périodiques vérifiés, tels que l'état des profits et des pertes. Ce type d'information doit être prévu dans un plan de développement des activités pour un certain nombre de raisons. Premièrement, le concédant peut ainsi être informé d'éventuelles difficultés de l'investisseur qui risquerait de ne pas être en mesure de s'acquitter de ses obligations. Deuxièmement, les nouveaux investissements ou les nouvelles entreprises peuvent connaître des difficultés financières avant de devenir viables et rentables, ce qui devrait être prévu dans le plan de développement des activités. Celui-ci peut aider un investisseur à réduire le risque d'échec du projet. En ce sens, il "est peut-être l'étape la plus importante dans le lancement de toute nouvelle entreprise."

2.94. *Lien avec les analyses d'impact.* Un plan de développement des activités lié à une analyse d'impact appropriée (voir la section 2 ci-après sur les évaluations d'impact) peut aider à modifier un projet afin d'éviter les préjudices causés par des expulsions et expropriation de terres qui n'auraient peut-être pas été prévus sans un projet de développement attentivement conçu ni les évaluations d'impact. Par exemple, un modèle d'investissement n'impliquant pas de transfert de droits à grande échelle, tel qu'un bail ou une structure de location, peut être envisagé au lieu d'une acquisition qui entraîne des expulsions ou des expropriations susceptibles de nuire à la réputation et d'affecter la réussite du projet. Il peut également indiquer la nécessité de réduire la superficie des terres nécessaires ou de prendre des dispositions pour que les détenteurs de droits fonciers légitimes puissent continuer à en utiliser une partie ⁶¹.

2. Analyses d'impact

2.95. *Quatre types.* Il existe quatre types d'analyses d'impact concernant les contrats d'investissement en terres agricoles, portant sur les incidences a) environnementales, b) sociales, c) les droits de l'homme et d) les aspects économiques.

2.96. *Importance.* Ces analyses devraient être réalisées *ex ante* par des experts indépendants. Chacune d'elles est étayée par le droit national ou international. Elles sont également de plus en plus reconnues comme une bonne pratique que les investisseurs, même lorsqu'ils n'y sont pas tenus par la loi afin d'éviter des impacts négatifs sur les droits fonciers légitimes liés à la terre, au sol, à l'eau, à la biodiversité, aux pêches et aux forêts. De nombreuses sociétés multinationales procèdent désormais régulièrement à des études d'impact sur les droits de l'homme dans le cadre de leur gestion des risques d'entreprise ⁶². L'Organisation internationale de normalisation (ISO) a élaboré la norme 31000 sur le management du risque par les entreprises organismes. Cette norme prévoit que les entreprises doivent gérer les risques, y compris les "relations de l'entreprise avec les parties prenantes externes ainsi que la façon dont celles-ci les perçoivent et la valeur qu'elles y attachent."

2.97. *Complémentarité à la responsabilité.* Les analyses d'impact complètent les initiatives de responsabilité sociale des entreprises, en particulier dans les domaines où les États et les investisseurs ont

⁶⁰ CNUCED. 2002. How to prepare your business plan, p. 3 (*en anglais*).

⁶¹ Guide technique des Directives volontaires n° 7, p. 14.

⁶² Le Commentaire au Principe 7 des Principes directeurs des Nations Unies prévoit que "[l]a diligence raisonnable en matière de droits de l'homme peut être incorporée dans les systèmes de gestion des risques de l'entreprise au sens large, sous réserve qu'elle ne se borne pas à identifier et gérer les risques importants auxquels l'entreprise est elle-même exposée et prenne en compte les risques encourus par les titulaires de droits," para. 3; *id.*

des obligations en vertu de la loi. Les analyses d'impact sont également un outil utile pour éviter les risques de réputation, juridiques et économiques qui résultent de litiges qui auraient pu être prévus et atténués ⁶³. Rendre publiques les évaluations d'impact permet de mettre en cause la responsabilité des investisseurs et des États ⁶⁴. En effet, les évaluations d'impact qui sont menées de manière indépendante et transparente et qui impliquent toutes les parties prenantes favorisent la responsabilisation de diverses manières ⁶⁵. Elles fournissent des données de base pour contrôler et mesurer les incidences. Elles identifient également les mesures visant à prévenir les incidences négatives et préparent des plans pour mettre en œuvre des mesures correctives ou compensatoires. Elles donnent également à l'investisseur la possibilité d'évaluer les changements nécessaires à son projet et d'en communiquer les résultats aux parties prenantes.

2.98. *Orientations.* Les Directives volontaires requièrent que des études d'impact indépendantes soient menées dans le cadre d'investissements en terres agricoles à grande échelle en vue de sauvegarder les droits fonciers, la sécurité alimentaire et la réalisation progressive du droit à une alimentation adéquate, des moyens de subsistance et de l'environnement ⁶⁶. En particulier, les investisseurs devraient identifier les détenteurs de droits légitimes existants, notamment les petits producteurs, les femmes et les communautés autochtones; consulter toutes les parties concernées et veiller à ce que les droits fonciers existants ne soient pas compromis par l'investissement. Le Principe 10 des Principes CSA-RAI recommande, en outre, que les investissements responsables intègrent des mécanismes d'évaluation des impacts économiques, sociaux, environnementaux et culturels, en particulier pour les acteurs vulnérables ⁶⁷.

2.99. *Éléments essentiels.* Pour qu'une analyse d'impact sur des investissements fonciers remplisse son objectif, elle doit suivre une méthode systématique portant sur les éléments essentiels suivants:

- l'identification de tous les détenteurs de droits fonciers légitimes susceptibles d'être affectés;
- la mise en place de mécanismes pour assurer la participation des personnes affectées;
- la mise en place des plans de suivi et d'évaluation, notamment ceux qui visent à atténuer les incidences négatives éventuelles;
- l'identification des acteurs tenus à réparation;
- l'établissement d'accords entre l'investisseur et les personnes touchées et la mise en place d'un processus d'examen et de recours ⁶⁸; et
- l'identification, la consultation et la participation des parties prenantes sont un élément essentiel des analyses d'impact, car les projets qui ne les font généralement pas entraîner des coûts

⁶³ Les Principes directeurs des Nations Unies, au Principe 24, prévoient que "lorsqu'il est nécessaire de conférer aux mesures un rang de priorité pour remédier aux incidences négatives potentielles sur les droits de l'homme, les entreprises devraient commencer par prévenir et atténuer les atteintes les plus graves ou celles auxquelles tout retard d'intervention donnerait un caractère irrémédiable." *id.*

⁶⁴ Il est à noter que certaines informations comme le financement d'un plan de développement peuvent constituer des renseignements commerciaux confidentiels et peuvent, en vertu des lois applicables, être exemptés de divulgation. Voir le Principe directeur 21 des Nations Unies (qui prévoit que "l'on ne peut s'attendre à ce que les entreprises divulguent des informations commercialement sensibles, y compris des informations légalement protégées contre la divulgation").

⁶⁵ Principes CSA-RAI, p. 18.

⁶⁶ Directives volontaires, indiquant que "lorsque sont envisagés des investissements qui comportent des transactions à grande échelle portant sur des droits fonciers, y compris des acquisitions et des accords de partenariat, les États devraient s'employer à faire en sorte que les différentes parties puissent procéder à des évaluations préalables indépendantes des incidences potentielles – positives et négatives – que ces investissements sont susceptibles d'avoir sur les droits fonciers, sur la sécurité alimentaire et la réalisation progressive du droit à une alimentation adéquate, sur les moyens de subsistance et sur l'environnement. Les États devraient aussi veiller à ce qu'il soit procédé au recensement systématique et impartial des droits fonciers légitimes existants ou revendiqués, y compris ceux qui relèvent de régimes fonciers coutumiers ou informels, ainsi que des droits et des moyens de subsistance des tierces personnes également concernées par ces investissements comme les petits producteurs." *id.*)

⁶⁷ Principes CSA-RAI, p. 18.

⁶⁸ *Id.*, p. 56.

sensiblement plus élevés⁶⁹. Ignorer les droits fonciers légitimes locaux, par exemple, peut entraîner un préjudice financier important pour un investisseur⁷⁰.

2.100. *Flexibilité*. Tous les contrats d'investissement en terres agricoles n'exigent pas tous les types d'analyses d'impact décrits ci-dessous. Par exemple, en vertu des Principes directeurs des Nations Unies, bien que toutes les entreprises aient l'obligation de respecter les droits de l'homme, "la portée et la complexité des moyens par lesquels les entreprises s'acquittent de cette responsabilité peuvent varier selon ces facteurs et la gravité des incidences négatives sur les droits de l'homme."⁷¹ En outre, le Principe 24 des Principes directeurs des Nations Unies prévoit que les entreprises doivent accorder la priorité à la prévention et à l'atténuation des incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont "les plus graves ou celles auxquelles tout retard d'intervention donnerait un caractère irrémédiable"⁷².

(a) *Analyses d'impact sur les droits humains*

2.101. *Objectif*. Une étude d'impact sur les droits humains permet à un investisseur de se concentrer sur les risques encourus à l'égard des communautés ou des individus affectés par un projet. Plaçant la priorité sur les incidences concernant les droits humains pour les individus et les communautés, une étude d'impact dédiée cherche à promouvoir la responsabilité pour la violation des droits. Les études d'impact sur les droits humains consistent donc avant tout en une analyse des droits fondée sur l'identification des titulaires de droits et des titulaires d'obligations. En faisant des droits de l'homme l'objet exprès de l'évaluation, les études d'impact dédiées élargissent la gamme des incidences mesurées par rapport aux autres types d'études d'impact, en particulier sur les plus vulnérables et les plus défavorisés. Cette approche permet d'analyser les incidences selon des critères plus spécifiques tels que "le sexe, l'âge, le lieu, l'origine ethnique, la participation à l'économie informelle ou d'autres facteurs pertinents."⁷³

2.102. *Importance*. Les Directives volontaires recommandent vivement la réalisation d'études d'impact sur les droits de l'homme "compte tenu du fait que tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés, la gouvernance des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts devrait tenir compte non seulement des droits qui touchent directement à l'accès aux terres, aux pêches et aux forêts et à l'exploitation de celles-ci mais aussi de tous les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels."⁷⁴

2.103. *Devoir de l'État de protéger les droits humains*. Les États sont tenus de respecter, protéger et mettre en oeuvre les droits humains, et de prévoir des recours en cas d'incidences négatives. Les États devraient prendre des mesures supplémentaires de protection contre toute violation de ces droits par des acteurs non étatiques qui reçoivent un appui ou des services importants de l'État. En vertu des Principes directeurs des Nations Unies, les obligations qui incombent aux États comprennent l'obligation de veiller à ce que les acteurs

⁶⁹ Guide technique des Directives volontaires n° 7, p. 29.

⁷⁰ *Id.*, p. 15.

⁷¹ Principes directeurs des Nations Unies, Principe 14.

⁷² Cette hiérarchisation des priorités est également reflétée dans le document OCDE-FAO, Guide pour des filières agricoles responsables (2016), qui recommande aux entreprises de mettre en place des systèmes de gestion solides pour identifier, évaluer et hiérarchiser les impacts environnementaux, sociaux et sur les droits humains négatifs et pour classer les risques en fonction du contexte et du type d'entreprise, selon qu'ils sont faibles, moyens ou élevés. Cela ouvre la voie à la conception et à la mise en oeuvre de stratégies pour répondre aux risques ainsi identifiés.

⁷³ Nations Unies, Commission économique pour l'Afrique. 2017. Rapport: La Zone de libre-échange continental (ZLEC) dans une perspective sur les droits humains en Afrique, p.14.

⁷⁴ Directives volontaires, disposition 4.8. Voir également Guide technique des Directives volontaires n° 4, p. 59. Ainsi que le Principe 19 des Principes directeurs des Nations Unies qui prévoit que "afin de prévenir et d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme, les entreprises devraient tenir compte des résultats de leurs études d'impact pour toute l'étendue des fonctions et processus internes pertinents et prendre les mesures qui s'imposent ... [qui]... varient selon: i) que l'entreprise est à l'origine de l'incidence négative ou y contribue, ou qu'elle est impliquée seulement parce que l'incidence est directement liée à son exploitation, ses produits ou ses services par une relation commerciale; ii) qu'elle dispose d'une marge de manœuvre plus ou moins élevée pour lutter contre l'incidence négative."⁷⁵ *id.*

privés ne violent pas ces droits sur leur territoire ⁷⁵. Cela signifie également que les États ont le devoir de veiller à ce que les acteurs privés respectent les droits de l'homme ⁷⁶.

2.104. *Obligation de l'investisseur de respecter les droits*. En vertu du Principe 11 des Principes directeurs des Nations Unies, "les entreprises devraient respecter les droits de l'homme. Cela signifie qu'elles devraient éviter de porter atteinte aux droits de l'homme d'autrui et remédier aux incidences négatives sur les droits de l'homme dans lesquelles elles ont une part." ⁷⁷

2.105. *Principes directeurs des Nations Unies et leur mise en oeuvre*. Les Principes directeurs des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme constituent "le cadre et la méthodologie qui font autorité pour conseiller les entreprises clientes sur la manière d'atténuer ou d'éviter les incidences négatives sur les droits humains." Ces principes directeurs, qui sont le fruit d'une large participation des parties prenantes, notamment des milieux d'affaires, sont des normes internationalement reconnues de responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme que les acteurs peuvent utiliser pour élaborer leurs propres stratégies afin de respecter ces engagements. L'Association internationale du barreau (IBA) a approuvé les Principes directeurs des Nations Unies sur la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme selon laquelle les entreprises recensent les risques concernant les droits de l'homme dans de cadre de leurs activités et relations commerciales. En outre, la FAO a approuvé les Principes directeurs des Nations Unies de diverses manières, notamment dans son document d'orientation intitulé "*Due diligence, tenure and agricultural investment: A guide to the dual responsibilities of private sector lawyers advising on the acquisition of land and natural resources.*" ⁷⁸

2.106. *Besoin de clarté*. Le Commentaire aux Principes directeurs des Nations Unies note que les États devraient veiller à "une plus grande clarté dans certains domaines du droit et des politiques, tels que ceux qui régissent l'accès à la terre, y compris les droits relatifs à la propriété ou à l'utilisation des terres, [qui] est souvent nécessaire pour protéger tant les titulaires de droits que les entreprises commerciales". Une telle clarté ferait partie de l'obligation de diligence d'un État qui, si elle est respectée, contribuerait à éviter de porter atteinte aux droits de l'homme et aux détenteurs de droits fonciers légitimes ⁷⁹. Les études d'impact sur les droits humains devraient donc faire partie intégrante de la diligence qu'un investisseur doit exercer pour se conformer à sa responsabilité de respecter les droits humains, ainsi qu'au devoir de l'État de respecter, de protéger et de mettre en oeuvre les droits humains ⁸⁰.

2.107. *Droits couverts*. Les études d'impact sur les droits humains peuvent être employées pour mesurer les incidences sur des droits spécifiques tels que le droit à la propriété ⁸¹ et le droit à l'alimentation, ou

⁷⁵ Le Principe 1 des Principes directeurs, *id.* prévoit que "les États ont l'obligation de protéger lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme sur leur territoire et/ ou sous leur juridiction. Cela exige l'adoption de mesures appropriées pour empêcher ces atteintes, et lorsqu'elles se produisent, enquêter à leur sujet, en punir les auteurs, et les réparer par le biais de politiques, de lois, de règles et de procédures judiciaires."

⁷⁶ Principes directeurs des Nations Unies, 2011: a) les obligations existantes qui incombent aux États de respecter, protéger et mettre en oeuvre les droits de l'homme et les libertés fondamentales; b) le rôle dévolu aux entreprises en qualité d'organes spécialisés de la société remplissant des fonctions particulières, tenues de se conformer à toutes les lois applicables et de respecter les droits de l'homme; c) la nécessité que les droits et obligations s'accompagnent des voies de recours appropriées et efficaces en cas de violation.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ FAO. 2019. *Due diligence, tenure and agricultural investment*, p. 22. (*en anglais*)

⁷⁹ Commentaire au Principe 1.3 des Principes directeurs des Nations Unies (Les États ont l'obligation de protéger lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme sur leur territoire et/ ou sous leur juridiction).

⁸⁰ Les études d'impact sur les droits de l'homme ne sont donc pas seulement un aspect de la gestion des risques d'entreprise.

⁸¹ Ainsi, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981) prévoit à l'article 14, "le droit de propriété est garanti. Il ne peut y être porté atteinte que par nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité", à l'article 21(1) que "tous les peuples ont la libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles"; à l'article 21(5) "les États, parties à la présente Charte, s'engagent à éliminer toutes les formes d'exploitation économique étrangère, notamment celle qui est pratiquée par des monopoles internationaux, afin de permettre à la population de chaque pays de bénéficier pleinement des avantages provenant de ses ressources nationales"; et à l'article 22(1) "tous les peuples ont droit à leur développement économique, social et culturel, dans le respect strict de leur liberté et de leur identité, et à la jouissance égale du patrimoine commun de l'humanité."

même les droits des peuples autochtones ⁸². En outre, une étude d'impact sur les droits humains peut également inclure des questions telles que l'égalité des sexes et la pauvreté.

2.108. *Avantages des études d'impact sur les droits humains.* Les études d'impact sur les droits de l'homme placent le respect des droits humains au-devant des préoccupations des parties, ce qui présente beaucoup d'avantages. Premièrement, elles contribuent à renforcer la responsabilité des gouvernements et des investisseurs en matière de droits humains. Deuxièmement, en permettant aux titulaires de droits de mieux connaître les risques pour les droits humains, une étude d'impact aide les investisseurs en terres agricoles ainsi que leurs prêteurs et assureurs à davantage d'exigence dans les arbitrages qu'ils font entre niveau de risque et retour sur investissement lorsqu'ils décident de soutenir un projet. Troisièmement, contrairement aux études d'impact concernant d'autres sortes de risques que l'investisseur et le gouvernement cherchent à éviter ou à atténuer, une étude d'impact sur les droits de l'homme n'est pas limitée de la même façon. Par exemple, un contrat avec le gouvernement en vertu duquel l'investisseur demandera des changements dans le droit interne ou même des exemptions pour le projet pourrait avoir des incidences sur les droits humains et, dès lors, "peuvent présenter des risques importants pour l'entreprise et ses parties prenantes." Aussi, des conditions contractuelles strictes concernant le calendrier du financement du projet pourraient limiter la capacité d'un investisseur à respecter les droits de l'homme (voir Partie V.C ci-après sur les conditions). Cela pourrait se produire lorsque que des contraintes de temps mènent à soumettre les fournisseurs et les sous-traitants à des décisions et contrôles pouvant porter atteinte aux droits des travailleurs. En conséquence, une étude d'impact sur les droits de l'homme place les risques pour les droits humains au même niveau que les risques sociaux, environnementaux, techniques et économiques qui sont mesurés dans d'autres types d'études d'impact, de plans de développement des activités et de faisabilité. Toutefois, contrairement à d'autres types d'études d'impact où il est possible de réaliser des compromis entre les divers risques et avantages d'un projet, une étude d'impact sur les droits de l'homme repose sur le principe que les droits humains ne sont pas une question parmi tant d'autres qui pourrait être mise en balance avec d'autres intérêts.

2.109. *Collecte d'informations sur les droits de l'homme.* Les études d'impact sur les droits humains peuvent aider les États et les investisseurs à recueillir des informations sur la manière dont les activités commerciales proposées affectent les droits de l'homme ⁸³. Les types de droits susceptibles d'être affectés par le projet pourraient être de nature civile et politique (tels que le droit à la vie, à ne pas être soumis à la torture et à l'esclavage, le droit à la vie privée, à un procès équitable, à pratiquer sa religion, à s'exprimer et à se réunir). Il peut également s'agir de droits économiques, sociaux (tels que le droit à un salaire équitable, à des conditions de travail sûres et saines, à être syndiqué, à l'éducation, à la santé, à l'alimentation et au logement et à participer à la vie culturelle). Une étude d'impact sur les droits de l'homme peut mesurer les incidences sur les droits sociaux et les moyens de subsistance ⁸⁴. Les incidences d'un projet sur la qualité de vie peuvent également être mesurés: des indicateurs socio-économiques peuvent concerner par exemple les revenus et l'emploi, ainsi que les infrastructures et la prestation des services. Les incidences culturelles d'un projet sur les valeurs, les croyances, le droit coutumier, les langues, les coutumes, l'organisation sociale, les traditions peuvent également être pris en compte dans une évaluation d'impact, en particulier lorsque les communautés autochtones peuvent être affectées par un projet d'investissement foncier.

2.110. *Accès à l'alimentation.* Une étude d'impact sur les droits humains peut également évaluer la mesure dans laquelle les investissements agricoles affectent l'accès local à l'alimentation, surtout si un projet d'investissement fait perdre l'accès aux terres sur lesquelles les individus cultivent leurs aliments ⁸⁵. Les Principes 1 et 2 des Principes CSA-RAI encouragent les investissements responsables à contribuer à la sécurité alimentaire et à la nutrition ⁸⁶. Il s'agit notamment de soutenir le droit à une alimentation adéquate. Un investissement qui ne porte pas atteinte au droit à l'alimentation devrait idéalement accroître la

⁸² Un ensemble de règles de droit international protège les droits des peuples autochtones, notamment la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007).

⁸³ Guide technique des Directives volontaires, n° 4, pp. 58-59.

⁸⁴ *Id.*, p. 60.

⁸⁵ Guide technique des Directives volontaires, n° 7, p. 53.

⁸⁶ Principes CSA-RAI, p. 11.

production durable et la productivité d'aliments sains et nutritifs, réduire le gaspillage alimentaire, améliorer les revenus et réduire la pauvreté, accroître l'équité, la transparence et l'efficacité des marchés, améliorer l'utilisation des aliments par l'accès à l'eau potable, l'assainissement, l'énergie, la technologie, la garde des enfants, la santé et l'éducation. En outre, une évaluation de l'impact alimentaire peut aider à atteindre l'objectif des Directives volontaires d'encourager les États et les investisseurs à reconnaître que des investissements durables sont essentiels pour améliorer la sécurité alimentaire. Une étude d'impact peut fournir des informations sur la question de savoir si les États encouragent des investissements responsables dans les terres, les pêches et les forêts qui non seulement protègent le droit à l'alimentation, mais aussi protègent contre la dépossession des détenteurs de droits et les dommages environnementaux, et qui soutiennent les communautés locales, créent des emplois et diversifient les moyens de subsistance ⁸⁷.

(b) *Analyses d'impact environnemental*

2.111. *Évaluations environnementales.* Les Principes CSA-RAI encouragent les investisseurs et les États à prendre en compte les impacts environnementaux découlant des investissements dans la terre, la pêche, les forêts et l'eau ⁸⁸. Les Principes encouragent les États et les investisseurs à conserver et à gérer durablement les ressources naturelles, à accroître la résilience et à contribuer à réduire les catastrophes écologiques ⁸⁹. Les investisseurs et les États peuvent y parvenir en prenant les mesures suivantes: prévenir ou réduire au minimum les incidences négatives sur l'air, la terre, le sol, l'eau et les forêts; conserver la biodiversité et restaurer les écosystèmes; réduire les déchets; accroître la résistance des systèmes et des habitats aux effets du changement climatique; réduire ou supprimer les émissions de gaz à effet de serre et intégrer les connaissances traditionnelles et scientifiques.

2.112. *Autres impacts environnementaux mesurables.* Pour les projets financés par la Société financière internationale, la norme de performance 1 de la SFI recommande aux investisseurs d'adopter un système de gestion des risques environnementaux et sociaux (SGES) pendant toute la durée du projet ⁹⁰. A cet effet, ils devraient identifier les autres entités concernées, respecter les droits de l'homme ⁹¹ et identifier les risques et les impacts tandis que le type et l'échelle du projet guideront le processus d'identification. Les types de risques à prendre en compte comprennent les émissions de gaz à effet de serre, les changements climatiques et les possibilités d'adaptation, les effets transfrontaliers tels que la pollution de l'air, l'utilisation ou la pollution des eaux internationales. L'investisseur doit identifier la zone d'influence, les groupes défavorisés ou vulnérables, ainsi que les impacts sur les installations connexes (chemins de fer, routes, services publics). Pour répondre aux impacts potentiels, les investisseurs devraient préparer des programmes de gestion mettant en place des procédures opérationnelles, des pratiques, des plans et des accords juridiques pour traiter les risques et les impacts. Ils devraient inclure des plans d'action environnementaux et sociaux avec des objectifs mesurables ainsi que des procédures de suivi et d'examen et d'engagement des parties prenantes. L'engagement des parties prenantes doit viser à créer des relations solides avec les communautés affectées, notamment en veillant à ce qu'il y ait consultation et divulgation de l'information à ces parties prenantes (voir le Chapitre 3.III.B sur les droits et obligations des parties quant à l'environnement).

(c) *Analyses d'impact social*

2.113. *Objectif.* Les évaluations d'impact social (EID) sont moins courantes, mais de plus en plus fréquentes dans la pratique. Elles peuvent aider les États et les gouvernements à reconnaître les droits des

⁸⁷ Directives volontaires, disposition 12.4, id., p. 21.

⁸⁸ Principes CSA-RAI, p. 14.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ SFI. 2012. Normes de performance, p. 2.

⁹¹ Notant que les investisseurs devraient identifier et évaluer les impacts environnementaux et sociaux du projet, adopter une hiérarchie d'atténuation, promouvoir la performance des clients par le biais de systèmes de gestion, s'assurer que les griefs de la communauté trouvent une réponse et promouvoir un engagement adéquat et continu avec la communauté.

propriétaires fonciers, des populations autochtones, le droit de continuer à utiliser les terres à des fins de subsistance (bétail, eau, cultures, gibier, etc.) et à éviter ou minimiser les déplacements ⁹².

2.114. *Conception*. Les études d'impact social peuvent contribuer au développement économique durable et inclusif et à l'élimination de la pauvreté ⁹³. Elles peuvent être effectuées pour déterminer si un projet d'investissement a été conçu pour contribuer au respect des principes et les droits fondamentaux au travail, pour soutenir la mise en œuvre des normes internationales du travail, créer de nouveaux emplois, améliorer les conditions de travail et les revenus, favoriser l'entrepreneuriat et l'égalité des chances, contribuer au développement rural, responsabiliser les petits acteurs et favoriser des modèles durables de consommation et de production

(d) *Analyses d'impact économique*

2.115. *Évaluations économiques*. Les études d'impact économique sont le dernier type d'évaluation dont il est question dans ce Guide. Elles permettent de déterminer si un projet de développement aidera à atteindre des objectifs d'intérêt commun, tels qu'une augmentation nette de la richesse. Les Directives volontaires et les Principes CSA-RAI recommandent que tous les grands investissements fonciers fassent l'objet d'une analyse économique.

2.116. *Éléments clés*. La façon d'évaluer un projet agricole en termes d'avantages sociétaux repose sur quatre concepts clés:

- *L'intérêt général comme moyen d'analyse des effets d'un projet*: Les différents groupes sociaux de chaque société ont souvent des intérêts contradictoires. L'État a la responsabilité de décider quels sont les choix de développement qui servent le mieux le plus grand nombre de personnes, et de telles décisions sont plus légitimes si elles sont prises démocratiquement. Ces avantages peuvent inclure la création d'emplois, la sécurité alimentaire et la gestion durable des ressources naturelles.
- *L'évaluation devrait identifier les avantages et les inconvénients générés par un projet*: un avantage au profit d'un acteur peut être perçu différemment par un autre segment de la communauté dans laquelle le projet est réalisé.
- *L'évaluation devrait comprendre une liste des effets directs, indirects et des retombées du projet*: les effets directs sont ceux qui affectent les exécutants et les bénéficiaires du projet. Les effets indirects affectent les agents en amont et en aval de la chaîne de valeur et dans les secteurs concurrents qui s'adaptent à la mise en œuvre du projet. Les retombées produisent une nouvelle répartition des revenus résultant des effets directs et indirects, par exemple le réinvestissement des bénéfices par un entrepreneur dans d'autres projets.
- *La valeur monétaire des effets prévisibles doit être quantifiée en comparant les situations "avec" et "sans" le projet*: cette comparaison consiste à calculer le différentiel entre toutes les valeurs gagnées et perdues dans le cadre du projet et hors du projet – ce qu'il ne faut pas confondre avec "avant" et "après" car l'analyse "avec" et "sans" se concentre davantage sur les changements probables dans l'agriculture.

2.117. *Évaluation économique*. Pour évaluer dans quelle mesure un projet contribue à l'intérêt général, il existe deux méthodes principales d'évaluation économique. Tout d'abord, la méthode du "prix de référence" consiste à mesurer les bénéfices pour la collectivité en calculant l'incidence du projet sur la croissance nette des revenus sur la base des prix théoriques des biens produits et des moyens de production consommés. Deuxièmement, la méthode des "effets" se concentre sur la façon dont la valeur ajoutée du projet est répartie entre les agents économiques. Les évaluations économiques des projets de développement à grande échelle sont des outils utiles pour les décisions de mise en œuvre.

⁹² *Id.*

⁹³ *Id.*, p. 12.

V. FORMATION DU CONTRAT

2.118. *Introduction.* Le processus de formation du contrat est essentiel à l'établissement de la relation contractuelle. Il comprend une série d'étapes et d'aspects, notamment des échanges préliminaires d'informations, et une période de consultations et de négociations. Ce processus détermine les obligations et les droits énoncés dans les documents contractuels et liera les parties pendant toute la durée du contrat.

2.119. *Importance de la bonne foi.* Conformément aux bonnes pratiques consacrées, tout le processus de formation du contrat doit être conduit de manière équitable, transparente et de bonne foi ⁹⁴. Bien qu'elle ne soit pas universellement acceptée comme principe de formation des contrats, la bonne foi peut impliquer l'application (ou l'abstention d'adopter) de certains comportements ⁹⁵, et peut également avoir des implications sur le niveau d'information à communiquer pendant la phase de négociation ⁹⁶.

2.120. *Plan de la section.* Cette Partie aborde brièvement deux aspects importants de la formation des contrats d'investissement en terres agricoles, à savoir a) l'examen des propositions des investisseurs, b) les négociations, et c) la forme du contrat, son contenu et autres questions connexes.

A. Les propositions d'investissement

2.121. *En général.* Les investisseurs cherchent généralement à obtenir une concession de terres et de droits connexes en faisant une proposition à un concédant potentiel, qu'il s'agisse d'un gouvernement ou d'une communauté locale. Cette proposition – généralement appelée offre – peut avoir été sollicitée par le concédant ou peut ne pas l'avoir été. Une fois reçue, selon le concédant et la loi applicable, cette offre peut faire l'objet de différents examens préalables, ce qui peut être très important pour assurer le succès du projet proposé. Le fait de ne pas examiner et sélectionner suffisamment les propositions d'investissement peut conduire à l'acceptation d'investisseurs qui pourraient ne pas avoir les moyens financiers, l'expertise technique ou la volonté nécessaires pour éviter ou atténuer les incidences négatives par des mesures de protection, réduisant ainsi les perspectives que le projet soit raisonnable et durable.

2.122. *Offres non sollicitées.* Après avoir identifié les terres adaptées à un projet agricole, les investisseurs peuvent s'adresser, de leur propre initiative, à un gouvernement ou à une collectivité locale pour manifester leur intérêt de réaliser un investissement dans cette région ou de présenter une proposition initiale d'investissement. Une première manifestation d'intérêt doit conduire à la soumission d'une proposition d'investissement. Celle-ci doit refléter certaines informations, portant sur sa situation financière et son expertise (par exemple en matière d'agriculture et de gestion); la pertinence du terrain et la faisabilité du projet, notamment le point de vue de la communauté locale; et la pertinence du projet au regard des priorités de développement dans cet État ou cette communauté, ces éléments devant permettre de poursuivre avec le processus de diligence requise, l'examen et des négociations supplémentaires.

2.123. *Appels à propositions.* Un gouvernement et une collectivité locale peuvent lancer un appel à propositions auprès d'investisseurs. Cet appel devrait être fait d'une manière transparente et identifier la procédure de sélection devant examiner les propositions reçues afin de sélectionner celle qui est la plus susceptible de déboucher sur un investissement responsable et durable pour aboutir à la concession des droits fonciers et des droits connexes. Pour les gouvernements, la procédure d'appel à proposition et de sélection peut faire partie d'un processus d'appel d'offres.

2.124. *Appels d'offres.* L'appel d'offres se réfère généralement à un processus par lequel le gouvernement sollicite des propositions pour des projets, les examine et procède à une sélection, avec l'attribution des droits fonciers et droits connexes sous la forme d'un accord de concession. Le droit applicable aux appels d'offres ainsi que les processus suivis varient selon les pays ⁹⁷. Les appels d'offres sont fréquents surtout

⁹⁴ Voir les Principes d'UNIDROIT, arts. 1.7 et 2.1.15.

⁹⁵ Voir par exemple *id.*, art. 1.8.

⁹⁶ Voir par exemple *id.*, art. 2.1.15, Commentaire 2.

⁹⁷ Voir FAO. 2015. Guide technique des Directives volontaires N° 4, p. 62, tableau 5 (montrant un "exemple d'un processus d'approbation d'investissement", y compris les diverses phases, les résultats et les autorités d'approbation).

dans d'autres secteurs (les projets d'infrastructure, les industries extractives, etc.) et malgré leur application croissante dans le contexte des investissements agricoles, les propositions non sollicitées restent plus courantes.

2.125. *Examen des investisseurs.* Qu'une proposition d'investissement soit sollicitée ou non, si elle est susceptible d'aller de l'avant, elle doit faire l'objet d'examen. Le niveau de détail – généralement plus élevé dans le cadre d'un appel d'offres –, les étapes et les critères peuvent varier, mais l'examen comporte généralement plusieurs étapes. Une première étape consiste à examiner la proposition initiale de l'investisseur, notamment en tenant compte de sa conformité aux plans de développement, du site proposé et de la situation financière et des compétences de l'investisseur (par exemple, sa capitalisation et son expérience dans les projets d'infrastructure), ainsi que de l'avis initial des détenteurs de droits fonciers légitimes et des communautés locales⁹⁸. Une deuxième étape consiste à examiner le plan de développement des activités de l'investisseur et à déterminer les exigences en matière de diligence (comme les analyses d'impact)⁹⁹. Une troisième étape consiste à vérifier le respect de ces exigences et se termine par la négociation et la signature des contrats¹⁰⁰. Divers outils et conseils sont à la disposition de ceux qui participent au processus de sélection, de façon générale¹⁰¹, et pour l'agriculture¹⁰² et les infrastructures¹⁰³ en particulier.

2.126. *Importance de la transparence.* La transparence et le partage de l'information sont très importants dans les processus d'examen et de sélection des investisseurs, et on observe une tendance vers une plus grande transparence. L'absence d'information publique sur ces processus peut nuire aux relations entre l'investisseur et les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales dès le début des opérations¹⁰⁴. La transparence de ces processus peut contribuer à éviter ces inconvénients et combattre la corruption¹⁰⁵. Les informations sur l'investisseur, les études d'impact et les plans d'atténuation, ainsi que tous les contrats et accords connexes devraient être mis à la disposition des détenteurs de droits fonciers légitimes et des communautés locales. Ces informations, ainsi que les contrats et les accords connexes, peuvent être soumis à la confidentialité, dont il est question plus en détail au chapitre 3.V.B sur les obligations de surveillance et de notification.

B. Négociations

2.127. *En général.* Les négociations impliquent deux ou plusieurs parties potentielles qui discutent et cherchent à s'entendre sur les conditions qui régiront leur relation, notamment les moyens de communication et de notification, les diverses obligations et droits des parties, les mécanismes de surveillance de la conformité et les plans pour formuler des griefs et régler les différends.

2.128. *Participation.* D'une manière générale, les participants aux négociations devraient comprendre non seulement les propriétaires des terres, en particulier les concédants potentiels (par exemple le gouvernement ou la communauté locale), mais aussi – par une invitation aux négociations ou autre forme de consultation et engagement – tous les détenteurs de droits fonciers légitimes qui utilisent et ont des droits sur les terres faisant l'objet de l'opération de transfert de droits fonciers et droits connexes. Par conséquent, les négociations sont intrinsèquement liées à l'exercice de la diligence requise, avec notamment l'identification des parties et des parties prenantes ainsi que des terres et des incidences possibles (voir la

⁹⁸ CNUCED, BM. 2018. RAI Knowledge into Action Notes No. 6 (*en anglais*), pp. 3-4.

⁹⁹ *Id.* p. 4.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ Voir CNUDCI. 2011. Loi-type sur la passation des marchés publics; CNUDCI. 2012. Guide pour l'incorporation de la Loi-type sur la passation des marchés publics; et les orientations qui s'y rapportent.

¹⁰² CNUCED, BM. 2018. RAI Knowledge into Action Notes, No. 7 (*en anglais*).

¹⁰³ CNUDCI. 2000. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, pp. 61 et seq.

¹⁰⁴ CNUCED, BM. 2018. RAI Knowledge into Action Notes No. 6 (*en anglais*), p. 3 (examen des investisseurs potentiels); voir en général CNUCED, BM. 2018. RAI Knowledge into Action Notes No. 10 (*en anglais*) (transparence publique).

¹⁰⁵ Voir, en général, OCDE. 2016. Prévention de la corruption dans les marchés publics.

Partie IV ci-dessus). Tous les participants devraient bénéficier d'une représentation juridique adéquate et avoir accès aux informations provenant des analyses d'impact et aux activités liées à la diligence requise.

2.129. *Paramètres et procédure.* Pour garantir que les négociations se déroulent de manière transparente et inclusive, les participants devraient généralement s'entendre sur la procédure, notamment sur le lieu, la langue et les dates des réunions, ainsi que le calendrier global. Les négociations peuvent se dérouler de différentes façons avec, par exemple, diverses phases aboutissant à différents accords ou à des négociations plus longues aboutissant à un accord principal global, les deux cas pouvant également impliquer des accords connexes avec les détenteurs de droits fonciers légitimes. Comme indiqué dans la Partie V.A ci-dessus, les droits fonciers et les droits connexes accordés par un gouvernement peuvent faire l'objet d'un appel d'offres.

2.130. *Intégralité de l'accord.* Comme les négociations et le calendrier du projet d'investissement peuvent donner lieu à une série de contrats, certaines parties choisissent d'inclure une clause "d'intégralité de l'accord" dans le contrat final. Cette clause stipule que l'intégralité de l'accord des parties est reflétée dans le contrat et, sous réserve de conditions particulières, vise à écarter l'application de tout accord distinct et ses dispositions. Le but de ces clauses est d'accroître la certitude et la prévisibilité concernant les droits et obligations des parties en vertu du contrat. Pour assurer que ce type de clauses remplit cet objectif, elles doivent être examinées très attentivement et, si elles sont utilisées, le document écrit final doit effectivement refléter l'intégralité de l'accord des parties. Dans les situations où plusieurs contrats sont utilisés, les parties devraient également veiller à ce que ces contrats soient cohérents et uniformes afin de minimiser les risques de malentendus et de litiges.

2.131. *Questions clés.* Les deux questions clés relatives aux négociations dans l'établissement de la relation contractuelle et la formation du contrat sont 1) la validité et 2) la représentation et l'assistance dans les négociations. La présente section aborde chacune de ces questions.

1. Validité

2.132. *En général.* Afin d'assurer que le contrat ou l'ensemble des contrats est valide et exécutoire, les parties devraient être au courant des exigences de validité en vertu de la loi applicable. Voici une brève description des exigences communes en matière de validité.

2.133. *Capacité et consentement.* Qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, les parties doivent avoir la capacité juridique de conclure des contrats d'investissement en terres agricoles et d'y consentir. Les dispositions du droit interne régissant la capacité juridique sont généralement impératives. En outre, les parties doivent donner un consentement valable au moment de la formation du contrat. Les vices de consentement et les recours sont également régis par des dispositions impératives du droit interne. A cet égard, une question potentiellement délicate est celle de savoir si toutes les parties avaient une compréhension suffisante des conditions du contrat et de ses implications au moment de la conclusion du contrat ou de l'accord connexe. L'absence de consentement éclairé peut équivaloir à un défaut de consentement (par exemple, il peut être interprété comme une erreur de fait ou de droit, ou une fraude, entraînant la nullité du contrat ou permettant d'autres recours). Étant donné que l'analphabétisme et les barrières linguistiques sont des obstacles courants, les circonstances des échanges entre les parties, par exemple, la question de savoir si les contrats, accords et les informations pertinentes ont été mis à disposition dans une langue locale ou s'il y avait des facilitateurs (voir la section 2 ci-dessous) - joueront un rôle déterminant pour déterminer en l'occurrence l'absence d'un consentement informé, les fondements pouvant être invoqués en vertu du droit applicable et les conséquences sur le contrat ainsi que les recours disponibles.

2.134. *Fraude et erreur.* En vue d'établir des relations durables fructueuses, les bonnes pratiques recommandent que les parties agissent de manière transparente et communiquent entre elles, avant la conclusion du contrat, des informations pertinentes non seulement sur l'exécution du contrat mais aussi sur ses implications et ses risques potentiels. Les contrats et les accords basés sur la fraude, l'erreur ou la menace peuvent également être annulés, selon le droit interne ou autrement le droit applicable, par la partie lésée. En ce qui concerne l'erreur, la croyance erronée doit se rapporter aux faits ou au droit existant au

moment de la formation du contrat, et non aux anticipations ou au jugement d'une partie sur l'avenir ¹⁰⁶. Ainsi, un jugement erroné concernant, par exemple, les rendements futurs de la production et les recettes correspondantes ne donne pas lieu à une erreur impliquant l'annulation du contrat d'investissement en terres agricoles. De plus, l'erreur doit être d'une gravité telle (c'est-à-dire non insignifiante ou mineure) ¹⁰⁷ que l'exécution du contrat en l'état ne serait pas acceptable ou que la partie lésée ne mérite pas de protection du fait de son implication dans l'erreur ¹⁰⁸. De même, une représentation par une partie peut atteindre le niveau d'une fraude si elle est destinée à induire l'autre partie en erreur et à obtenir ainsi un avantage au détriment de celle-ci ¹⁰⁹.

2.135. *Contrainte et influence indue*. Des pressions indues au cours des négociations sous forme de menaces, de contrainte ou d'influence indue peuvent également rendre le contrat nul ou annulable. Sous réserve des exigences du droit interne ou du droit applicable, une menace qui ne présente à la partie lésée aucune autre solution raisonnable que consentir à l'affaire pourrait émaner de l'autre partie ou d'une entité extérieure aux négociations ¹¹⁰. Dans certains cas, la contrainte économique ou commerciale peut être considérée comme une menace inappropriée. Toutefois, si la partie contractante n'a pas conscience de la pression indue et a agi en application du contrat ou de l'accord connexe, l'annulation par la partie lésée est exclue. Une influence indue peut se produire dans des situations où une partie est sous la domination d'une autre ou, compte tenu de la relation, on peut raisonnablement supposer que la partie lésée a pris des engagements incompatibles avec son propre intérêt. Dans le contexte agricole par exemple, des situations dans lesquelles le gouvernement cherche à accorder des droits fonciers et des droits connexes avec le soutien actif de l'armée, mais sans le soutien des détenteurs de droits fonciers légitimes et de la communauté locale, pourraient compromettre la validité du contrat. L'évolution des conditions du marché, par exemple, pourrait dans certaines circonstances donner lieu à des allégations de contrainte économique. La partie qui invoque la contrainte doit généralement démontrer que son acceptation des clauses du contrat était involontaire et que les circonstances n'offraient aucune solution de rechange et qu'elles étaient le résultat d'actes fautifs de l'autre partie. Les actes illicites peuvent comprendre des menaces visant à priver une personne de ses moyens de subsistance ou des menaces d'intenter des poursuites criminelles ou réglementaires afin d'obtenir un avantage personnel. Les recours varient selon le contexte, le droit interne (par exemple, dans certains pays le recours ne peut concerner que l'annulation tandis que dans d'autres, le juge peut adapter le contrat; en cas d'avantage excessif, les Principes d'UNIDROIT prévoient les deux mesures), les parties et parties prenantes (par exemple, ce qui constitue une contrainte sera très différent pour un gouvernement et pour une communauté locale) et les circonstances particulières des terres, du projet et des négociations..

2. Représentation et assistance dans les négociations

2.136. *En général*. Comme on l'a vu dans la Partie II ci-dessus, différentes parties et parties prenantes peuvent être impliquées dans le contrat, avoir un intérêt dans la mise en oeuvre du projet, et être autrement impliquées ou affectées. Dans le contexte des négociations, il est important de comprendre les rôles des parties, des parties prenantes et de leurs conseils juridiques respectifs et d'éviter tout conflit d'intérêts (par exemple une situation où l'avocat d'un investisseur conseille également les détenteurs de droits fonciers légitimes sur leurs droits et intérêts).

2.137. *Consentement et représentation*. En ce qui concerne la capacité et le consentement, les personnes qui représentent les parties ou les parties prenantes dans les négociations doivent être dûment autorisées, y compris si elles doivent donner leur consentement au nom d'autres personnes ¹¹¹. Selon les exigences du

¹⁰⁶ Voir Les Principes d'UNIDROIT, art. 3.2.1.

¹⁰⁷ Voir *Id*, art. 3.2.2.

¹⁰⁸ Voir *Id*, art. 3.2.2. et commentaires.

¹⁰⁹ Voir *Id*, art. 3.2.5.

¹¹⁰ Voir *Id*, art. 3.2.6.

¹¹¹ Pour des règles générales et des commentaires sur le pouvoir des agents et la représentation, voir les Principes d'UNIDROIT, Chapitre 2.2.

droit interne, la documentation désigne généralement le représentant légal, décrit l'étendue de son pouvoir et la manière dont le représentant consulte et informe les titulaires de droits fonciers représentés (voir la Partie IV.A ci-dessus). Le pouvoir du représentant devrait être clairement établi, et les investisseurs en particulier devraient s'assurer que les personnes avec lesquelles ils négocient représentent correctement et peuvent donner leur consentement au nom des autres parties ou parties prenantes.

2.138. *Inclusivité*. La représentation pourrait être une question délicate pour les gouvernements, les communautés locales et les détenteurs de droits fonciers légitimes. S'agissant le gouvernement, il n'est pas toujours clair d'établir le ou les ministères compétents, ou même l'échelon du gouvernement qui devrait participer aux négociations et qui est habilité à donner son consentement au contrat ¹¹². En outre, si un ministère peut être habilité à consentir au contrat, cela ne signifie pas nécessairement qu'un autre ministère délivrera le permis requis (voir le Chapitre 3.V.B.1 concernant les permis et licences). Pour les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, il peut y avoir des règles coutumières, par exemple, qui restreignent le droit des femmes et des jeunes d'être impliqués et de donner leur avis dans les consultations et les négociations. Les communautés locales, par exemple, peuvent être composées de divers groupes et membres qui ne partagent pas les mêmes vues sur le projet. Les parties devraient veiller à ce que toutes les voix soient représentées dans le processus de consultation et de négociation, car le succès du projet dépendra de l'appui des différentes parties prenantes (voir la Partie IV.A ci-dessus).

2.139. *Investisseurs*. Lors de la constitution d'une équipe de négociation, les conseils juridiques des investisseurs devraient comprendre des conseillers locaux, qui peuvent fournir une aide précieuse pour s'orienter au sein du système juridique national et l'interpréter (voir le Chapitre 1). Les investisseurs doivent toutefois savoir que tous les conseillers juridiques locaux ne sont pas nécessairement au courant des règles coutumières d'attribution des droits fonciers et des droits relatifs aux ressources dans toutes les régions de cet État: dans de tels cas, les investisseurs devraient engager d'autres experts, notamment des experts familiers des questions foncières qui connaissent bien le domaine de l'investissement. De tels experts pourraient être essentiels non seulement pour aider l'investisseur à comprendre le contexte, mais aussi dans le cadre d'un processus de consultation continu.

2.140. *Gouvernements*. Lorsqu'il négocie un contrat d'investissement en terres agricoles avec un investisseur, le gouvernement devrait s'assurer que son équipe de négociation comprend des juristes représentant les divers ministères et niveaux de l'administration qui peuvent être impliqués dans la transaction, outre l'organisme et les agents en charge des négociations (par exemple le ministère de la justice, une agence de développement) ¹¹³. Il devrait y avoir une coordination entre ces ministères et les divers échelons, et un mandat de négociation clair avec les limites de ce mandat. Pour de tels contrats, le gouvernement devrait s'accorder avec les investisseurs afin d'assurer des consultations continues avec les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, dont la participation peut être facilitée par le gouvernement ou un fournisseur de services juridiques d'intérêt public (par exemple une organisation non-gouvernementale ou une organisation de la société civile qui fournissent une assistance juridique) et pourrait faire en sorte que ces détenteurs et communautés puissent participer au contrat ou à un accord connexe, ou en être les tiers bénéficiaires. S'agissant des contrats entre investisseurs et communautés locales, le gouvernement peut également soutenir les consultations et le cas échéant, les négociations. Cependant, les intérêts du gouvernement peuvent ne pas correspondre à ceux des communautés locales, de sorte qu'il peut être préférable de faire appel à un fournisseur de services juridiques d'intérêt public.

2.141. *Communautés locales*. Avant d'entamer des négociations avec un investisseur, une communauté locale devrait s'assurer que son équipe de négociation comprend un conseiller juridique, faute de quoi elle pourrait ne pas recevoir des conseils suffisamment qualifiés sur le processus et les conditions proposées ou se sentir contrainte de signer les contrats. Dans ces contextes, une communauté locale peut recevoir l'appui du gouvernement ou d'un fournisseur de services juridiques d'intérêt public. Dans la période précédant les négociations, le fournisseur de services juridiques peut informer les membres de la communauté de leurs

¹¹² Voir Guide technique Directives volontaires N° 4, p. 27, tableau 4 (fournissant un aperçu des autorités gouvernementales et de leurs rôles potentiels).

¹¹³ *Id.*

droits éventuels au CPLCC, et aux évaluations d'impact. Il peut également aider les membres des communautés locales à sélectionner l'investisseur, à parvenir à une position commune sur l'acceptation ou le rejet de l'investissement, à élaborer les conditions qu'ils souhaitent et à rechercher des avantages particuliers. Au cours des négociations, le fournisseur de services juridiques peut aider une communauté locale à examiner les clauses contractuelles ainsi que les analyses d'impact sur lesquelles elles sont fondées. Il peut également aider une communauté locale à présenter des demandes de permis et de licences et, au besoin, à former des recours en justice contre les décisions rendues à cet égard. Une fois les négociations terminées, le fournisseur de services juridiques peut s'assurer que les engagements sont rédigés sous la forme d'un contrat qui peut être exécuté ou annulé conformément au droit interne. Il peut également aider à mettre en place des systèmes de gestion des paiements reçus de l'investisseur, ainsi que des mécanismes de supervision.

C. **Forme, contenu et conditions**

2.142. *Forme.* Étant donné la complexité des contrats d'investissement en terres agricoles, ces contrats devraient toujours prendre la forme d'un accord écrit, soit sous la forme d'un contrat global unique, soit sous la forme d'ensemble de contrats portant sur différentes étapes du processus d'investissement, généralement en séquence. Les bonnes pratiques contractuelles recommandent que le contrat soit concis dans l'intérêt de la clarté, de l'exhaustivité, de son applicabilité et de l'efficacité de l'entente des parties. Il convient de réduire la complexité dans la mesure du possible et s'assurer que les parties et les parties prenantes ayant un niveau d'éducation limité en comprennent parfaitement les termes ¹¹⁴. Cela favorise la transparence, la communication ouverte et la collaboration étroite, qui sont des principes clés non seulement au stade de la formation du contrat, mais aussi tout au long de la relation contractuelle.

2.143. *Contenu en général.* Selon le principe largement consacré de la liberté contractuelle, les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu ¹¹⁵. Cette liberté est toutefois limitée par des règles impératives (voir le Chapitre 1), qui peuvent restreindre l'autonomie des parties ¹¹⁶. Il est dans l'intérêt des parties d'aborder les questions relatives à leur relation contractuelle d'une manière complète et détaillée, et une liste des points à examiner figure à l'Annexe 1.

2.144. *Contenu, interprétation et annulation.* La liberté contractuelle des parties peut également être entravée par l'absence de liberté économique de négocier certaines conditions ou de rejeter un contrat légal mais économiquement déséquilibré. On craint que les contrats d'adhésion non négociables ne soient souvent rédigés en faveur de la partie la plus forte. En conséquence, les règles internes relatives à l'interprétation des contrats ¹¹⁷ peuvent impliquer que toute ambiguïté sera interprétée à l'encontre du rédacteur du contrat ¹¹⁸. Inversement, lorsque l'interprétation littérale d'une clause contractuelle donnerait à une partie plus que ce qui est raisonnable par rapport au contrat dans son ensemble, la loi applicable peut permettre une interprétation plus libérale. Dans les cas de disparité évidente, lorsque la loi applicable le permet, la partie lésée peut annuler le contrat ou demander à un tribunal de le modifier conformément à des critères commerciaux raisonnables d'équité contractuelle ¹¹⁹. Bien entendu, l'efficacité économique et l'utilité pratique de la protection offerte au concédant *a posteriori* (c'est-à-dire après que le fait se soit produit) par une action en justice est très discutable compte tenu de l'accès limité aux tribunaux et, en particulier pour les communautés locales et les détenteurs de droits fonciers légitimes, et des montants d'indemnités accordés (voir le paragraphe 2.135 ci-dessus sur la contrainte).

¹¹⁴ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 3.2.7(1) (a).

¹¹⁵ Voir *Id.*, art. 1.1.

¹¹⁶ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 1.4.

¹¹⁷ Pour les règles générales sur l'interprétation des contrats du commerce international, voir les Principes d'UNIDROIT, Ch. 4.

¹¹⁸ Voir les Principes d'UNIDROIT, art.4.6.

¹¹⁹ Voir *Id.* art. 3.2.7.

2.145. *Conditions*. Les parties peuvent subordonner leur contrat ou une ou plusieurs obligations prévues par celui-ci à la réalisation ou non-réalisation d'un événement futur et incertain. Une disposition à cet effet est appelée condition ¹²⁰. Une condition peut être imposée par la loi, comme l'exigence d'une autorisation publique ou d'une licence (par exemple d'utilisation de l'eau). Les parties peuvent introduire une disposition subordonnant le contrat ou les obligations contractuelles en question à l'octroi de l'autorisation ou de la licence, ce qui constitue une condition. Il existe deux types de conditions: les conditions suspensives et les conditions résolutoires. Dans le premier cas, le contrat ou l'obligation contractuelle est subordonné à la survenance d'un événement futur incertain, de sorte qu'il ne prend effet que si l'événement se produit. Dans certains systèmes, ce type de condition est connu sous le nom de "condition préalable". Dans ce cas, les parties au contrat conviennent que l'une d'elles ou les deux peuvent, dans certaines circonstances, avoir le droit de résilier le contrat. Lorsqu'un contrat soumis à une condition résolutoire prend fin du fait de la réalisation de la condition résolutoire, les parties auront souvent exécuté, en tout ou en partie, leurs obligations contractuelles. La question se pose alors de savoir si et, dans l'affirmative, selon quelles règles, les parties doivent restituer ce qu'elles ont reçu. ¹²¹

2.146. *Conditions et bonne foi*. La question de savoir si une partie a l'obligation de déployer tous les efforts raisonnables pour qu'une condition soit remplie est une question d'interprétation. Les parties peuvent elles-mêmes prévoir expressément que le principe de bonne foi devra être observé concernant tous les événements dont dépend la bonne fin de l'opération, ou bien elles peuvent aller au-delà de ce critère minimum et stipuler l'obligation de déployer "les meilleurs efforts pour la réalisation des conditions aussitôt que possible". En cas de manquement à cette obligation, les moyens disponibles (voir le Chapitre 4 sur le droit à l'exécution ou aux dommages-intérêts) sont à déterminer conformément aux dispositions contractuelles, aux circonstances de l'espèce et aux règles générales applicables aux recours en vertu de la loi qui régit le contrat ¹²². Une partie qui, contrairement aux devoirs de bonne foi et de loyauté ou de coopération, empêche la réalisation de la condition, ne peut se prévaloir de sa non-réalisation ¹²³.

2.147. *Conséquences de la violation de la forme ou du contenu requis*. Lorsque la loi applicable établit des exigences particulières de forme et de contenu, elle précise généralement les conséquences du non-respect de ces exigences. Le non-respect de ces exigences peut donner lieu à diverses sanctions selon le droit applicable, allant de l'annulation du contrat dans son ensemble à des sanctions civiles ou même pénales. Certains systèmes peuvent permettre la révision du contrat par un tribunal.

¹²⁰ Dans certains systèmes, "condition" vise une stipulation essentielle du contrat, mais ce n'est pas le sens dans lequel le terme "condition" est utilisé. En outre, ce concept est à distinguer de ce que les systèmes de droit civil désignent comme stipulations contractuelles, comme le terme ou de l'échéance du contrat.

¹²¹ Voir par exemple, les Principes d'UNIDROIT, arts. 5.3.5, 7.3.6, 7.3.7

¹²² Voir par exemple, *Id.*, art. 5.3.3.

¹²³ Voir par exemple, *Id.*, art. 5.3.4.

CHAPITRE 3 - DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES

3.1. *Vue d'ensemble.* Les investissements en terres agricoles sont souvent associés à des promesses d'avantages financiers, de création d'emplois et d'infrastructures, ainsi qu'à des garanties sur le traitement efficace des incidences négatives. Trop souvent, cependant, la réalité n'a pas répondu aux attentes, ce qui a eu des effets néfastes sur les moyens de subsistance et sur l'environnement, et a donné lieu à des différends qui ont retardé, voire paralysé, la mise en œuvre des projets. Selon le contexte, le traitement de ces questions peut nécessiter des changements fondamentaux dans la façon dont les investissements sont faits - notamment sur le plan juridique, la nature des parties contractantes, la structure du processus contractuel et la mesure dans laquelle les personnes les plus directement touchées peuvent influencer les événements. Dans le cadre de ce processus, un élément clé du succès du projet proposé consiste à définir les droits et les obligations des parties dans les contrats et les accords connexes de manière à atteindre un juste équilibre entre les intérêts des parties et des parties prenantes.

3.2. *Contenu contractuel en général.* Le contenu des contrats d'investissement en terres agricoles peut influencer sur la probabilité que les promesses soient respectées. D'une manière générale, les contrats d'investissement en terres agricoles impliquent un échange: le concédant attribue des droits sur les ressources à l'investisseur en échange de certains engagements. Il est important de bien comprendre ces engagements en vue d'intégrer les éléments clés du projet dans les dispositions contractuelles et son cadre institutionnel - ce qui s'oppose à la philanthropie d'entreprise. Des contrats bien rédigés peuvent contribuer à mettre en correspondance les attentes de tous les acteurs, à traduire les promesses en obligations exécutoires et, en fin de compte, à fournir une base plus solide pour des investissements mutuellement avantageux.

3.3. *Rôle du droit interne.* Outre le contrat, la loi applicable au projet - par exemple, le droit interne sur les questions foncières, le travail, la fiscalité et l'environnement - influencera également les droits et les obligations des parties. Par rapport au traitement des contrats entièrement négociés, en général la loi applicable tend à être mieux adaptée pour traiter de façon systématique les questions socio-économiques qui se posent dans tous les investissements. Ce rôle du droit interne est particulièrement important en ce qui concerne l'établissement de normes minimales que tous les investissements doivent respecter - par exemple, le respect des droits fonciers et du droit du travail. En principe, le droit interne devrait créer des conditions équitables pour tous les investissements comparables, refléter les choix politiques faits dans le cadre de processus démocratiques et établir des conditions transparentes et publiques.

3.4. *Contrat complétant le droit interne.* Dans de nombreux contextes, cependant, les contrats peuvent jouer un rôle utile non seulement en donnant effet au droit interne, mais aussi en le complétant. C'est particulièrement le cas lorsque le droit interne n'est pas conforme aux normes internationales, auquel cas, le contrat peut exiger que l'investisseur se conforme aux instruments normatifs internationaux. Les circonstances peuvent également obliger les parties à négocier certaines obligations socio-économiques adaptées à la nature de l'investissement - par exemple, en l'engagement de l'investisseur de développer des activités de transformation précises dans le pays.

3.5. *Relation entre diligence requise et loi applicable.* L'étude de faisabilité du projet et son étude d'impact social et environnemental, ainsi que les consultations avec les détenteurs de droits fonciers légitimes et les autres personnes concernées, y compris le CPLCC le cas échéant, devraient servir de base à toute disposition contractuelle (voir le Chapitre 2.IV). En règle générale, la loi applicable pose les limites de ce que les parties

peuvent négocier ¹ et tout accord contractuel doit être conforme au droit interne et adapté au contexte juridique particulier (voir le Chapitre 1). ²

3.6. *Plan de la section.* Ce Chapitre présente de manière générale les divers droits et obligations prévus dans les contrats d'investissement en terres agricoles et les accords connexes, selon les domaines du droit pertinents s'agissant d'investissements agricoles, à savoir: (I) le régime foncier; (II) les questions sociales et économiques; (III) l'environnement; (IV) la protection de l'investissement et l'autonomie réglementaire; et (V) la surveillance, la transparence et la conformité.

I. LE RÉGIME FONCIER

3.7. *Introduction.* Étant donné que les questions foncières ne se limitent pas à la simple question de l'investissement, le régime foncier est généralement réglementé par les lois en vigueur dans l'État où les terres sont situées (c'est-à-dire le droit de l'État hôte). Toutefois, ces lois peuvent ne pas prévoir tous les détails et parfois ne pas traiter d'aspects spécifiques. Le contrat d'investissement est un instrument important pour traiter ces aspects dans la mesure où il donne aux parties la possibilité de rappeler ou de préciser les règles juridiques et d'assurer l'exactitude de tous les détails, faute de quoi l'investissement pourrait être compromis ou donner lieu à des désaccords ou à des litiges. En ce qui concerne les aspects fonciers, le contrat doit rappeler ou préciser les règles ou contenir certaines informations concernant: a) l'emplacement et la description des terres; b) le régime foncier et les droits connexes; c) le développement du projet; et d) la durée et le renouvellement du contrat.

A. Localisation et description des terres

3.8. *En général.* Les terres faisant l'objet de l'octroi de droits fonciers et droits connexes pour une période déterminée doivent être clairement et précisément identifiées dans le contrat (par exemple, par ses dimensions totales, les limites, les données géospatiales). Les terres peuvent être utilisées non seulement par le concédant mais aussi par d'autres personnes, de sorte qu'il peut y avoir plusieurs détenteurs de droits fonciers. La localisation et la description des terres, de façon transparente, permet aux parties et aux parties prenantes de connaître avec exactitude les parcelles de terres pour lesquelles les droits sont accordés.

3.9. *Identifier les terres dans le contrat.* Pour localiser et décrire les terres avec précision, elles doivent être clairement identifiées par un processus de délimitation impliquant à la fois des professionnels qualifiés et la communauté locale. Le contrat doit indiquer la superficie concédée, l'emplacement de la zone concédée et tous les éléments nécessaires pour que les terres puissent être facilement localisées. Dans certains États, par exemple, il existe des plans de développement agricole indiquant les terres pouvant être attribuées et mises à la disposition des investisseurs par le gouvernement ou la communauté locale, le processus d'attribution se faisant sur la base de propositions qui sont examinées selon les objectifs de développement du gouvernement ou de la communauté. Dans d'autres États, les terres sont désignées dans la proposition de l'investisseur qui demande l'attribution de droits fonciers et droits connexes, puis le gouvernement ou la communauté locale examinent cette demande. Ces méthodes sont soumises toutes deux à différents processus, impliquant des aspects matériels, juridiques et sociaux.:

- *Aspects matériels:* l'identification de la terre est avant tout de nature physique, notamment par la mise en place de limites ou d'autres repères matériels. Ce processus de délimitation ou bornage est soumis au droit de l'État hôte, étant donné la nature essentiellement territoriale de la question. Il s'agit généralement d'une opération effectuée par un fonctionnaire public attesté,

¹ Outre toute disposition de droit national ayant une incidence sur cette question, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales énoncent que les entreprises doivent "[S]'abstenir de rechercher ou d'accepter des exceptions non prévues dans le dispositif législatif ou réglementaire concernant les droits de l'homme, l'environnement, la santé, la sécurité, le travail, la fiscalité, les incitations financières ou d'autres domaines (OCDE, 2011, Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, para. II(5)).

² Directives volontaires, para. 12.8.

généralement un géomètre, en présence des investisseurs et des concédants, ainsi que des détenteurs de droits fonciers légitimes.

- *Aspects juridiques*: La délimitation doit ensuite être traitée par un représentant officiel, avec le report des données de bornage sur un document qui doit être mis à la disposition du public (voir le Chapitre 3.V.B). Dans les États qui n'ont pas de système d'enregistrement foncier, le contrat est le seul instrument de délimitation; il est donc important d'identifier clairement la parcelle de terre concernée. Dans les États où l'enregistrement foncier est le seul moyen d'identifier les droits fonciers, même si les registres fonciers sont les documents légalement reconnus pour l'identification des terres, il est important que les terres soient identifiées dans les documents contractuels pour éviter que les différentes parties et parties prenantes aient à consulter ces registres pour trouver les coordonnées des terres concernées. Quel que soit le mode de délimitation juridique utilisé, il convient que le contrat précise les terres faisant l'objet d'un octroi de droits fonciers et droits connexes afin que les parties et les parties prenantes soient clairement informées.
- *Aspect sociaux*: Dans le contexte de l'identification des terres, tous les détenteurs de droits fonciers légitimes devraient également être identifiés, consultés et en mesure de participer au processus (voir le Chapitre 2.IV.A ci-dessus), soit que cela soit prévu par le droit de l'État hôte selon des procédures qu'il définit, soit même si cela n'est pas exigé, ils devraient être impliqués de manière générale pour assurer la conformité du processus aux normes internationales

3.10. *Terrains supplémentaires*. Les terres faisant l'objet de l'octroi de droits fonciers peuvent faire partie d'une parcelle plus grande ayant une valeur économique élevée à laquelle l'investisseur n'a pas un accès immédiat. Les parties, à condition que le projet se développe de manière responsable et durable, peuvent souhaiter étendre ce projet. Pour diverses raisons, les parties pourraient souhaiter prévoir dans leur contrat la possibilité d'étendre la superficie des terres. Les investisseurs demandent généralement l'accès à de grandes parcelles pour assurer l'extension future de leurs activités. Une clause contractuelle pourrait être envisagée à cet effet, sous forme de clause d'option ou de préférence, qui peut garantir qu'un projet n'occupe pas plus de terres qu'il n'est possible d'en utiliser et permet a) aux détenteurs de droits fonciers légitimes sur les terres supplémentaires de continuer à les utiliser et b) que les terres supplémentaires soient accordées uniquement si l'investissement se déroule de façon satisfaisante (voir la section C ci-dessous concernant le développement du projet). Toutefois, de telles clauses ne devraient pas produire le résultat contraire, en particulier la détention de terres adjacentes supplémentaires en vue de l'expansion potentielle d'un projet, ce qui empêcherait les détenteurs de droits fonciers légitimes de les utiliser.

3.11. *Clause d'option*. Avec une clause d'option, les parties conviennent que le projet d'investissement peut être étendu à d'autres terres au choix de l'investisseur si, notamment, le projet a été développé conformément au plan de développement commercial, aux intérêts des détenteurs de droits fonciers légitimes, aux indicateurs de performance clés et au calendrier global du projet. Dans une telle clause, les parties devraient préciser la forme et le moment de l'avis à donner et les conditions relatives aux droits sur les terres supplémentaires à accorder.

3.12. *Clause de préférence*. Avec une clause de préférence, ou encore appelée clause de "droit de premier refus", les parties conviennent que l'investisseur peut avoir priorité sur tous les autres demandeurs si le concédant décide de mettre à disposition des droits fonciers et les droits connexes sur une parcelle adjacente, à condition que l'investisseur paie un loyer supplémentaire ou assume d'autres obligations (par exemple, financières, économiques ou sociales). À condition que les intérêts de toutes les parties et parties prenantes soient pris en considération et équilibrés, la clause peut être un moyen utile d'agrandir un projet réussi. Une telle option pourrait également dissuader l'investisseur d'essayer d'obtenir des droits sur plus de terres qu'il ne peut en faire usage. Comme dans le cas d'une clause d'option, les parties devraient préciser la procédure et les conditions d'octroi des droits sur les terres supplémentaires à concéder

B. Droits fonciers et droits connexes

3.13. *Vue d'ensemble.* L'octroi des droits fonciers et des droits connexes établit généralement la manière dont l'investisseur peut utiliser les terres ainsi que toute autre ressource (par exemple l'eau, les minéraux et le bois) et les infrastructures, et comment le projet d'investissement fonctionne. Dans certains contrats d'investissement en terres agricoles, l'octroi de droits peut être assez général, mais les parties sont encouragées à négocier soigneusement ce point et à préciser les différents droits dans le contrat, sinon il pourrait y avoir risque de conflits entre investisseurs, concédants et détenteurs de droits fonciers légitimes. En présence de détenteurs de droits fonciers légitimes, il est essentiel d'exercer la diligence requise concernant les droits et les incidences possibles (voir le Chapitre 2.IV). Par mesure de protection pour ces détenteurs, les parties peuvent expressément accorder, retenir ou réserver des droits aux détenteurs de droits fonciers légitimes (par exemple le maintien du passage pour accéder à la terre, l'eau, le pâturage ou la récolte des fruits) - soit comme parties au contrat ou à un accord connexe, soit comme tiers bénéficiaires (voir le Chapitre 2.III.B) - afin de protéger et respecter les droits des détenteurs.

1. Droits fonciers

3.14. *En général.* Lors de l'octroi des droits fonciers (notamment les droits de possession, d'usage et d'accès), les parties devraient tenir compte non seulement de la terre, mais aussi des autres ressources et des infrastructures existantes ou à construire pour le projet. Le contrat doit être aussi complet que possible à cet égard afin de prévenir les risques de malentendus, de griefs et de différends.

3.15. *Utilisation des terres.* Le contrat doit indiquer quand les terres seront mises à la disposition de l'investisseur, le type d'investissement ou d'activité pour lequel elles sont concédées et les utilisations autorisées, notamment la construction d'infrastructures. Avec ces précisions, une fois conclu et sous réserve de l'obtention des autorisations et licences nécessaires (voir le Chapitre 3.V.B.1), le contrat a pour effet d'accorder à l'investisseur le droit de posséder et d'utiliser la terre pour des activités agricoles. L'investisseur détient généralement les droits de possession et d'utilisation pendant toute la durée du contrat, dans les limites des droits concédés et à condition que les parties remplissent leurs autres obligations (voir la partie V ci-dessous). Les droits de possession et d'utilisation doivent tenir compte des droits aux détenteurs de droits fonciers légitimes, impliquant certaines limitations (par exemple par l'octroi de droits à ces détenteurs dans le contrat en tant que parties ou tiers bénéficiaires - ou en retenant des droits pour protéger ces détenteurs).

3.16. *Accès à la terre et contrôle.* Lorsque les droits fonciers et les droits connexes sont accordés temporairement à un investisseur - par conséquent à la différence de la vente de terres - les droits de l'investisseur sont limités par le droit du concédant d'assurer le respect de certains droits fondamentaux. Le concédant a intérêt à vérifier que l'investisseur respecte ses engagements quant à l'utilisation de la terre (par exemple, qu'il respecte les contraintes d'utilisation ou cultive ce qui est convenu). Il est donc important que le contrat définisse les droits d'accès, y compris le droit du concédant ou éventuellement d'autres personnes d'inspecter les terres (voir la partie V.C)

3.17. *Droits sur d'autres ressources.* Le contrat doit indiquer dans quelle mesure l'investisseur peut utiliser d'autres ressources dans la zone du projet, notamment les ressources de surface (par exemple, le bois), les ressources du sous-sol (par exemple, le pétrole, l'or) et l'eau, ainsi que la pêche. Dans certains cas, une formulation large concernant l'octroi de droits aux investisseurs peut, involontairement ou par inadvertance, inclure des droits étendus sur les ressources, ce qui peut avoir des incidences négatives sur les communautés locales qui utilisent ces ressources ou sur l'environnement (par exemple, l'extraction du pétrole). Les concédants devraient veiller à ce que seuls les droits relatifs aux ressources qui sont censées être concédées soient effectivement transmis aux investisseurs.

3.18. *Ressources de surface.* Le contrat devrait préciser les droits des investisseurs quant à l'utilisation des ressources de surface, comme les forêts, qui peuvent être utilisées par les détenteurs de droits fonciers légitimes pour la chasse ou accéder à d'autres sources de nourriture et de subsistance. L'utilisation des forêts pour l'exploitation du bois est une question que les parties devraient examiner et, le cas échéant, traiter dans le contrat conformément au droit interne. En effet, certains investissements prétendus agricoles

ont en fait permis aux investisseurs d'avoir accès aux forêts, en vue de coupes pour la vente du bois et la réalisation de bénéfices importants. L'examen des questions liées au bois peut prévenir de telles situations, y compris de préciser dans le contrat si un projet d'investissement peut utiliser le bois qui se trouve dans la zone d'investissement à des fins de construction des infrastructures ou autre.

3.19. *Ressources du sous-sol.* L'octroi général de droits fonciers pourrait créer une confusion quant aux droits sur les ressources minérales de sous-sol (telles que pétrole, gaz naturel, métaux), qui peuvent être très profitables et dont l'extraction peut avoir des incidences négatives. Dans certains pays, toutes les ressources du sous-sol appartiennent à l'État, alors que dans d'autres, elles appartiennent au propriétaire du terrain. Dans tous les cas, le contrat devrait préciser clairement les droits qui concernent les ressources minérales souterraines. Une possibilité consiste à rédiger une clause d'exclusion précisant que le concédant se réserve tous les droits relatifs à ces ressources et précisant les modalités de notification et d'indemnisation en cas de perte de terres due à l'exploitation de ces ressources. Si les parties ont l'intention de permettre aux investisseurs d'extraire des ressources du sous-sol dans le cadre d'un investissement agricole, des garanties devraient être mises en place (notamment pour les détenteurs de droits fonciers légitimes, les communautés locales et l'environnement).

3.20. *L'eau.* L'eau est essentielle à la production agricole, et l'utilisation de l'eau dans le cadre du projet peut avoir des répercussions importantes sur les détenteurs de droits fonciers légitimes, les communautés locales et l'environnement. Lorsque le concédant est un Gouvernement, qui a la responsabilité de la gestion des ressources naturelles, le contrat doit a) préciser l'étendue du droit d'utilisation des eaux de surface, des eaux souterraines ou des deux selon les besoins déterminés par les études de faisabilité et les études d'impact du projet (voir le Chapitre 2.IV.B); et b) indiquer les modalités et les quantités nécessaires d'utilisation de l'eau et préciser les redevances, les procédures pour ajustements et protections qui doivent être en place (voir la partie III.B concernant la protection des eaux). Lorsque le concédant est une communauté locale, celle-ci peut ne pas être responsable de la gestion de l'eau, mais les parties devraient envisager dans le contrat les sources et les quantités d'eau à utiliser afin de réduire tout risque de confusion, et éviter les griefs et différends avec les membres de la communauté.

3.21. *Droits retenus par le concédant.* Les parties devraient envisager la possibilité que le concédant, s'il le souhaite, continue à utiliser les terres d'une façon ou d'une autre ou y avoir accès. De même, les parties devraient examiner comment les détenteurs de droits fonciers légitimes ou les communautés locales utilisent les terres en question, que ce soit avant qu'un projet d'investissement ne soit entrepris ou dans le cadre d'un projet existant. En consultation avec ces détenteurs et ces communautés, les parties peuvent expressément retenir ou réserver certains droits dans le contrat pour sauvegarder des usages particuliers (par exemple, des cultures dans une partie spécifique) ou l'accès (par exemple, le passage, l'accès à l'eau, la pêche ou les pâturages). Une autre option consiste à accorder ces droits particuliers aux détenteurs et aux communautés (comme parties dans le contrat ou dans un accord connexe, ou en tant que tiers bénéficiaires). Le respect des droits fonciers légitimes peut ainsi contribuer à assurer le bon fonctionnement du projet et à minimiser ou éviter toute incidence négative.

3.22. *Installations.* Pour ce qui est des droits d'utilisation, les parties devraient examiner comment les installations existantes seront utilisées ou si elles peuvent être enlevées, et si l'investisseur aura le droit d'en construire de nouvelles. En ce qui concerne les installations ou bâtiments existants, les parties devraient considérer ceux susceptibles d'entraver l'utilisation des terres ou qui sont utilisés par des détenteurs de droits fonciers légitimes, et préciser tout droit d'utilisation et tout droit retenu à l'égard de ces installations, ainsi que les questions concernant leur entretien. En ce qui concerne les droits de construction, les parties devraient tenir compte de toutes les installations qui pourraient devoir être construites pour la réalisation du projet, notamment les droits d'utilisation, les droits retenus et les obligations portant sur la maintenance. Certaines installations pourraient être nécessaires, par exemple, pour la transformation de la production agricole, créant ainsi des emplois pour les détenteurs de droits fonciers légitimes ou les communautés locales (voir la partie II.C, concernant les relations avec l'économie locale). Les parties devraient également examiner comment les installations peuvent être transférées ou restituées (voir le Chapitre 5).

2. Octroi de droits connexes

3.23. *En général.* Les droits connexes sont ceux qui ne sont pas directement liés à la terre pour laquelle des droits fonciers sont accordés, mais qu'il faut considérer et régler pour le fonctionnement du projet. Ces droits concernent notamment a) l'accès aux services; b) l'utilisation et la construction d'infrastructures; et c) l'importation de biens, l'exportation, le transport et la production pour le marché..

(a) Accès aux services

3.24. *En général.* Les parties doivent examiner si le projet d'investissement nécessitera d'accéder à l'eau et à l'électricité et de traiter les déchets, et si des droits connexes sont nécessaires à cet égard (par exemple, pour construire des lignes électriques ou des canalisations pour le raccord aux réseaux locaux de services publics). Ce faisant, les parties devront également tenir compte de la quantité d'eau et d'électricité que le projet peut utiliser, ainsi que de la quantité d'eaux usées prévue.

3.25. *Clauses relatives aux services publics.* Les parties devront prendre en considération les droits relatifs aux services publics essentiels, tels que l'eau et l'électricité, qui peuvent impliquer l'utilisation par l'investisseur de réseaux publics ou privés d'eau et d'électricité. Le contrat pourrait contenir des clauses concernant:

- L'installation des voies pour accéder au site du projet, l'installation de systèmes de pompes à eau, de réseaux électriques ou de conduites d'alimentation en eau;
- Les modalités de passage des conduites d'approvisionnement en eau; et
- Les modalités d'installation de canaux ou tout élément nécessaire à un meilleur fonctionnement du projet conformément aux études de faisabilité et d'impact.

Les parties devraient veiller à ce que le contrat contienne toutes les clauses nécessaires pour fournir les informations pertinentes ou préciser les moyens de résoudre les difficultés. En effet, les réseaux locaux d'approvisionnement en eau ou en électricité pourraient ne pas offrir de solutions suffisantes et entraver les l'activités de l'investissement, auquel cas ces points devraient être clairement réglementés dans le contrat. Dans certains cas, il pourrait être nécessaire d'installer des réseaux d'approvisionnement en eau ou en électricité sur des terrains adjacents pour desservir la zone du projet, ou encore les réseaux existants pourraient être inadéquats. Les parties devraient envisager ces solutions et lorsque nécessaire, les régler dans le contrat. La construction et l'amélioration des infrastructures sont traitées plus en détail dans la section suivante.

(b) Infrastructures

3.26. *En général.* L'accès à des infrastructures adéquates est d'importance cruciale dans la durabilité d'un investissement agricole. Il peut s'agir d'infrastructures générales (par exemple, les routes publiques et les services publics d'eau, d'électricité et de traitement des eaux usées) et des infrastructures spécifiques à l'investissement (construites pour la réalisation du projet d'investissement). Lorsqu'un investissement permet l'amélioration des infrastructures, qu'elles soient de nature générale ou spécifique à l'investissement, ces améliorations peuvent profiter aux communautés locales si elles sont correctement planifiées, construites et gérées. Le contrat devrait traiter des droits et obligations des parties en ce qui concerne les infrastructures existantes et la construction de nouvelles infrastructures, qui pourront varier en fonction du concédant. Si le concédant est le gouvernement, par exemple, les parties pourront probablement prévoir de façon détaillée les besoins en matière d'infrastructures, parce que le gouvernement a généralement la responsabilité des infrastructures et des travaux publics, ce que n'a pas une communauté locale. Dans le contexte des négociations contractuelles, les études de faisabilité et les analyses d'impact devraient identifier les besoins des parties à cet égard, notamment pour protéger et respecter les droits des détenteurs de droits fonciers légitimes.

3.27. *Infrastructures existantes.* Les parties devraient s'efforcer d'utiliser efficacement et correctement les systèmes d'infrastructure existants (les routes, les canalisations d'eau et d'irrigation, les systèmes d'évacuation des eaux usées, etc.), que ces installations soient publiques ou privées. Dans le même temps,

les parties devraient envisager l'incidence de cette utilisation sur l'infrastructure et sur ses utilisateurs actuels et chercher à éviter ou à minimiser tout impact négatif. En conséquence, les droits d'utilisation de l'investisseur devraient être définis en fonction des différents types d'infrastructures, tels que la quantité d'eau que l'investissement peut utiliser ou le poids maximum des camions qui empruntent certaines routes. En outre, les parties devraient examiner le cas échéant si et comment des améliorations pourraient être apportées aux infrastructures existantes.

3.28. *Nouvelles infrastructures.* Le projet d'investissement peut requérir la construction de nouvelles infrastructures pour fonctionner correctement. Le droit de construire devrait être clairement défini dans le contrat de manière à tenir compte de toutes les restrictions et garanties nécessaires. Les parties devraient identifier le propriétaire de toute infrastructure nouvellement construite (l'investisseur, le gouvernement ou les communautés locales), et envisager la possibilité de structure de propriété conjointe. Les droits de propriété devraient être définis de manière à préciser le propriétaire, la durée des droits et les circonstances dans lesquelles ils peuvent prendre fin. Lorsque l'infrastructure doit être détenue en propriété conjointe, il est essentiel de choisir sa forme juridique (par exemple une société, une coopérative, une fiducie). Lorsqu'il est prévu que la propriété prend fin avec le contrat, les parties devraient régler les questions afférentes au transfert (par exemple à un nouvel investisseur), avec la restitution des terres à l'expiration du contrat ou à sa résiliation. Dans certains cas, il peut être nécessaire d'offrir une indemnisation à l'investisseur pour les investissements liés aux infrastructures en cas d'acquisition forcée, de restitution ou de résiliation. Parmi les autres questions à prendre en considération figurent la nécessité éventuelle d'acquérir des terrains pour construire les infrastructures (voir le Chapitre 2.IV.B.B.1), l'obligation de relations avec l'économie locale (voir la partie II.C ci-dessous), l'importation de matériaux – tous ou en partie – et les obligations afférentes à l'entretien et aux réparations des infrastructures.

3.29. *Entretien, réparations et redevances.* Les parties devraient envisager des obligations en matière d'entretien, de réparations et de redevances concernant les infrastructures. Pour celles qui appartiennent à l'État, le gouvernement pourrait exiger des paiements pour couvrir notamment les coûts d'entretien et de réparation pour la fourniture des infrastructures. Lorsque des tarifs commerciaux sont applicables pour l'électricité, l'eau et d'autres services, ils doivent être bien définis pour que l'investisseur les prennent en compte dans son plan d'exploitation. Les parties pourraient envisager la possibilité que le gouvernement accorde une exemption de paiements pour les services en échange d'un engagement de l'investisseur d'investir dans les infrastructures. Le financement des infrastructures par le secteur privé peut être entrainer l'application de droits d'utilisation pour couvrir les coûts d'investissement, d'exploitation et d'entretien. Il peut être conseillé, par exemple, de facturer l'utilisation des infrastructures et d'utiliser les revenus pour embaucher des employés locaux pour entretenir et développer davantage les infrastructures. Le renforcement des capacités et la formation en matière d'exploitation et d'entretien des infrastructures devraient également être inclus. Lorsqu'elles s'entendent sur la construction d'une nouvelle infrastructure, les parties devraient également convenir de la partie qui a la responsabilité de son entretien et de ses réparations.

3.30. *Droits d'accès.* Outre définir les droits de l'investisseur et du concédant, les parties devraient prendre en considération les droits des détenteurs de droits fonciers légitimes et des communautés locales sur les infrastructures existantes et nouvelles (par exemple, la circulation sur une route existante ou nouvelle qui serait dans la zone du projet; l'utilisation des ressources en eau). Le cas échéant, les parties devraient veiller à ce que ces droits soient incorporés dans le contrat, que les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales soient parties au contrat ou à un accord connexe, ou qu'ils soient des tiers bénéficiaires (voir le Chapitre 2.III.B).

3.31. *Financement par des tiers.* Des tiers, tels que des fonds de développement axés sur la promotion d'investissements agricoles responsables, peuvent fournir des capitaux pour le développement des infrastructures, à certaines conditions. Les droits et obligations de tout tiers financeur devraient, comme tous les aspects du projet d'investissement, correspondre à l'approche d'investissement responsable et durable du projet.

3.32. *Obligations de développement et infrastructures sociales.* La construction et l'amélioration des infrastructures peuvent faire partie d'engagements pour le développement du projet et de clauses relatives

aux infrastructures sociales. S'agissant du développement du projet, les clauses portant sur les infrastructures pourraient également être soumises à des indicateurs de performance clés (voir la section C ci-dessous). Par ailleurs, le contrat peut contenir une clause exigeant de l'investisseur qu'il construise ou soutienne d'une autre manière ce que l'on appelle une infrastructure sociale, par exemple en contribuant au développement d'une école ou d'un hôpital pour la communauté locale (voir la partie II.E ci-dessous).

3.33. *Suivi et conformité.* Les obligations liées aux infrastructures, comme les autres obligations en vertu du contrat, devraient faire l'objet de suivi et être soumises à des contrôles de conformité, y compris pour ce qui est l'obtention des autorisations ou licences nécessaires (voir la Partie V). Les parties devraient prendre en considération les autorisations ou licences des autorités gouvernementales, des entités et des organismes administratifs (par exemple, les autorités environnementales, les autorités de gestion des routes, les services de planification et de construction, les services des travaux publics) qui peuvent être nécessaires et préciser ces besoins dans le contrat pour plus de clarté. Sous réserve du respect des exigences en matière d'autorisations et de licences, le processus devrait être traité en temps opportun et les autorisations et licences ne devraient pas être refusés sans motif raisonnable. Pour atteindre un certain niveau de certitude à cet égard, les parties devraient énoncer toutes les conditions préalables et les obligations futures associées à l'obtention d'autorisations et de licences.

3.34. *Responsabilités, inexécution et règlement des différends.* Les parties devraient définir clairement à qui incombent les responsabilités et les paiements liés aux infrastructures. Dans les cas où des tiers supportent des responsabilités et des paiements, ils devraient être impliqués dans les phases contractuelles. La question de l'assurance pour chacun des types d'infrastructures doit être réglée y compris la partie qui en a la charge. Le manquement d'une partie à ses obligations contractuelles en matière d'infrastructure peut donner lieu à une rupture de contrat et à un recours pour la partie lésée ou peut être excusé (voir le Chapitre 4). Afin de promouvoir une relation durable, les parties devraient examiner les situations d'inexécution qui pourraient survenir en rapport avec les divers droits et obligations relatifs aux infrastructures et les traiter dans le contrat. De même, les parties devraient envisager des mécanismes de règlement des différends relatifs aux infrastructures partagées (voir le Chapitre 6).

(c) *Import, export, market access and transport*

3.35. *En général.* La prise en compte des questions relatives à l'importation, à l'exportation, à l'accès au marché et au transport est importante pour assurer le succès d'un projet d'investissement en permettant, par exemple, d'obtenir les intrants nécessaires pour la production agricole ou le matériel pour la transporter et la mettre en vente sur le marché. Si le concédant est le gouvernement, les parties pourraient probablement aborder ces questions en détail, parce que le gouvernement est généralement responsable de ces questions, tandis qu'une communauté locale pourrait ne pas l'être. Lorsque le concédant n'a pas cette responsabilité, les parties pourraient en discuter avec un représentant du gouvernement et devraient néanmoins examiner dans quelle mesure le droit interne applicable pourrait être clarifié à cet égard.

3.36. *Importation.* Le contrat devrait préciser les moyens d'approvisionnement en semences et autres biens d'importation. Les investisseurs ont généralement besoin de matériels d'équipement et de machines, qui sont souvent importés. Les frais de douane peuvent constituer un obstacle important à cette activité. La plupart des gouvernements qui cherchent à investir dans les terres agricoles disposent d'une réglementation spécifique pour faciliter l'importation et exempter les opérations des investisseurs des droits de douane, et cette question devrait être examinée lors des négociations contractuelles. En conséquence, les parties souhaiteront peut-être l'aborder dès une phase initiale des négociations et refléter les points d'accord dans le document contractuel final.

3.37. *Exportation.* Certaines lois nationales peuvent prévoir des incitations ou autres mesures pour faciliter l'exportation des produits agricoles par des investisseurs opérant dans cet État, généralement dans la loi de promotion de l'investissement. Lorsque ces incitations ou autres mesures ne sont pas prévues par la loi, il est souhaitable que les investisseurs négocient les conditions d'exportation de leurs produits avec le gouvernement, qui est généralement responsable des politiques en matière d'investissement et questions afférentes (telles que le régime fiscal). Dans le cadre de la négociation et du contrat, les parties devraient préciser des restrictions particulières ou des limitations à l'exportation en cas de situation de sécurité

alimentaire (voir également le Chapitre 4.II concernant les exemptions de responsabilité pour non-exécution).

3.38. *Accès au marché.* L'accès aux marchés locaux pose souvent problème en raison des restrictions qui s'appliquent dans certains États. Bien que des droits fonciers puissent être accordés aux investisseurs agricoles, ceux-ci peuvent se voir refuser l'accès aux marchés locaux afin de protéger les producteurs locaux. Ce n'est pas un problème pour les investisseurs dont la production est destinée à un marché étranger déjà assuré. Toutefois, les restrictions d'accès au marché peuvent être préjudiciables aux investisseurs qui n'en ont pas. Il est important que les parties prennent en considération les questions d'accès au marché afin de garantir un marché final pour la production agricole.

3.39. *Transport.* Les parties devraient examiner les questions liées au transport, en particulier les moyens (routiers, ferroviaires, par exemple) par lesquels la production du projet d'investissement doit être acheminée et livrée aux marchés, aux entrepôts et aux ports si nécessaire pour être exportée, ainsi que les coûts afférents. Les droits de transport devraient être spécifiés dans le contrat, ainsi que toute question pertinente en relation avec les infrastructures (voir la section 2(c) ci-dessus concernant les infrastructures).

C. Développement du projet

3.40. En général. Les contrats d'investissement en terres agricoles accordent généralement à l'investisseur le droit exclusif d'effectuer certaines opérations agricoles commerciales dans la zone désignée. Toutefois, le contrat peut prévoir que les membres des communautés vivant à l'intérieur ou autour de la zone d'investissement ont le droit de d'utiliser certaines ressources conformément aux coutumes et pratiques traditionnelles, ou d'effectuer des activités agricoles sur des terres non exploitées. Les investissements qui ne sont pas dûment mis en œuvre peuvent frustrer les attentes et créer des coûts d'opportunité - parce que le terrain aurait pu être utilisé à d'autres fins, ou d'autres opérateurs auraient pu mieux développer le même projet.

3.41. Intérêt des concédants. Par conséquent, les concédants ont intérêt à décourager les acquisitions spéculatives et à établir des objectifs et des échéanciers clairs pour la mise en œuvre des projets. Certains concédants souhaitent également réglementer la nature des activités d'utilisation des terres conformément à certains objectifs. Par exemple une autorité publique peut souhaiter spécifier les cultures du projet, dans le cadre d'une politique publique visant à répondre à la demande intérieure pour un produit donné.

3.42. Établissement de paramètres. Lors de l'attribution des droits sur les ressources, les contrats d'investissement en terres agricoles devraient également établir des paramètres clairs pour la mise en œuvre du projet. Des clauses bien rédigées exigent que l'investisseur mette en œuvre le projet conformément à un plan de développement précis, et elles établissent des délais clairs pour la conformité ainsi que des sanctions en cas de non-conformité. Il peut s'agir, par exemple, de clauses qui fixent des objectifs quantitatifs pour étendre progressivement la superficie des terres cultivées ou construire et exploiter une usine de transformation.

3.43. Objectifs. Pour que ces dispositions soient efficaces, elles devraient associer tout objectif fondé sur les intrants (par exemple, les apports en capital) avec ceux portant sur les extrants (par exemple, le volume ou la valeur de vente de la production). Les objectifs doivent être alignés sur les conclusions de l'étude de faisabilité et sur le plan de développement de l'investissement (voir le Chapitre 2.IV.B.1). En outre, les clauses devraient être assorties d'obligations d'information correspondantes (voir la partie V.A.2), le cas échéant avec des garanties d'exécution ou d'autres modalités assurant le respect des obligations (voir la partie V.B.3), et la faculté donnée au concédant de procéder à des inspections et de sanctionner toute inexécution.

3.44. Délais de conformité. Certaines lois foncières nationales soumettent l'acquisition des droits fonciers et droits connexes par les investisseurs à la réalisation de certains engagements concernant le développement du projet dans un délai déterminé (par exemple, de deux à cinq ans). Ces dispositions répondent à l'objectif politique de promouvoir l'utilisation productive des terres. Mais elles tendent à être un instrument peu efficace pour les investissements à long terme dont la durée dépasse largement la période prévue. Dans ces situations, le contrat devrait préciser les étapes de la mise en œuvre, le calendrier et les

exigences en matière de rapports, ainsi que les sanctions en cas de non-conformité, pendant toute la durée du projet (voir aussi la section D ci-dessous concernant la durée et le renouvellement).

3.45. **Problèmes de mise en œuvre.** Selon la nature de l'investissement, des dispositions additionnelles peuvent être nécessaires pour régler les problèmes de mise en œuvre qui surviennent dans la phase finale du projet. Dans une plantation agroforestière où la propriété des arbres revient au concédant à l'expiration du contrat, par exemple, des dispositions peuvent être nécessaires pour assurer que, vers la fin du contrat, l'investisseur soit toujours encouragé à gérer l'exploitation de manière durable, notamment par une replantation continue. La clôture du projet soulève également des questions particulières qui, selon le droit interne applicable, peuvent nécessiter des dispositions contractuelles spécifiques (voir la Partie III.B).

3.46. **Indicateurs de performance.** Outre les objectifs quantitatifs, les clauses de développement du projet devraient également fournir des indicateurs qualitatifs de performance. De nombreux contrats ne le font qu'en termes très généraux, par exemple en exigeant de l'investisseur qu'il adhère aux "bonnes pratiques agricoles". Bien qu'elles puissent être utiles pour mettre en évidence les attentes des parties, ces clauses soulèvent des questions quant à leur signification et à leurs implications précises. Les clauses les plus efficaces lient les indicateurs de performance qualitatifs à des normes internationales spécifiques lorsque celles-ci sont disponibles.

3.47. **Incitations.** Outre les sanctions pour le non-respect des objectifs clés de développement du projet, certains contrats incitent également l'investisseur à respecter des paramètres souhaitables. Par exemple, certaines clauses subordonnent certains avantages à la réalisation par l'investisseur des objectifs pertinents dans les délais impartis. A titre d'exemple, une attention favorable pourrait être accordée à toute demande d'extension de la zone du projet ou de la durée du contrat.

3.48. **Coordination avec d'autres dispositions.** Les clauses de développement d'un projet doivent être coordonnées avec les autres dispositions contractuelles pertinentes. Les clauses de durée et de renouvellement doivent être cohérentes avec les clauses de développement de projet (voir la section D ci-dessous). Les clauses d'exonération devraient traiter des situations dans lesquelles l'investisseur ne respecte pas le plan de développement convenu en raison de la survenance de certains événements (voir le Chapitre 4.II.A concernant la force majeure). D'autres clauses dépendent en partie des objectifs prévus concernant le développement du projet. Par exemple, si le concédant souhaite que le contrat précise la nature des activités économiques autorisées (par exemple, les cultures produites) afin que le projet contribue à satisfaire la demande locale, le contrat devrait également définir les conditions dans lesquelles l'investisseur peut exporter le produit en question. En outre, les parties devraient prendre en considération dans leurs négociations des questions connexes telles que la suivi (voir la partie V ci-dessous) et les divers recours en cas d'inexécution par l'investisseur (voir le Chapitre 4.III.C).

D. Durée et renouvellement

3.49. **Durée en général.** La durée optimale de l'octroi de droits fonciers et droits connexes peut dépendre de divers facteurs, tels que les circonstances particulières liées à l'investisseur et au concédant, l'incidence de l'investissement sur les droits des détenteurs de droits fonciers légitimes, les cultures prévues et leurs prix de marché courants et anticipés et le temps nécessaire à l'investisseur pour rembourser ses dettes et amortir l'investissement initial. Par exemple, certains arbres à fruits à coque (comme les pistachiers ou les pacaniers) prennent près de cinq ans, voire plus, entre la plantation et un niveau de production commerciale. Pour ce type de culture, une durée très courte pourrait faire obstacle à des investissements agricoles responsables. Certains cadres juridiques imposent des durées légales. En l'absence de durée légale, c'est généralement le contrat qui fixe la durée ainsi que les modalités de renouvellement.

3.50. **Durée légale.** La législation de certains États limite la durée totale de l'octroi de droits fonciers et droits connexes sur les terres appartenant à l'État à un certain nombre d'années, ou fixe une durée initiale à l'issue de laquelle un projet peut être évalué et sa durée prolongée. Les restrictions peuvent établir une limite générale pour toutes les terres dont le gouvernement est le concédant, ou des limites spécifiques pour des projets dans des secteurs particuliers, comme l'agriculture, afin d'éviter que les terres soient réservées sans être utilisées et de surveiller les incidences négatives. La durée légale varie, mais peut être assez courte

(par exemple cinq ans). En présence d'une durée légale prévue par la loi applicable, les parties doivent s'y conformer et pourraient s'y référer dans le contrat pour plus de clarté.

3.51. *Durée contractuelle.* Sous réserve que le permette le droit interne, les parties sont libres de déterminer la durée du contrat, qui variera en fonction de circonstances diverses. Dans la pratique, certains contrats peuvent atteindre 99 ans et être renouvelables, bien que ces durées très longues puissent effectivement constituer des ventes et soient donc incompatibles avec l'objet et la portée du Guide. Il est conseillé aux parties d'établir dans le contrat une durée suffisante tenant compte de toute loi applicable, des cycles de production et des types d'activités afin de permettre un remboursement intégral des emprunts et de réaliser un investissement durable et responsable. Les parties devraient définir clairement la durée de l'investissement, conformément au droit interne et à toute clause de développement de projet (voir la section C ci-dessus) ou d'examen périodique (voir la partie V.C ci-dessous). La durée doit être indiquée par les dates de début et de fin. La date de début - en d'autres termes, le jour où le contrat prend effet - peut, par exemple, être la date à laquelle toutes les parties signent le contrat ou la date à laquelle certaines conditions ont été remplies (voir le Chapitre 2.V.C sur les conditions).

3.52. *Renouvellement en général.* Au terme de la durée applicable de l'octroi de droits fonciers et des droits connexes, le contrat prend fin (voir le Chapitre 5.II) ou peut être renouvelé selon les termes du contrat. Dans la pratique, la fin de tels contrats ne signifie généralement pas la fin de l'activité, qui peut être devenue importante et durable. Lors de la préparation du contrat, les parties peuvent anticiper les difficultés potentielles liées à l'expiration du contrat et peut-être éviter des renégociations prolongées en incluant une clause de renouvellement ou de prolongation. Dans ces clauses, les parties peuvent établir à la fois le processus et les exigences requises. En ce qui concerne le processus, les parties devraient préciser comment et quand elles devraient s'informer mutuellement de leur intention de renouveler ou de prolonger le contrat, la durée de ce renouvellement ou de cette prolongation, le nombre de fois où le contrat peut être renouvelé ou prolongé et si les autres conditions du contrat (par exemple les loyers) seraient différentes pendant la période renouvelée ou prolongée. En ce qui concerne les exigences, les parties devraient envisager de subordonner le renouvellement ou la prolongation au respect de toutes les obligations contractuelles ou à la conformité à des indicateurs de performance clés précis.

3.53. *Renouvellement et restitution.* Si une partie des terres concédées reste inutilisée au moment du renouvellement et qu'il est peu probable qu'elle soit mise en exploitation, les droits fonciers et les droits connexes portant sur la parcelle concernée pourraient être restitués aux détenteurs légaux et légitimes des droits fonciers (voir généralement le Chapitre 5). L'expiration d'une durée initiale ne devrait toutefois pas être un moyen pour le gouvernement de reprendre le contrôle d'un projet réussi (voir la partie IV.A ci-dessous).

3.54. *Renégociations.* Si les parties n'incluent pas de clause de renouvellement ou si cette clause ne prévoit pas un problème spécifique qui se pose, les parties souhaitant prolonger ou renouveler un contrat devraient procéder à des renégociations. Celles-ci doivent être menées de bonne foi, en temps opportun et de façon inclusive (voir le Chapitre 2.V.B) afin d'éviter de longues négociations et des désaccords et assurer que les investissements agricoles restent productifs, durables et responsables.

II. ASPECTS SOCIAUX ET ÉCONOMIQUES

3.55. *Introduction.* Cette partie traite des dispositions contractuelles qui déterminent les droits et obligations des parties de nature sociale et économique. Tout en reconnaissant l'interdépendance des différents instruments juridiques et le rôle du droit national et international dans la définition des droits et obligations en matière d'investissement, l'analyse se concentre sur les dispositions contractuelles. Deux mises en garde s'imposent.

- *Les questions sont vastes et complexes, et les pratiques contractuelles varient très largement reflétant la diversité des produits concernés, des structures commerciales, du droit applicable et d'autres circonstances de fait. Par exemple, les dispositions contractuelles qui déterminent les droits et obligations des parties en matière sociale et économique différeront considérablement selon qu'il s'agit d'un bail à long terme, d'une entreprise conjointe ou d'une usine de transformation qui*

s'approvisionne principalement auprès de petits producteurs ruraux. Les parties contractantes ont aussi souvent des préférences différentes. En raison de cette complexité et de cette diversité, la discussion est inévitablement synthétique: l'objectif est d'identifier les questions clés à garder à l'esprit, plutôt que de fournir des orientations détaillées.

- Bien que, pour plus de clarté, la section examine séparément différentes questions, dans la pratique, ces questions sont souvent étroitement liées entre elles et des compromis peuvent être opérés entre des aspects potentiellement concurrents: par exemple, les obligations des investisseurs de développer des infrastructures sociales ou publiques pourraient avoir des répercussions sur les accords financiers, les parties convenant qu'une partie des avantages économiques est fournie en nature plutôt que sous la forme de recettes. Ces compromis exigent des choix réfléchis, et les parties contractantes peuvent légitimement adopter des approches différentes. Toutefois, le droit interne et international fixe des paramètres auxquels les parties ne peuvent déroger, par exemple en ce qui concerne le respect des droits humains. Ces paramètres limitent le pouvoir discrétionnaire des parties lorsqu'elles négocient le contrat.³

3.56. *Plan de la section.* Cette partie examine les pratiques, les questions et les compromis qui peuvent se poser non seulement à l'égard de questions sociales et économiques précises, mais aussi concernant les contrats d'investissement en terres agricoles en général. Ce faisant, elle traite des dispositions contractuelles possibles et propose des orientations concernant: a) les prestations monétaires; b) la création d'emplois, l'accès aux emplois et les droits du travail; c) les relations avec l'économie locale; d) l'agriculture contractuelle, les programmes impliquant des cultivateurs sous-traitants et les relations au sein de la chaîne d'approvisionnement; et e) le fonds de développement communautaire et les infrastructures sociales

A. Prestations monétaires

3.57. *En général.* Les versements en argent constituent l'une des prestations économiques possibles dans les contrats d'investissement en terres agricoles. Ils peuvent prendre différentes formes, selon la nature du contrat. Les loyers sont un type courant de source de revenus. Ils peuvent être calculés sur la base d'un taux forfaitaire, que l'investisseur doit verser au concédant indépendamment de la rentabilité du projet (modèles à revenu fixe); selon un pourcentage de la production ou des bénéfices (modèles d'intéressement ou de participation aux bénéfices); ou selon une combinaison des modèles à revenu fixe et à revenu partagé. Dans les entreprises conjointes, le concédant peut avoir droit à des dividendes. Selon les circonstances, d'autres versements en argent peuvent également s'appliquer aux relations entre l'investisseur et le concédant.

3.58. *Revenus.* En outre, dans la plupart des cas, l'investisseur sera tenu de verser à des paiements aux autorités publiques. Il peut s'agir de redevances liées par exemple à l'utilisation de l'eau et aux autorisations en matière environnementale ou autre. Il s'agit aussi généralement de prélèvements fiscaux tels que l'impôt sur le revenu des sociétés et les droits sur l'importation et l'exportation d'intrants et de produits. Lorsque le gouvernement est le concédant, ces multiples sources de revenus – des revenus fonciers aux revenus fiscaux – sont intégrées dans la même enveloppe financière.

3.59. *Droit interne.* Le droit interne a généralement un rôle de premier plan dans la réglementation des obligations monétaires. C'est particulièrement le cas pour la fiscalité: même lorsque le gouvernement est le concédant et que le contrat traite des questions fiscales, le droit interne détermine des paramètres importants. Dans certains pays, il régleme également les paiements non fiscaux tels que les loyers – notamment les mécanismes permettant de déterminer leur montant, les modalités de paiement ou les révisions périodiques.

3.60. *Dispositions contractuelles.* Les contrats d'investissement en terres agricoles contiennent souvent des dispositions relatives aux obligations monétaires, qui peuvent aider à clarifier les paiements applicables tels qu'ils sont déterminés par le droit interne. Elles peuvent également permettre aux parties d'adapter

³ NU 2015. Principes pour des contrats responsables. Intégrer la gestion des risques pour les droits de l'homme dans les négociations contractuelles entre États et investisseurs.

leurs droits et obligations aux circonstances particulières du projet. En matière de fiscalité, cependant, l'application du droit interne – à la différence de régimes fiscaux spécifiquement négociés – permet des situations équitables, accroît la transparence et réduit les risques de corruption. Bien que de nombreux contrats prévoient des exceptions au régime fiscal généralement applicable, il est largement reconnu que le contrat ne devrait pas accorder d'exemptions qui ne sont pas prévues par le droit interne.⁴

3.61. *Variété des solutions.* Il n'existe pas de modèle universel pour concevoir les obligations monétaires. Les conditions varient selon les produits et les situations nationales, et les parties contractantes peuvent avoir des préférences différentes. Lorsque le concédant est une autorité publique, des questions de politique générale peuvent être en jeu au-delà des seules considérations de revenus. Par exemple, les redevances pour l'eau pourraient servir à inciter l'investisseur à faire une utilisation rationnelle de l'eau. Cette situation exige une prise en compte intégrée des dimensions monétaires et non monétaires.

3.62. *Choix de priorités et expertise requise.* Des combinaisons différentes de sources de revenus peuvent produire des résultats différents pour ce qui est des apports dans le temps, du partage des risques entre les parties et de la facilité de recouvrement. Les décisions à cet égard doivent résulter de choix éclairés qui reflètent le contexte particulier et les préférences des parties. Les juristes n'ont peut-être pas la formation ou l'expertise nécessaires pour traiter ces questions difficiles. Par conséquent, la modélisation financière et l'expertise économique sont nécessaires pour éclairer les négociations contractuelles.

3.63. *Méthodes à revenu fixe.* Par rapport aux modèles d'intéressement ou de participation aux bénéfices, par exemple, les mécanismes à revenu fixe ont tendance à être plus faciles à gérer et sont souvent plus transparents. Ils procurent également au concédant un revenu indépendamment du rendement de l'investissement. La participation aux bénéfices a tendance à être plus risquée pour le concédant parce que les paiements dépendent de la réussite de la production et de la vente. Mais ces risques varient selon que l'accord est basé sur les bénéfices ou sur le chiffre d'affaire brut.

3.64. *Participation aux bénéfices.* La participation aux bénéfices a tendance à être particulièrement délicate – parce que l'entreprise peut ne pas être rentable pendant la période nécessaire pour amortir les coûts d'investissement, et en raison du risque de transfert des bénéfices. Lorsque la participation est basée sur les recettes brutes et non sur les bénéfices, les paiements sont liés au chiffre d'affaires indépendamment de la rentabilité. Dans les projets réussis, cette modalité pourrait permettre au concédant de recevoir un revenu plus élevé pendant toute la durée du projet. Certains contrats combinent les modalités de revenu fixe et de revenus partagés.

3.65. *Entreprises conjointes.* Une participation dans une entreprise conjointe pourrait permettre au concédant non seulement de recevoir des dividendes, mais aussi d'être représenté au conseil d'administration de l'entreprise – et donc d'avoir accès à l'information et éventuellement d'exercer une influence sur la direction. Toutefois, les dividendes dépendent de la rentabilité de l'entreprise, et des études empiriques sur les entreprises conjointes d'investisseurs et de communautés agricoles ont révélé l'efficacité limitée de la représentation au conseil d'administration ou même l'absence de versement de dividendes dans certains cas. Les accords d'entreprises conjointes sont toujours complexes. Ils exigent une réflexion approfondie et des mesures ciblées pour corriger les déséquilibres en matière d'information, de ressources et de capacités des parties.

3.66. *Calendrier et forme.* Outre les montants dus, les clauses relatives aux droits et obligations des parties devraient déterminer également le moment et la forme des contributions monétaires, ainsi que les intérêts encourus sur les paiements en retard. Lorsque le concédant est un État, que le contrat couvre des questions fiscales et que la législation nationale ne règle pas de manière adéquate les abus en matière de prix de transfert⁵, le contrat devrait prévoir des garanties pour que les impôts dus soient effectivement payés –

⁴ Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, para. II (5)

⁵ Les prix de transfert se réfèrent à la détermination de la valeur des opérations entre des sociétés appartenant au même groupe d'entreprises ("sociétés apparentées"). Les opérations peuvent porter sur la vente de biens tels que des intrants ou le produit; la fourniture de services tels que la construction, la gestion ou la commercialisation; l'octroi de licences sur des droits de propriété intellectuelle tels que des technologies brevetées; ou des prêts entre une filiale locale

notamment en exigeant de disjoindre les opérations entre l'investisseur et les sociétés apparentées et que l'investisseur conserve et communique des données et registres précis.

3.67. *Capitalisation.* Pour s'assurer que l'investisseur dispose de ressources suffisantes pour mener à bien l'investissement et assumer les obligations qui y sont liées, les contrats les plus efficaces exigent également des niveaux minimaux de capitalisation, c'est-à-dire le montant du capital propre dont dispose l'entreprise pour ses activités. Par exemple, le contrat peut prévoir que le ratio de la dette de l'investisseur par rapport aux capitaux propres ne doit à aucun moment dépasser un montant déterminé.

3.68. *Réexamen périodique.* En outre, les clauses contractuelles devraient également prévoir des révisions périodiques des obligations monétaires des parties. Les clauses d'examen périodique sont particulièrement importantes pour les projets à long terme, afin d'adapter les paiements à l'évolution de la situation économique et de garantir la pertinence de l'enveloppe financière (voir la partie V.B.5 concernant la notification et l'examen périodique). Les clauses les plus efficaces précisent le calendrier des examens périodiques, exigent des parties qu'elles négocient de bonne foi les paiements révisés et prévoient des modalités pour déterminer les révisions si les parties ne peuvent s'entendre - par exemple, par le biais d'un expert indépendant nommé conjointement par les parties.

B. Création d'emplois, accès à l'emploi et droits du travail

3.69. *En général.* La création d'emplois est souvent l'un des avantages les plus importants mis en avant par les investisseurs. Pourtant, de nombreux investissements en terres agricoles n'ont pas été à la hauteur des attentes qu'ils avaient suscitées et les emplois ne peuvent compenser la perte de terres. En effet, souvent, la terre et les ressources naturelles confèrent des avantages collectifs aux populations rurales, tandis que les emplois impliquent généralement des opportunités pour les individus. Il est en général impossible pour les investissements de fournir des emplois à tous ceux qui perdent des terres.

3.70. *L'importance d'emplois de qualité.* De plus, les transferts de terres entraînent généralement la perte d'un bien permanent, alors que les emplois sont souvent saisonniers, limités à une période déterminée (par exemple durant la phase de construction) ou sujets à des changements selon les conditions économiques. Et si l'accent est souvent mis sur le nombre d'emplois que le projet serait susceptible de créer, les emplois ne peuvent être bénéfiques que si la qualité des conditions de travail est assurée et si les droits du travail sont respectés.

3.71. *Objectif des dispositions relatives à l'emploi.* Les dispositions contractuelles régissant l'emploi visent à assurer que les avantages annoncés se concrétiseront. Elles sont plus couramment utilisées dans les contrats où le concédant est le gouvernement ou une autorité publique. Mais on les trouve aussi souvent dans les contrats conclus directement avec les communautés locales. Les clauses contractuelles couvrent souvent trois questions interdépendantes: la création d'emplois, l'accès à l'emploi et les droits du travail et les conditions d'emploi.

3.72. *Création d'emplois.* Il est souvent difficile de prévoir avec précision le nombre des différents types d'emplois que le projet créera au cours de sa durée, notamment parce que des facteurs économiques externes et pas toujours prévisibles peuvent avoir des incidences importantes sur le projet. Les contrats à eux seuls ne peuvent pas garantir la création d'emplois difficiles à maintenir sur le plan économique. En conséquence, les engagements en matière de création d'emplois sont souvent difficiles à traduire en clauses contractuelles spécifiques. Cela dit, une pratique contractuelle a vu le jour qui vise à régler ces questions.

3.73. *Objectifs concernant la création d'emplois.* Dans certains contrats, l'investisseur "déclare" qu'il "envisage" d'employer un certain nombre de personnes. Bien qu'une telle formulation ne crée pas d'obligations fermes, l'insertion de chiffres dans le contrat peut aider à clarifier les attentes communes des

et d'autres sociétés appartenant au même groupe. Dans les grands groupes ayant de nombreuses filiales, ces opérations intra-groupe font partie de la vie courante des entreprises. Mais les prix de transfert offrent des possibilités d'évitement fiscal. Chaque coût que l'entreprise impute à ses activités dans le pays d'accueil a pour effet de réduire l'assiette fiscale dans ce pays. Et en manipulant les prix des biens, les rétributions pour les services, les redevances sur les brevets ou les intérêts sur les prêts, l'investisseur peut transférer les bénéfices de l'entreprise constituée localement vers des sociétés apparentées situées dans des pays où l'imposition est moins élevée.

parties et fournir une référence utile pour le suivi du projet. Une solution alternative serait que le contrat indique des engagements plus précis de la part de l'investisseur pour employer un nombre déterminé de personnes et établisse des possibilités de révisions périodiques selon l'évolution de la situation économique.

3.74. *Protection concernant les objectifs d'emploi.* Les parties devraient également pouvoir rédiger des clauses pour compenser les situations où la création d'emplois est nettement inférieure aux attentes. Ce pourrait être le cas, par exemple, quand l'innovation technologique permet une mécanisation accrue, réduisant ainsi le nombre de personnes employées par le projet. Dans de telles situations, le contrat pourrait exiger des parties qu'elles négocient d'autres avantages, comme une augmentation des paiements en argent ou une amélioration des infrastructures sociales.

3.75. *Accès à l'emploi.* Outre la création d'emplois, l'accès à l'emploi est un autre défi récurrent dans le contexte des investissements agricoles. Les personnes qui perdent des terres à cause de la mise en œuvre d'un projet ont souvent du mal à accéder aux possibilités d'emploi que le projet génère. Certains contrats exigent que les postes non qualifiés soient pourvus par des ressortissants locaux - ou même par des personnes se trouvant dans la zone du projet ou à proximité - dans la mesure du possible. De telles dispositions présupposent qu'une main-d'œuvre locale soit disponible pour occuper les emplois.

3.76. *Priorité aux travailleurs locaux.* Certains contrats prévoient également que, toutes choses étant égales par ailleurs, les ressortissants locaux - ou éventuellement les personnes se trouvant dans la zone du projet ou à proximité - devraient avoir la priorité en matière de recrutement, de possibilités de formation et de promotions pour des postes qualifiés (par exemple, de direction et techniques). Pour donner davantage de poids à ces clauses, certains contrats fixent des objectifs de main-d'œuvre qualifiée en pourcentage pour les ressortissants locaux et établissent des échelles mobiles, selon lesquelles les objectifs locaux en pourcentage d'emploi pour les postes qualifiés augmentent pendant la durée du projet.

3.77. *Améliorer l'emploi.* Dans ces arrangements contractuels, au début de la mise en œuvre du projet, les travailleurs locaux occupent principalement des postes non qualifiés, mais il est possible d'instaurer des systèmes d'échelles mobiles associées à des programmes de renforcement des capacités afin d'augmenter le nombre d'employés locaux occupant des postes techniques et de direction. Pour que ces échelles mobiles fonctionnent, les contrats devraient fixer des objectifs réalistes au vu des conditions socio-économiques, des obligations en matière d'éducation et de formation selon un calendrier précis soutenues le cas échéant par des engagements financiers annuels minimaux ainsi que par des mesures efficaces en matière de suivi et de compte rendu.

3.78. *Genre et différenciation sociale.* Les inégalités dues au genre et à d'autres différences sociales sont des questions importantes dans les relations de travail du monde agricole, en partie à cause de la ségrégation professionnelle. Dans les plantations, par exemple, les femmes sont souvent recrutées comme travailleuses temporaires, sans contrat et à la pièce. Cela signifie que les protections relatives au droit du travail peuvent ne pas s'appliquer et que les femmes peuvent être payées à bas salaire et exposées à des pratiques discriminatoires. Dans de nombreux États, la Constitution et la législation du travail interdisent la discrimination fondée sur le sexe, la grossesse et la situation matrimoniale dans le recrutement, la formation, la rémunération, les conditions de travail, la promotion et le licenciement. Mais ces dispositions sont souvent inefficaces face à des pratiques socio-économiques discriminatoires à l'égard des femmes.

3.79. *Réduire la ségrégation professionnelle.* Les contrats peuvent compléter ces exigences générales par des mesures visant à réduire la ségrégation professionnelle - par exemple, en veillant à ce que les objectifs en matière d'accès à l'emploi (y compris aux postes qualifiés) et aux possibilités de formation ne soient pas discriminatoires selon le genre. Une approche similaire peut être adoptée en ce qui concerne d'autres sources locales importantes de différenciation sociale, par exemple l'origine ethnique (en veillant à ce qu'un groupe particulièrement discriminé ait accès à une part équitable des possibilités d'emploi et de formation) ou l'âge (en facilitant l'accès aux opportunités pour les jeunes qui possèdent rarement des terres à eux) ⁶.

⁶ Par exemple, Principes CSA-RAI, Principe 4, para. 24, sur l'accès à l'emploi et à la formation des jeunes.

3.80. *Conditions de travail.* Une troisième série de questions concerne le respect des droits du travail internationalement reconnus et des normes de santé, de sécurité et autres normes applicables au lieu de travail ⁷. La plupart des États sont légalement tenus de s'y tenir en raison de leur appartenance à l'Organisation internationale du travail (OIT) ou de leur ratification des conventions pertinentes de l'OIT. Outre les instruments internationaux, le droit national du travail joue un rôle clé dans le traitement des questions relatives aux droits des travailleurs. Cela comprend, par exemple, la législation régissant la liberté d'association et la négociation collective, la législation sur le salaire minimum ou de subsistance, la réglementation sur les grèves, les conditions de travail, la santé et la sécurité et la protection contre le licenciement abusif.

3.81. *Clauses du contrat relatives au droit du travail.* Le contrat peut préciser que le projet doit être conforme au droit interne, et il peut aborder des questions spécifiques relatives aux droits des travailleurs qui se posent dans le cadre du projet d'investissement. Par exemple, il peut déterminer la nature et les modalités de toute prestation de services des employés et des personnes à leur charge (par exemple les soins médicaux, le logement ou l'éducation). Il peut également réglementer ou restreindre l'utilisation de certains produits chimiques toxiques ou exiger de l'investisseur qu'il forme les travailleurs à l'utilisation des équipements de protection. Lorsque le droit interne n'est pas conforme aux normes internationales, le contrat peut également contribuer à combler cette lacune.

3.82. *Adhésion aux instruments internationaux.* Une des approches consiste à ce que le contrat exige le respect des instruments de l'OIT, bien que ceux-ci s'adressent principalement aux États plutôt qu'aux investisseurs. Le contrat pourrait également faire référence à des instruments non contraignants tels que les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, ou la Norme de performance 2 de la Société financière internationale (SFI) qui fixe des exigences de base telles que le respect du droit interne, le traitement équitable et la non-discrimination dans les relations de travail, la santé et la sécurité et l'interdiction du recours au travail forcé. Chaque fois que les contrats font référence à des normes internationales, il est essentiel que les parties disposent des capacités institutionnelles et humaines nécessaires pour contrôler le respect de ces normes.

3.83. *Suivi.* Pour faciliter le suivi, le contrat devrait exiger de l'investisseur qu'il conserve des données et des registres précis sur les créations d'emplois, l'accès aux emplois et le respect des droits du travail, et qu'il rende compte régulièrement des progrès accomplis. Il devrait également accorder au concédant des pouvoirs adaptés pour contrôler le respect des dispositions, y compris le droit d'inspecter les locaux.

C. Relations avec l'économie locale

3.84. *En général.* Pour le concédant - en particulier lorsqu'il s'agit d'un gouvernement ou d'une autre autorité publique -, une considération essentielle est que le projet favorise un développement économique inclusif dans la zone du projet ou dans l'ensemble du pays. ⁸ Or les investissements d'exploitation des ressources posent le problème récurrent des liens avec l'économie locale. En effet, les investissements peuvent contribuer à l'économie nationale au niveau macroéconomique, par exemple en termes de PIB ou de balance des paiements, mais ils ont un impact limité sur la réduction de la pauvreté. Plusieurs États ont adopté des lois visant à renforcer les liens utiles avec l'économie locale. Selon les circonstances, des clauses contractuelles peuvent également être utilisées à des fins similaires.

3.85. *Considérations.* La question des liens avec l'économie locale présente plusieurs aspects. L'un concerne la transformation du produit. Pour réduire ou éviter la dépendance à l'égard des exportations de matières premières, de nombreux États ont adopté des politiques visant à promouvoir la création de valeur ajoutée au niveau national - exigeant ou encourageant les entreprises à effectuer au moins une partie de la transformation du produit dans le pays. La manière dont ces politiques se traduisent dans la pratique contractuelle dépend des circonstances de l'investissement agricole concerné.

⁷ Directives volontaires, para. 12.4; Principes CSA-RAI, Principe 2, para. 22.

⁸ Voir aussi Principes CSA-RAI, Principe 2, para 22, sur le développement économique sans exclusion.

3.86. *Transformation au niveau local.* Dans certains cas, la transformation agro-industrielle fait partie du projet dès le début. Ce peut être le cas pour les denrées périssables qui doivent être transformées peu après la récolte et pour les entreprises qui ciblent le marché intérieur. Par exemple, de nombreux projets dans le secteur de la canne à sucre prévoient des installations pour la production de sucre ou d'éthanol. Dans de tels cas, les contrats peuvent utilement établir des paramètres clairs fondés sur l'étude de faisabilité du projet, en vue de la construction et de l'exploitation des installations de transformation - avec des plans de développement, des objectifs précis rapportés aux prix de vente, des échéanciers et des dispositions de suivi.

3.87. *Encourager les activités de transformation locale.* Dans certaines situations, le projet initialement conçu et proposé par l'investisseur implique une production agricole excluant toute transformation locale importante. Cela peut être particulièrement le cas pour les denrées non périssables qui peuvent être transportées sur des distances moyennes ou longues. Toutefois, même dans de telles situations, le concédant peut négocier le contrat pour exiger qu'au moins une partie de la production soit transformée localement. Des clauses contractuelles définissent ensuite les seuils applicables aux activités de transformation locale. La loi nationale peut également encourager ou exiger la transformation locale.

3.88. *Encouragements à la transformation.* Dans d'autres cas, le contrat crée des incitations pour que l'investisseur mette en place les activités de transformation locale à un stade ultérieur, par exemple avec des dispositions détaillées exigeant que l'investisseur évalue la viabilité de la transformation au niveau local, soumettant la prolongation du contrat à la condition qu'une certaine part de la production soit transformée localement dans un délai donné ou qui exigent que l'investisseur vende un pourcentage de sa production à des usines de transformation qui pourraient être établies dans le pays par des tiers à l'avenir. S'il existe de nombreuses options juridiques, c'est en fin de compte la viabilité économique qui constituera la considération la plus importante.

3.89. *Utilisation des ressources locales.* Une autre question pertinente concerne l'approvisionnement en biens et services nécessaires à la mise en œuvre du projet. Cela pourrait aller du matériel d'équipement aux services de traiteur. Certaines lois ou certains contrats contiennent des dispositions portant sur l'utilisation de ressources locales qui obligent l'investisseur à s'approvisionner ou à accorder la préférence aux biens et services fournis par les entreprises locales, le cas échéant si le coût, la qualité ou le délai de livraison sont comparables au niveau international. Certains contrats exigent que la priorité soit accordée aux fournisseurs locaux, même si cela augmente les coûts du projet dans les limites d'un pourcentage déterminé par rapport à d'autres fournisseurs disponibles à l'échelle internationale.

3.90. *Exigences relatives à l'exécution.* D'après les études empiriques, l'efficacité des exigences relatives à l'exécution est mitigée et, d'une manière générale, il est peu probable que des dispositions légales aient un effet significatif si le marché local ne dispose pas des capacités pour saisir les opportunités commerciales créées. Il est donc essentiel de rendre les entreprises plus compétitives pour promouvoir des liens économiques positifs, que des clauses concernant l'utilisation de ressources locales soient utilisées ou non. Toutefois, par le passé de nombreux États ont eu amplement recours à de telles clauses dans leurs efforts de développement, y compris des États qui sont actuellement classés dans la catégorie des pays à revenu élevé. La mise en œuvre requise de ces clauses fait partie de l'arsenal politique dont disposent les pouvoirs publics en matière d'investissements en terres agricoles.

3.91. *Considérations relatives aux exigences d'exécution.* Lorsque des clauses d'utilisation des ressources locales sont utilisées, elles doivent être bien conçues pour avoir un effet tangible. Par exemple, certains contrats exigent de l'investisseur qu'il contribue au renforcement des capacités des entreprises locales dans des domaines sensibles des services et de l'approvisionnement, et qu'il restructure les achats au fil du temps afin de développer la fourniture locale de biens et services. Étant donné que les investissements impliquent souvent de longues chaînes d'entrepreneurs et de sous-traitants, les bonnes pratiques contractuelles précisent également que les conditions relatives à l'exécution s'appliquent aux activités économiques gérées par les entrepreneurs et les sous-traitants, et que ceux-ci sont soumis à l'obligation de rendre compte. Certains contrats exigent de l'investisseur qu'il prenne des mesures proactives précises pour relayer l'information aux fournisseurs et contractants potentiels.

3.92. *Objectifs concernant l'utilisation des ressources locales.* Les dispositions relatives à l'utilisation des ressources locales peuvent également préciser les objectifs que l'investisseur doit atteindre en s'approvisionnant auprès de types particuliers d'entreprises, comme les petites et moyennes entreprises, ou auprès d'entreprises appartenant à des groupes spécifiques ou gérées par eux, comme les femmes ou les jeunes. Ces dispositions devraient être accompagnées de dispositions correspondantes en matière de notification et de suivi. Par exemple, le contrat pourrait exiger de l'investisseur qu'il soumette des plans annuels sur le rendement d'une unité de transformation ou sur les progrès en vue d'atteindre les objectifs relatifs aux ressources locales. Quand ils recourent à des exigences relatives à l'exécution, les États devraient tenir compte des obligations découlant de leur appartenance à l'Organisation mondiale du commerce (OMC), le cas échéant, et de toute clause relative aux exigences de performance contenue dans les traités internationaux d'investissement qu'ils pourraient avoir ratifiés.

D. Agriculture contractuelle, programmes de cultivateurs sous-traitants et relations avec la chaîne d'approvisionnement

3.93. *En général.* Les Directives volontaires appellent les États à "soutenir les investissements réalisés par les petits exploitants ainsi que les investissements publics et privés qui tiennent compte des intérêts de ces exploitants"⁹. Elles affirment également que les investissements responsables "devraient être réalisés dans le cadre de partenariats [...] avec les détenteurs locaux de droits fonciers sur les terres", et que "les États devraient envisager d'encourager une gamme de modèles d'investissement et de production qui n'aboutissent pas à des transferts à grande échelle de droits fonciers à des investisseurs, et ils devraient encourager les partenariats avec les détenteurs locaux de droits fonciers"¹⁰. Des dispositions comparables encourageant la collaboration avec les petits producteurs ruraux sont contenues dans les Principes CSA-RAI¹¹.

3.94. *Approvisionnements.* Dans la pratique, de nombreuses entreprises agroalimentaires choisissent de s'approvisionner en produits agricoles auprès de producteurs indépendants, notamment des petits agriculteurs. Dans certains cas, l'entreprise achète la plupart ou même la totalité de la production aux producteurs et concentre ses propres activités sur le regroupement, la transformation ou la distribution. Dans d'autres cas, l'entreprise exploite sa propre plantation et s'approvisionne en denrées supplémentaires auprès de producteurs indépendants selon une formule plus souple afin d'accroître ses capacités.

3.95. *Variété des modalités d'agriculture contractuelle.* Les relations entre l'entreprise et les producteurs sont extrêmement variées, allant d'opérations au comptant, éventuellement faisant intervenir une chaîne de négociants et d'intermédiaires, jusqu'aux accords d'agriculture contractuelle étroitement coordonnés. Les accords d'agriculture contractuelle sont eux-mêmes très diversifiés, en ce qui concerne le degré de formalisation et la nature des parties. Certaines modalités d'agriculture contractuelle reposent sur un accord bilatéral entre l'entreprise et les agriculteurs, qui peuvent commercer individuellement ou par l'intermédiaire de coopératives, tandis que d'autres modalités sont des accords multilatéraux qui impliquent également des prêteurs, des assureurs ou d'autres prestataires de services. Dans de nombreux cas, les agriculteurs cultivent des terres dont ils sont propriétaires ou auxquelles ils ont accès de manière indépendante, tandis que dans d'autres, l'entreprise fournit les terres en concession aux cultivateurs¹².

3.96. *Relations au sein de la chaîne d'approvisionnement.* Les relations au sein de la chaîne d'approvisionnement vont au-delà des questions purement contractuelles et dépendent des caractéristiques structurelles de la chaîne de valeur, des aspects commerciaux et des orientations politiques. En outre, les accords de collaboration entre l'agro-industrie et les petits producteurs agricoles peuvent offrir des moyens de subsistance, mais ils peuvent aussi exposer les agriculteurs à des relations d'exploitation et à des risques importants, liés par exemple à l'endettement et à des conditions de prix inéquitables.

⁹ Directives volontaires, para. 12.2.

¹⁰ *Id.*, paras. 12.4 et 12.6.

¹¹ Principes CSA-RAI, para. 4.

¹² Sur les contrats d'agriculture contractuelle, voir le Guide juridique sur l'agriculture contractuelle.

3.97. Droit interne et contrat. Dans un certain nombre d'États, la législation nationale régit les relations au sein de la chaîne d'approvisionnement et protège les droits des agriculteurs. Il existe également des lignes directrices internationales sur les questions portant sur la terre, la main-d'œuvre et d'autres aspects de la chaîne d'approvisionnement agricole.¹³ Les contrats influencent également les conditions de toute relation au sein de la chaîne d'approvisionnement. De multiples contrats peuvent être en jeu au-delà de l'accord entre l'investisseur et le concédant. Dans de nombreux cas, il s'agit de contrats directs entre l'investisseur et les agriculteurs individuels ou les coopératives d'agriculteurs - bien que des accords plus informels soient également fréquents. Les différents contrats sont interdépendants et doivent être envisagés comme stipulant des conditions liées; mais le guide se concentre sur les dispositions du contrat entre investisseur et concédant¹⁴.

3.98. Encourager les accords d'approvisionnement avec les cultivateurs. Selon la situation, le contrat entre l'investisseur et le concédant peut encourager, voire obliger, l'investisseur à conclure des accords contractuels avec des petits producteurs ruraux. Les parties doivent toutefois éviter que de tels programmes soient imposés aux producteurs contre leur gré. Toute disposition contractuelle obligatoire devrait être fondée non seulement sur l'étude de faisabilité du projet, mais aussi sur la consultation de la communauté et, le cas échéant, sur le CPLCC (voir le Chapitre 2.IV.A.2(b)).¹⁵

3.99. Évaluation des modèles d'investissement. Selon le contexte et les cadres juridiques applicables, par exemple, un protocole d'accord prévoyant la réalisation par l'investisseur d'une étude de faisabilité pourrait exiger que l'étude évalue des modèles d'investissement reposant sur une collaboration avec des petits producteurs ruraux, sur la base de consultations et, le cas échéant, du consentement des détenteurs de droits fonciers légitimes et des petits producteurs agricoles; les données de l'étude pourront ensuite être utilisées pour éclairer les négociations du contrat investisseur-concédant.

3.100. Exigences contractuelles concernant les cultivateurs sous-traitants. Lorsqu'un programme d'approvisionnement par des petits cultivateurs répond à la demande locale, le contrat peut imposer à l'investisseur d'appliquer certaines conditions et certains délais, et exiger que ces conditions doivent également reposer sur la consultation des communautés affectées. Le contrat entre investisseur et concédant peut également faciliter l'accès de groupes spécifiques, tels les femmes et les jeunes, aux opportunités offertes par le programme. Lorsque le contrat exige de l'investisseur qu'il mette en place un programme d'approvisionnement par des cultivateurs sous-traitants, il devrait également identifier les mécanismes de suivi et les sanctions en cas de non-respect - par exemple, en stipulant que le fait de ne pas développer le programme conformément au contrat constituerait une inexécution fondamentale et un motif de résiliation du contrat.

3.101. Conditions minimums. Eu égard aux asymétries de pouvoir de négociation qui peuvent exister entre l'investisseur et les petits producteurs ruraux, et pour atténuer le risque d'accords inéquitables, le contrat investisseur-concédant devrait également fixer des conditions minimums auxquelles tout accord conclu par l'investisseur avec les agriculteurs devra se conformer. Outre l'établissement d'un contenu minimum pour la production sous-contrat, cette approche donne au concédant un rôle défini contractuellement dans le suivi et le respect de la conformité - un élément important étant donné qu'il est souvent difficile pour les agriculteurs d'obtenir l'exécution des contrats de production par la voie légale.

3.102. Aspects essentiels à traiter. Les principaux paramètres que le contrat entre l'investisseur et le concédant doit établir comprennent l'obligation d'acheter des produits aux agriculteurs à hauteur de niveaux de production spécifiés, sous réserve de normes de qualité généralement considérées comme raisonnables dans le secteur commercial; l'obligation pour l'investisseur de fournir aux agriculteurs une formation et un soutien pour renforcer leurs capacités, et les modalités et délais pertinents; les critères de qualité applicables aux intrants (par exemple les semences et les produits chimiques) fournis; le prix du produit acheté aux

¹³ Par exemple, le Guide OCDE-FAO pour des filières agricoles responsables.

¹⁴ Pour des orientations sur les contrats entre investisseur et producteurs, voir le Guide juridique sur l'agriculture contractuelle.

¹⁵ Voir les références au CPLCC des Directives volontaires, également les références à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007) et à la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (1989).

agriculteurs locaux, en fonction des prix minimums de référence fixés au niveau international et des intrants que les agriculteurs achètent à l'investisseur.

3.103. Cultivateurs sous-traitants et ventes hors contrat. Le cas échéant, le contrat entre l'investisseur et le concédant pourrait également traiter des ventes hors contrat, un problème récurrent dans de nombreux contrats agricoles, en encourageant les parties à rester engagées dans la relation tout en protégeant les agriculteurs contre des sanctions disproportionnées.

3.104. Protection des cultivateurs sous-traitants. Si les cultivateurs sous-traitants cultivent la terre qui fait l'objet du contrat de concession à l'investisseur, le contrat devrait également prévoir des garanties pour leurs droits fonciers, afin qu'ils ne puissent pas être expulsés arbitrairement en cas d'inexécution. Si l'entreprise doit accorder des financements aux agriculteurs, le contrat entre l'investisseur et l'État devrait réglementer les conditions du financement, par exemple les taux d'intérêt ou les déductions et le rééchelonnement des paiements, afin de limiter le risque d'endettement des agriculteurs. Le contrat investisseur-concédant devrait exiger de l'investisseur qu'il établisse un mécanisme de réclamation pour traiter les plaintes des cultivateurs sous-traitants.

E. Fonds de développement communautaire et infrastructures sociales

3.105. *En général.* De nombreux contrats exigent que l'investisseur contribue par des apports monétaires ou en nature à des projets d'infrastructure sociale et à des projets communautaires dans la zone d'investissement ou dans les alentours. Lorsque le concédant est la communauté locale ou une autorité locale la représentant, cet élément peut constituer une part très importante au regard des obligations économiques globales de l'investisseur. Lorsque le concédant est l'État, les obligations concernant les fonds de développement communautaire et les infrastructures sociales permettent d'assurer que le projet bénéficie aux groupes locaux conformément aux priorités en matière de développement.

3.106. *Partage des revenus.* Dans les deux cas, et en fonction du contexte constitutionnel et administratif, les obligations contractuelles de l'investisseur peuvent être liées aux conditions de répartition des avantages économiques entre les organismes publics centraux et locaux. On observe également de plus en plus d'accords entre investisseurs et communautés qui complètent le contrat entre investisseur et concédant et qui précisent la nature des obligations de l'investisseur. Les accords entre investisseurs et communautés peuvent couvrir plusieurs questions abordées dans les sections précédentes - par exemple en ce qui concerne les relations avec les cultivateurs sous-traitants. Selon les préférences des parties, ils prévoient aussi souvent des obligations de l'investisseurs portant sur la création et le financement d'un fonds de développement communautaire, ou sur la fourniture et le fonctionnement d'infrastructures sociales telles que des écoles ou des centres de soin.

3.107. *Variété des pratiques contractuelles.* Les pratiques à cet égard sont extrêmement variées, reflétant en partie la diversité des situations et des structures contractuelles. Si le contrat entre le concédant et l'investisseur ou des accords séparés entre la communauté et l'investisseur, prévoient l'établissement de fonds de développement communautaire ou des engagements en matière d'infrastructures sociales, les dispositions contractuelles devraient résulter de la consultation de la communauté et, le cas échéant, du CPLCC¹⁶. Les dispositions devraient également établir des obligations claires, détaillées, assorties de délais et pouvant être exécutées, ainsi que des exigences correspondantes de compte rendu et de suivi, et prévoir des sanctions effectives en cas d'inexécution - y compris la résiliation du contrat principal en cas d'inexécution fondamentale à laquelle il n'aurait pas été remédié dans un délai déterminé.

3.108. *Questions à traiter.* Lorsque le contrat prévoit la création d'un fonds de développement communautaire, il devrait également préciser, selon la situation, comment le fonds sera administré - par exemple, par un comité créé à cet effet, dont il précise la composition et le fonctionnement, prévoyant la représentation effective des différents groupes de parties prenantes locales. Une attention particulière

¹⁶ Voir les références à la consultation / participation et au CPLCC dans les Directives volontaires, ainsi que dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007) et dans la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (1989).

devrait être accordée aux questions de genre et de différenciation sociale - par exemple, avec une représentation adéquate des femmes et des groupes défavorisés dans tout comité constitué pour gérer le fonds de développement communautaire.

III. ENVIRONNEMENT

3.109. *Introduction.* L'investissement en terres agricoles dépend dans une large mesure de la disponibilité et de la qualité des ressources naturelles. Toutefois, ces investissements sont souvent associés à des risques environnementaux et à des risques de pollution des ressources naturelles (l'eau, le sol, l'air), à la dégradation des forêts et à la perte de biodiversité. Les risques et les impacts environnementaux varient selon le contexte écologique local, le type de cultures agricoles et le système de gestion environnementale. Outre les incidences environnementales, ces questions ont des répercussions sociales, car les ressources environnementales constituent la base des moyens de subsistance et de l'identité culturelle de millions de personnes dans le monde. Le projet d'investissement peut avoir des répercussions non seulement sur l'environnement en tant que tel, mais aussi sur l'exercice du droit humain à un environnement sûr, propre et sain. Malgré ces risques d'incidences négatives, les investissements en terres agricoles peuvent également avoir des effets positifs s'ils sont réalisés de manière responsable et durable. L'utilisation des ressources naturelles doit être optimisée et la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du contrat d'investissement en terres agricoles et des accords connexes et ne doit pas être considérée indépendamment de ceux-ci¹⁷.

A. Considérations générales

3.110. *Droit interne applicable.* Comme brièvement noté au Chapitre 1.II, le droit interne joue un rôle clé dans l'établissement des règles, institutions et processus de protection de l'environnement. Comme présenté au Chapitre 2.IV.B.2, par exemple, les lois sur l'environnement exigent généralement une étude d'impact dans le cadre des projets proposés susceptibles d'affecter de façon importante l'environnement, et elles définissent des paramètres clés de droit matériel et de procédure. Le droit interne définit également les règles environnementales auxquelles un projet d'investissement doit se conformer, telles que les restrictions sur l'utilisation de certains produits chimiques ou les exigences relatives à certaines méthodes ou techniques de travail à respecter. Des règles spéciales peuvent s'appliquer dans les zones écologiquement sensibles. Les institutions gouvernementales adoptent des mesures réglementaires, délivrent des permis environnementaux, surveillent la conformité et sanctionnent la non-conformité.

3.111. *Droit international et régional applicable.* Le droit international, pour sa part, exige des États qu'ils prennent des mesures environnementales. Plusieurs déclarations et traités relatifs à l'environnement, par exemple, exigent des États parties qu'ils veillent à ce qu'une étude d'impact sur l'environnement soit réalisée avant d'autoriser des activités susceptibles d'avoir un impact environnemental important¹⁸. Alors que les traités peuvent clarifier les particularités et les procédures, les tribunaux internationaux exigent de plus en plus des États qu'ils procèdent à une évaluation de l'impact sur l'environnement pour les activités relevant de leur juridiction qui sont susceptibles de causer un dommage environnemental à d'autres États. En outre, la protection de l'environnement et les droits de l'homme sont interdépendants et des études d'impact sur l'environnement peuvent être exigées par les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et les tribunaux. De nombreux instruments juridiques régionaux traitent également de la protection de l'environnement et peuvent servir de source d'inspiration utile pour exiger la durabilité environnementale dans les contrats d'investissement en terres agricoles. Par exemple, les traités régionaux prévoient l'accès

¹⁷ Conformément au Principe 4 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992).

¹⁸ Par exemple, le Principe 17 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992); l'article 14 de la Convention sur la diversité biologique (1992) et la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (1991).

à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement ¹⁹.

3.112. *Instruments en matière de responsabilité sociale des entreprises.* Bien que le droit international n'impose pas directement aux entreprises des obligations environnementales contraignantes, nombre de ses instruments non contraignants (de "soft law") visent à influencer le comportement des entreprises et à encourager l'intégration de la durabilité dans leurs activités. Ainsi qu'exposé dans la partie V du présent chapitre, les lois et les normes, y compris les normes privées, relatives à la RSE exigent de plus en plus de transparence et la présentation de rapports non financiers sur les activités économiques. En ce sens, de nombreux instruments qui traitent de la RSE encouragent l'utilisation de contrats pour la protection de l'environnement ²⁰. En outre, le Guide OCDE-FAO pour des filières agricoles responsables encourage les entreprises à respecter les normes internationales existantes en matière d'investissement responsable des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement agricoles. Les normes privées et les systèmes de certification multipartites définissent également les bonnes pratiques internationales. Pour le domaine spécifique de l'agriculture, dans le secteur de l'huile de palme, les normes de la Table ronde pour l'huile de palme durable (RSPO) prévoient un cadre de protection des terres à haute valeur de conservation.

3.113. *Rôle des contrats pour la protection de l'environnement.* Le contrat d'investissement en terres agricoles, en tant qu'une des sources du droit applicable, peut jouer un rôle important dans la protection de l'environnement en comblant les lacunes réglementaires. Cela peut impliquer différents types de clauses contractuelles. Certains contrats peuvent exiger que le projet soit conforme aux lois nationales applicables, actuelles et futures, et d'autres peuvent "compléter" les mesures de protection de l'environnement applicables en rendant obligatoire la conformité aux normes internationales. En d'autres termes, les contrats peuvent renforcer les obligations environnementales déjà exigées par les lois nationales et internationales et établir de nouvelles obligations qui s'appuient sur la multiplicité des questions environnementales liées à la location de terres agricoles. L'exercice d'une diligence raisonnable et la prise en compte de la durabilité de l'environnement devraient donc constituer un objectif impératif et commun pour les parties contractantes.

B. Questions en jeu et obligations

3.114. *Introduction.* Le droit interne, régional et international de l'environnement adopté et appliqué dans chaque système juridique national diffère, et les parties au contrat peuvent avoir des préférences différentes en ce qui concerne les obligations environnementales. Toutefois, sur la base des notions et principes généraux du droit de l'environnement (par exemple, les principes d'évaluation de l'impact sur l'environnement, de prévention, de précaution, pollueur-payeur, d'accès à l'information et de non-régression), cette section présente un ensemble non exhaustif de questions environnementales et de bonnes pratiques environnementales qui devraient être adoptées de façon continue, avant, pendant et après l'exécution des contrats d'investissement en terres agricoles.

3.115. *Études d'impact sur l'environnement et obligations contractuelles.* Comme indiqué précédemment dans le Guide, une étude d'impact sur l'environnement devrait être considérée comme une condition préalable au contrat et comme faisant partie de l'obligation de diligence requise (voir le Chapitre 2.IV.B.2) à entreprendre idéalement avant le début de l'investissement en terres agricoles, comme condition sine qua non. La signature du contrat peut être reportée jusqu'à ce que l'étude d'impact sur l'environnement soit achevée et que ses informations soient transparentes et largement diffusées. Les conclusions de l'étude d'impact sur l'environnement peuvent être reflétées comme des obligations contractuelles contraignantes visant à clarifier, qualifier et quantifier les questions environnementales qui doivent faire l'objet d'un suivi pendant la durée du projet d'investissement. Outre préciser les délais de réalisation de l'étude d'impact

¹⁹ Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (1998) et Accord régional sur l'accès à l'information, la participation publique et l'accès à la justice à propos des questions environnementales en Amérique latine et dans les Caraïbes (2018 non encore en vigueur).

²⁰ Voir, par exemple, OCDE. 2011. Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales; NU. 2011. Pacte mondial des Nations Unies. Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme; NU. 2015. Principes pour des contrats responsables; SFI. 2011. Normes de performance.

environnemental et préciser qui l'a préparée (par exemple l'investisseur ou un expert environnemental indépendant), cette clause contractuelle peut également énoncer d'autres exigences, telles que: la divulgation d'informations et la participation du public au processus d'évaluation des incidences environnementales; l'élaboration de plans de gestion environnementale pour appliquer les mesures identifiées par l'étude d'impact environnemental; l'élaboration de rapports environnementaux périodiques examinés de préférence par les institutions compétentes et accessibles à tout public intéressé et parties concernées.

3.116. *Prévenir la pollution.* Certains États peuvent exiger des investisseurs qu'ils internalisent tous les coûts de pollution et adoptent des mesures pour réduire la pollution due à l'agriculture pendant toute la durée du projet d'investissement. Selon le principe du pollueur-payeur²¹, les investisseurs en terres agricoles sont responsables des dommages environnementaux causés par l'utilisation de produits chimiques et le rejet de polluants, tels que les substances appauvrissant la couche d'ozone²² et devraient assumer les coûts de prévention, de contrôle et de nettoyage de la pollution, tout en étant prêts à réparer et à indemniser. Les bonnes pratiques contractuelles visant à éviter la pollution de l'eau, de l'air et des sols dérivant des activités agricoles sont exposées dans les paragraphes suivants.

3.117. *Protéger l'eau.* Les parties devraient tenir compte des questions sensibles et préoccupations liées à l'eau en négociant des dispositions contractuelles qui précisent et limitent les droits à l'eau accordés à l'investisseur. Par exemple, l'accès à l'eau et le prélèvement d'eau pour les projets d'agriculture irriguée peuvent être considérés comme un droit connexe de l'investisseur (voir la partie I.B.2(a) ci-dessus) à examiner pendant la durée du contrat en fonction des conditions environnementales actuelles et futures et des besoins des détenteurs de droits fonciers légitimes et des communautés affectées. Les bonnes pratiques impliquent l'adoption d'une approche écosystémique pour assurer la gestion intégrée des terres, de l'eau et des ressources biologiques²³. Les clauses contractuelles devraient souligner que le droit à l'eau des investisseurs est limité et ne devrait pas interférer avec l'approvisionnement en eau d'autres groupes ou individus, d'autres activités agricoles et des points d'eau pour les animaux. Les Directives volontaires mentionnent expressément que "Les États ont la faculté de se procurer des recettes en levant des impôts sur les droits fonciers afin de contribuer à la réalisation de leurs objectifs sociaux, économiques et environnementaux plus généraux"²⁴. Ainsi, les autorisations d'utilisation de l'eau et les redevances liées à son utilisation peuvent être appliqués pour les contrats d'investissement en terres agricoles, en particulier lorsque des infrastructures impliquant une consommation d'eau (puits de forage, systèmes d'irrigation, réservoirs, par exemple) sont nécessaires. Une clause efficace en la matière mentionnerait précisément le volume d'eau qui peut être utilisé par l'investisseur, par exemple chaque année. En outre, les parties peuvent envisager d'ajouter une clause qui, entre autres: organise la réattribution des droits à l'eau chaque fois que cela est nécessaire pendant la durée du contrat; précise le type d'eau qui peut être utilisé (par exemple, des eaux de surface ou souterraines, fluviales ou marines); et contrôle la pollution et la gestion des rejets pour garantir l'approvisionnement en eau potable propre et sûre pour les employés et les communautés résidentielles.

3.118. *Prévenir la dégradation des sols.* Le contrôle de la qualité des sols doit être abordé par les parties pour garantir un investissement responsable en terres agricoles. La nécessité de prévenir l'érosion et la pollution des sols peut être obtenue en adoptant la rotation des cultures, les pratiques culturales intercalaires²⁵ et des systèmes agroécologiques qui peuvent améliorer la biodiversité des sols. Les questions de désertification devraient également être prises en compte. L'adoption de dispositions contractuelles qui exigent la remise en état des terres arides et des terres dégradées, en particulier lorsque des investissements

²¹ Principe 16 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992)

²² Pour une liste des substances, voir le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (1987)

²³ Pour plus d'informations sur l'approche écosystémique, voir la Convention sur la diversité biologique (1992)

²⁴ Directives volontaires, paragraphe 19.1, p. 33

²⁵ Pour des orientations plus approfondies, voir : FAO. 2017. Directives volontaires pour une gestion durable des sols.

en terres agricoles sont réalisés en Afrique, constitue une bonne pratique encouragée par la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification (CNULD).

3.119. *Préserver la biodiversité et sauvegarder les services écosystémiques.* Des mesures de protection de l'environnement devraient être mises en place pour prévenir et réduire au minimum la dégradation et la perte de biodiversité ²⁶. Certaines terres sont jugées aptes à l'agriculture et d'autres doivent rester intactes. Le droit national et international de l'environnement spécifie les zones protégées où les investissements en terres agricoles doivent être évités. ²⁷ La biosécurité et l'accès aux ressources génétiques peuvent être sujets à controverse et affecter la manière dont l'investissement agricole peut être réalisé ²⁸. Certains États ont interdit l'utilisation de semences et d'organismes génétiquement modifiés, ainsi que l'utilisation de certains produits chimiques et pesticides pour protéger leur biodiversité et éviter les risques pour la santé humaine. Les contractants devraient appliquer un principe de précaution ²⁹ pour protéger la biodiversité chaque fois qu'il existe des soupçons raisonnables de dommages et d'incertitude scientifique. Les contrats d'investissement en terres agricoles peuvent rappeler la nécessité d'éviter l'introduction d'espèces exotiques envahissantes, l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés, l'utilisation excessive de produits chimiques agricoles ³⁰ et le risque de menacer certaines espèces en danger. ³¹ En outre, sur la base des résultats de l'étude d'impact sur l'environnement, l'adoption d'obligations vertes pour l'utilisation durable des terres et la conservation des forêts peut également être requise par certains États, par les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales. En outre, pour mettre en œuvre le Principe 7 du CFS-RAI, les contractants devraient envisager d'impliquer équitablement toutes les parties prenantes concernées et prendre en compte les attentes des parties intéressées en adoptant des clauses qui exigent le respect et la protection des connaissances traditionnelles et du patrimoine culturel des détenteurs de droits fonciers légitimes, des communautés locales et des peuples autochtones. Les liens entre diversité culturelle, diversité biologique et durabilité environnementale doivent être analysés avant d'adopter des contrats d'investissement en terres agricoles. Il est donc important de savoir si les détenteurs légitimes de droits fonciers et les communautés affectées, qui dépendent de l'environnement naturel pour leur subsistance et leurs pratiques culturelles, ont des règles coutumières pour la protection de l'environnement ou toute autre préoccupation ou priorité liée à la biodiversité qui peut exiger que les contractants adoptent des obligations spécifiques relatives à la conservation.

3.120. *Atténuer le changement climatique et s'y adapter.* Les rapports entre le changement climatique et l'agriculture devraient être prises en compte lors de la négociation et de la mise en œuvre des contrats d'investissement en terres agricoles. Les températures plus élevées et les phénomènes météorologiques extrêmes (tempêtes et sécheresses, par exemple) causés par le changement climatique affectent les cultures et l'élevage. L'Accord de Paris sur le changement climatique reconnaît le rôle important de l'agriculture, en particulier pour la gestion directe et indirecte de "l'utilisation des terres, le changement d'affectation des terres et la foresterie (UTCATF)" ³². A cette fin et pour mettre en œuvre efficacement les réponses au

²⁶ Directives volontaires, p.24.

²⁷ Voir par exemple La Convention de Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale; les zones protégées identifiées par l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) et les Réserves de biosphères de l'UNESCO.

²⁸ Au-delà du respect des exigences du droit interne, les contractants peuvent prendre en considération celles de la Convention sur la diversité biologique (1992), du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques (2000) et du Protocole de Nagoya sur l'accès et le partage des avantages (2010), ainsi que les dispositions du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (2009).

²⁹ L'importance du principe de précaution est reconnue par le Principe 15 de la Déclaration de Rio des Nations Unies sur l'environnement et le développement (1992), et par de nombreux traités relatifs à l'environnement.

³⁰ Le Code international de conduite pour la distribution et l'utilisation des pesticides élaboré par la FAO en 2014 peut servir de référence, ainsi que la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (2001) et la Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains pesticides et produits chimiques dangereux qui font l'objet d'un commerce international.

³¹ Voir pour plus d'informations : la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (1973) et Liste rouge de l'UICN des espèces menacées.

³² Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC).

changement climatique demandées par les Directives volontaires ³³, il est souhaitable que les entrepreneurs s'engagent dans des investissements dans des terres agricoles résistantes au climat. Les clauses contractuelles peuvent être convenues sur la base des bonnes pratiques agricoles et comprennent, entre autres, les obligations suivantes: l'adoption d'approches agroécologiques sensibles au climat et de pratiques d'élevage respectueuses du climat (qui comprennent un travail du sol faible ou nul, la multiculture pour augmenter le paillage afin de réduire l'évapotranspiration et l'érosion des sols); la fourniture d'un appui technique et le développement des capacités liées aux technologies économes en carbone et l'obligation de réduire, contrôler et communiquer les émissions de gaz à effet de serre (GES).

3.121. *Adopter une gestion rationnelle des déchets.* La gestion des déchets est essentielle pour minimiser la contamination potentielle des ressources naturelles telles que l'eau, le sol et l'air. Pour résoudre ce problème, les investisseurs et ceux qui leur accordent des droits fonciers et des droits connexes sur les terres agricoles devraient tenir compte de la typologie et de la quantité de déchets à éliminer pendant la durée du contrat ³⁴, et adopter des moyens pour réduire la consommation et recycler les matériaux de production.

3.122. *Suivi et rapports sur la protection de l'environnement.* La transparence et l'accès à l'information sont essentiels à une protection efficace de l'environnement. Les parties ont le devoir de coopérer ³⁵ lors du suivi des obligations contractuelles (voir la partie V.A ci-dessous), notamment celles qui concernent les obligations environnementales. Le suivi et la divulgation de l'information environnementale peuvent être mises en œuvre par les parties contractantes ainsi que par des tiers, par exemple par le biais de systèmes de certification privés. Le concédant a le devoir et le droit de surveiller les incidences sur l'environnement. ³⁶ Les parties peuvent préalablement convenir quelles autorités auront ces droits et décider si une notification préalable est nécessaire. ³⁷ L'adoption d'audits environnementaux est considérée comme une pratique courante et devrait donc être intégrée dans les contrats d'investissement en terres agricoles pour un contrôle environnemental efficace.

3.123. *Fin du projet et restauration de l'environnement.* Les bonnes pratiques requièrent l'adoption d'une clause de clôture du projet, le transfert des obligations environnementales à de nouveaux investisseurs et la stipulation des conditions dans lesquelles les terres doivent être restituées au concédant (voir le Chapitre 5.II). Des garanties et assurances environnementales (voir la partie V.C), ainsi que des obligations de nettoyage et de replantation peuvent être appliquées. Selon le principe du pollueur-payeur, les investisseurs doivent supporter le coût des réparations environnementales et s'il n'est pas possible de rétablir les conditions antérieures, une obligation d'indemniser le concédant du terrain pour la perte subie.

3.124. *Non-respect des obligations environnementales.* La non-conformité peut constituer une inexécution fondamentale du contrat. Le type de responsabilité juridique environnementale appliquée pour prévenir et réparer les dommages environnementaux dépendra de la loi qui régit le contrat. La relation contractuelle peut être suspendue jusqu'à ce que les activités soient compatibles avec les obligations environnementales, ou les parties peuvent décider de résilier le contrat lorsque, par exemple, l'inexécution d'une obligation environnementale essentielle affecte substantiellement les attentes légitimes de l'une des parties (voir le Chapitre 4). Le non-respect des obligations contractuelles en matière d'environnement peut faire peser la charge de la preuve sur l'investisseur sur la base du principe de précaution. Les mécanismes non judiciaires, comme les mécanismes de règlement des réclamations environnementales, ³⁸ peuvent comprendre des

³³ Directives volontaires, Chapitre 6.

³⁴ La Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination énumère certains types de déchets qui devraient faire l'objet d'une attention particulière.

³⁵ Principes d'UNIDROIT, art. 5.1.3.

³⁶ Principes CSA-RAI, para. 50; Directives volontaires, para 12.12.

³⁷ Il s'agit d'une pratique courante dans l'agriculture contractuelle, Voir le Guide juridique sur l'agriculture contractuelle.

³⁸ Les mécanismes de règlement des réclamations qui peuvent être utilisés pour traiter les plaintes relatives à l'environnement comprennent, par exemple, au niveau international: le Groupe d'inspection de la Banque mondiale, la Société financière internationale (Ombudsman, conseiller en matière de conformité) et le Point de contact national de l'OCDE.

outils importants pour déterminer et régler les cas de non-respect des obligations environnementales (voir le Chapitre 6)..

IV. PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT ET DROIT DE RÉGLEMENTER

3.125. *Introduction.* Les États, qui ont le devoir de protéger les droits de l'homme et de réglementer dans l'intérêt public³⁹, jouissent traditionnellement d'une large autonomie pour traiter des questions de politique publique concernant la sécurité alimentaire, le régime foncier et la gestion des terres, les investissements agricoles et le commerce. Toutefois, afin d'attirer les investissements, les gouvernements peuvent offrir aux investisseurs diverses protections, ce qui peut limiter le mandat du gouvernement dans la prise de certaines mesures. En outre, les investisseurs peuvent rechercher activement ces protections pour favoriser un climat d'investissement sûr.

3.126. *Contexte.* Pour attirer des investissements, en particulier étrangers, les gouvernements peuvent offrir des protections qui vont au-delà des garanties minimales prévues par le droit international coutumier (telle que le respect de la légalité, la protection contre l'expropriation) de trois manières principales. Premièrement, ils peuvent adopter des codes d'investissement nationaux, qui prévoient des incitations et des protections pour promouvoir ou faciliter les investissements. Deuxièmement, ils peuvent conclure des accords internationaux d'investissement (AII), qui protègent les investisseurs d'un autre État partie à cet accord qui réalisent des investissements sur leur territoire en échange de protections réciproques pour leurs investisseurs qui effectuent des investissements sur le territoire de cet État. Troisièmement, ils peuvent accorder certaines protections à l'investisseur dans le contrat d'investissement en terres agricoles. Dans chacun de ces cas, les gouvernements peuvent prévoir de consentir à l'arbitrage, donnant ainsi aux investisseurs le droit d'intenter des poursuites directement contre eux. En l'absence d'un tel consentement, les investisseurs seraient soumis à d'autres formes de règlement des différends (voir le Chapitre 6).

3.127. *Portée.* Une collectivité locale pourrait être en mesure d'offrir certaines protections aux investisseurs, comme le consentement à l'arbitrage, selon son autorité et son contexte particuliers. Toutefois, étant donné le rôle du gouvernement dans la détermination de la politique d'investissement en général et des protections en particulier, les orientations de la présente partie portent sur les contrats d'investissement en terres agricoles entre investisseurs et gouvernement.

3.128. *Compléter le droit applicable et l'importance de l'équilibre.* Les parties peuvent compléter la loi applicable, comme les codes d'investissement ou les AII applicables, et inclure des clauses contractuelles prévoyant des protections supplémentaires pour l'investissement (par exemple, concernant l'expropriation et la sécurité physique et juridique) et le consentement à l'arbitrage (voir le Chapitre 6). Toutefois, le recours à de telles clauses devrait être considéré attentivement afin d'assurer un juste équilibre entre le désir de l'investisseur de disposer d'un environnement juridique prévisible qui rende son investissement plus sûr et la nécessité pour le gouvernement concédant d'agir dans l'intérêt du public ou de ses membres, notamment pour protéger les droits humains et la sécurité alimentaire⁴⁰. Une situation non équilibrée augmente les risques et peut conduire à des litiges. En effet, même dans les cas où un gouvernement exerce son pouvoir

³⁹ Voir Principes CSA-RAI, para. 33 ("Les États doivent veiller, dans la mesure du possible, à ce que toutes les mesures relatives à l'investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires, qu'elles soient prises dans le pays ou à l'étranger, soient cohérentes par rapport à leurs obligations existantes découlant du droit national et international, et par rapport aux accords internationaux relatifs au commerce et à l'investissement, et tiennent compte des engagements pris à titre volontaire dans le cadre des instruments régionaux et internationaux applicables. Ils doivent conserver la marge de manœuvre voulue au niveau national pour respecter leurs obligations relatives aux droits de l'homme lorsqu'ils cherchent à réaliser leurs objectifs de politique commerciale avec d'autres États ou avec des entreprises commerciales, par exemple au moyen de traités ou de contrats relatifs aux investissements, conformément aux Principes directeurs des Nations Unies; voir aussi les Principes directeurs des Nations Unies, les Principes fondateurs ("Les États ont l'obligation de protéger lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme sur leur territoire et/ ou sous leur juridiction. Cela exige l'adoption de mesures appropriées pour empêcher ces atteintes, et lorsqu'elles se produisent, enquêter à leur sujet, en punir les auteurs, et les réparer par le biais de politiques, de lois, de règles et de procédures judiciaires.").

⁴⁰ Principes directeurs des Nations Unies, Principe 9 (demandant aux États de "maintenir une marge d'action nationale suffisante pour satisfaire à leurs obligations en matière de droits de l'homme" lors des négociations de contrats investisseur-État).

de réglementation dans l'intérêt public (par exemple par l'adoption de lois ou la modification de règlements), les investisseurs peuvent percevoir cet exercice comme intrusif, insensible, coûteux ou incertain. Dans certains cas, les investisseurs peuvent tenter de contester cet exercice (par exemple en prétendant qu'il constitue une appropriation de leur investissement par la voie réglementaire en violation d'un accord international d'investissement), ce qui peut entraîner un arbitrage coûteux, un effet dissuasif sur la réglementation et l'échec de l'investissement.

3.129. *Plan de la section.* Trois questions à prendre en compte pour parvenir à un juste équilibre entre la protection de l'investissement et l'autonomie réglementaire sont brièvement examinées ci-après: a) l'expropriation; b) la sécurité physique; et c) la stabilisation et la sécurité juridique.

A. Expropriation

3.130. *En général.* Les gouvernements ont le droit, dans certaines circonstances, d'exproprier (c'est-à-dire de s'approprier) des biens. Comme indiqué au Chapitre 2.IV.B.1 a), les gouvernements peuvent exproprier des droits fonciers afin de pouvoir les accorder à des investisseurs pour un projet d'investissement. La présente section traite toutefois des protections dont bénéficient les investisseurs contre l'expropriation de leur investissement. La présente section traite de ce que ces protections peuvent couvrir, de la façon dont l'expropriation est définie à cet égard, ainsi que des conditions de l'expropriation légale et de l'indemnisation.

3.131. *Couverture.* Les protections contre l'expropriation, selon les termes de la disposition pertinente, couvrent les investissements en général. Un accord international d'investissement applicable, par exemple, peut prévoir une protection contre l'expropriation et définir spécifiquement quels investissements sont concernés (voir le Chapitre 1.I.B). De nombreux accords internationaux d'investissement s'appliquent aux contrats – tels qu'un contrat d'investissement de terres agricoles – ou aux droits qui en découlent.

3.132. *Définition.* La définition d'une expropriation et les investissements couverts par une protection contre l'expropriation varient selon les codes des investissements, les AII et les contrats d'investissement en terres agricoles. La définition est particulièrement importante parce que les différends surviennent non seulement dans les situations où le gouvernement acquiert formellement les droits de l'investissement (constituant une expropriation directe), mais aussi et souvent aujourd'hui, dans les situations où le gouvernement est accusé d'avoir porté atteinte aux droits de l'investisseur sans acquérir formellement les droits de l'investissement (désignées comme expropriation indirecte ou appropriation réglementaire). La plupart des accords internationaux d'investissement mentionnent l'expropriation indirecte (par exemple, en se référant à des "mesures équivalentes à l'expropriation" ou autres termes similaires) mais, même lorsqu'elle est expressément visée, il peut être difficile de déterminer si une expropriation indirecte a eu lieu, ce qui peut comporter des conséquences importantes. Pour les gouvernements, établir que l'adoption d'une loi ou d'un règlement pour des objectifs légitimes d'intérêt public (par exemple en matière d'environnement ou de santé publique) a constitué l'appropriation d'un investissement peut restreindre le champ réglementaire et avoir un effet dissuasif sur l'adoption de nouvelles lois. Pour l'investisseur, déterminer que ce texte n'a pas constitué une appropriation signifie qu'il n'y a généralement pas droit à une indemnisation.

3.133. *Circonstances.* Le non-respect par un gouvernement concédant de certaines obligations découlant d'un contrat d'investissement en terres agricoles n'équivaut pas toujours à une expropriation. De même, toute action d'un gouvernement affectant un contrat d'investissement entre un investisseur étranger et une collectivité locale ne constituera pas une expropriation. En effet, les gouvernements peuvent exercer légalement leur droit d'expropriation dans certaines circonstances. En général, l'expropriation doit se faire à des fins d'utilité publique, sur une base non discriminatoire et avec le paiement d'une indemnisation rapide, adéquate et efficace. Parmi ces circonstances, ce sont les questions d'indemnisation qui posent le plus souvent problème.

3.134. *Caractères de l'indemnisation.* Les caractères de l'indemnisation peuvent varier en fonction de la disposition applicable, mais le principe commun est celui d'une indemnisation "prompte, adéquate et effective". Les exigences d'indemnisation "prompte" et "efficace" sont généralement incontestables, car elles exigent respectivement que l'indemnisation soit versée sans retard injustifié et dans une monnaie convertible. Il est toutefois plus difficile de déterminer une indemnisation "adéquate", même si les règles

des traités internationaux d'investissement exigent généralement la juste valeur marchande de l'investissement exproprié. En effet, il existe diverses façons de quantifier cette valeur (par exemple, par la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie, la valeur comptable, la valeur de remplacement), et certaines méthodes peuvent être plus appropriées dans des circonstances particulières.

3.135. *Clauses contractuelles.* S'il existe un AII applicable assorti de protections contre l'expropriation, les parties peuvent ne pas avoir besoin d'inclure une clause contractuelle sur l'expropriation dans leur contrat. Si un tel accord n'est pas applicable ou si ses dispositions sont insuffisantes, les parties devraient envisager d'inclure une clause précisant, le cas échéant, la couverture, la définition, les circonstances et les caractères de l'indemnisation, dans le but d'équilibrer la protection de l'investisseur et le pouvoir réglementaire du concédant public.

B. Sécurité physique

3.136. *En général.* La sécurité physique des investissements en terres agricoles implique la protection physique des opérations de l'investissement. Il peut s'agir d'un engagement de la part du gouvernement de fournir une garantie adéquate pour protéger l'investissement ou de permettre à l'investisseur de mettre en place un système de sécurité de base pour surveiller les lieux et prévenir le vandalisme ou le vol.

3.137. *Clauses de sécurité.* Les clauses contractuelles sur la sécurité physique peuvent définir une gamme d'activités relatives à la sécurité, notamment les exigences en matière d'embauche et de formation pour le système de sécurité prévu par l'investissement, les exigences en matière de rapports et de surveillance, et les exigences de coordination avec les forces de police locales. Elles devraient inclure une obligation positive d'adhérer aux Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme, qui ont été élaborés par certains gouvernements, des entreprises du secteur privé et des groupes de la société civile pour aider les entreprises à assurer la sûreté et la sécurité de leurs transactions tout en maintenant le respect des droits de l'homme ⁴¹.

3.138. *Considérations.* Ces questions devraient être attentivement examinées et les clauses soigneusement rédigées afin d'éviter et d'atténuer les risques liés aux droits de l'homme et de remédier aux abus et aux détournements qui pourraient se produire, notamment par le biais d'un mécanisme de réclamation crédible (voir le Chapitre 6.I). Un investissement agricole inclusif, responsable et durable ne devrait pas exiger des dispositions en matière de sécurité allant au-delà de celles habituellement fournies par le gouvernement. En effet, si un projet d'investissement doit être militarisé par le biais d'accords de sécurité étendus, il s'agit d'un signal d'alarme indiquant que le projet ne doit pas aller de l'avant ou continuer autrement.

C. Stabilisation and sécurité des droits

3.139. *En général.* Pour réduire le risque de mesures unilatérales arbitraires, les investisseurs ont cherché par le passé à négocier des clauses contractuelles qui assurent la stabilité à long terme du droit applicable et la sécurité de leurs droits. La façon dont sont formulées ces "clauses de stabilisation" varie très largement. Certaines clauses visent à "geler" la loi applicable aux normes en vigueur à un moment donné, en excluant l'application de la législation ultérieure. Pour leur part, les clauses d'équilibre économique lient les modifications défavorables de la loi à l'obligation pour le concédant de rétablir l'équilibre économique du contrat - par exemple, par la renégociation du contrat ou le versement éventuel d'une indemnité. Les clauses hybrides combinent des éléments de gel et d'équilibre économique.

3.140. *Préoccupations concernant les clauses de stabilisation.* Il existe la préoccupation que les clauses de stabilisation entravent la mise en œuvre de mesures sociales, environnementales ou économiques justifiées. Des règles plus exigeantes en matière de consultation communautaire, de relations de travail, de santé et de sécurité et de protection de l'environnement - pour ne citer que quelques exemples potentiellement pertinents - pourraient avoir des répercussions négatives sur les investissements et déclencher l'application des clauses de stabilisation. Le problème est que des États pourraient être amenés à exempter des projets

⁴¹ Voir la Déclaration des Nations Unies sur les défenseurs des droits de l'homme (1999).

des nouvelles mesures, ou bien que, s'ils doivent en supporter les coûts, ils soient dissuadés d'agir, en particulier lorsque les finances publiques sont en difficulté.

3.141. *Pouvoir réglementaire et stabilisation.* Un additif aux Principes directeurs des Nations Unies contient un ensemble de Principes pour des contrats responsables, qui fournissent des orientations plus détaillées sur le pouvoir de réglementation et les clauses de stabilisation. Ces principes affirment que: "S'il y est fait recours, les clauses contractuelles de stabilisation doivent être rédigées soigneusement de sorte que toute protection des investisseurs contre les modifications ultérieures de la législation ne porte pas atteinte aux efforts déployés de bonne foi par l'État pour appliquer des lois, des réglementations ou des politiques de manière non discriminatoire afin d'honorer ses engagements dans le domaine des droits de l'homme"⁴².

3.142. *Clauses de stabilisation non nécessaires.* Les clauses de stabilisation soulèvent des problèmes majeurs. Il ne devrait pas y avoir de présomption que le contrat doit comporter une clause de stabilisation. En fait, le recours à ces clauses devrait être découragé. Si un investisseur cherche de toute façon à obtenir un engagement de stabilisation, on devrait lui demander d'en démontrer la nécessité et le gouvernement devrait examiner sérieusement s'il peut répondre aux préoccupations des investisseurs par d'autres moyens. Les parties peuvent explorer d'autres moyens de réduire le risque de réglementation, comme l'assurance et la participation des prêteurs multilatéraux. Si un concédant accepte de prendre un engagement de stabilisation, il peut chercher à compenser le risque réglementaire réduit pour l'investisseur par des avantages économiques plus importants, par exemple sous la forme de recettes publiques plus importantes.

3.143. *Considérations.* La formulation d'une clause de stabilisation est très importante. Les clauses de gel sont particulièrement rigides et leur validité peut poser problème dans certains systèmes juridiques internes. Pour ces raisons, la pratique contractuelle a tendance à s'orienter vers des clauses d'équilibre économique plus souples. Tout engagement de stabilisation devrait être correctement libellé afin d'être circonscrit et les mesures d'intérêt général en matière sociale et environnementale ne devraient pas être couvertes. La durée des clauses de stabilisation devrait également être limitée à ce qui est réellement nécessaire, par exemple pour permettre à l'investisseur de recouvrer les coûts et de générer un niveau minimum de profits, ou pour rassurer les prêteurs pendant la durée des prêts.

V. SUIVI ET MISE EN OEUVRE

3.144. *Introduction.* Des contrats d'investissement en terres agricoles bien équilibrés et des projets d'investissement responsables et durables impliquent des relations à long terme entre les parties elles-mêmes et avec les parties prenantes. En effet, selon les circonstances, l'investisseur peut avoir besoin de temps pour développer le projet, recouvrer les coûts et générer des profits. La mise en œuvre des dispositions contractuelles devrait faire l'objet de suivi pendant toute la durée du projet, et l'information pertinente devrait être partagée entre les parties et avec les parties prenantes. Par ailleurs, des circonstances extérieures pourraient intervenir pendant la durée du projet, comme des fluctuations des prix des produits de base, et l'entreprise pourrait être confrontée à différentes phases d'opportunités et de difficultés.

3.145. *Dispositions contractuelles et coopération.* Par conséquent, les parties devraient envisager et prendre les mesures contractuelles nécessaires pour accompagner leurs relations pendant toute la durée du projet. En particulier les parties pourront assurer la bonne exécution de leurs obligations par des mesures de suivi, non seulement des prestations elles-mêmes mais aussi des incidences du projet pendant son exécution (par exemple, par des analyses d'impact actualisées), et en prévoyant des rapports sur l'application et la révision périodique des obligations des parties compte tenu des changements de circonstances. A cette fin, il est essentiel que chaque partie contractante coopère avec les autres pendant toute la durée du contrat, lorsque cette coopération peut raisonnablement être attendue.⁴³

⁴² NU. 2015. Principes pour des contrats responsables, Principe 4.

⁴³ Voir par exemple, les Principes d'UNIDROIT, art. 5.1.3 (qui établissent que "[l]es parties ont entre elles un devoir de coopération lorsque l'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leurs obligations" et fournissent un commentaire pour ce qui est des relations entre les parties dans le contexte des contrats à long terme).

3.146. *Importance de communications ouvertes.* Le contrat devrait prévoir des dispositions pour faciliter la communication entre les parties, ainsi qu'entre celles-ci et les communautés locales, allant de simples clauses fournissant que les coordonnées de contact des parties, à des accords plus structurés par exemple constituant des comités conjoints. Un manque de communication entre les parties peut entraîner une rupture dans les relations, et les parties devraient s'assurer qu'il existe des modalités de communication claires entre les personnes concernées pour le partage des rapports et autres informations et pour discuter des préoccupations et des réclamations (voir le Chapitre 6.I). Les dispositions contractuelles visant à faciliter les communications peuvent définir: les points de contact; les plans de communication précisant les modalités de partage de l'information; et les comités communautaires de gestion des terres, qui remplissent diverses fonctions liées à l'information et à l'examen des plaintes et réclamations. Dans le cadre des plans de communication et des comités communautaires, les parties devraient veiller à ce que les femmes, les jeunes et les autres membres de la communauté qui ne participent pas traditionnellement à ces discussions, puissent avoir accès à l'information et participer.

3.147. *Plan de la section.* Pour aider les parties à examiner et à régler ces questions, cette partie a) donne un aperçu du suivi, notamment les mécanismes de suivi et l'importance de la transparence et des rapports; et b) traite des questions clés concernant la mise en œuvre, notamment l'assurance, les garanties d'exécution, les garanties de bonne exécution environnementale et les avis et examens périodiques.

A. Activités de suivi

3.148. *En général.* Des problèmes peuvent survenir même dans le cadre d'un contrat parfaitement rédigé si les parties ne surveillent pas sa mise en œuvre, notamment pour évaluer le respect par les parties des obligations contractuelles et de toute loi applicable, ainsi que les impacts du projet. Le suivi est essentiel pour s'assurer qu'un contrat d'investissement en terres agricoles et tout accord connexe aboutissent à un projet réussi tant pour l'investisseur que pour le concédant et que les avantages escomptés de l'investissement sont réalisés, notamment pour les détenteurs de droits fonciers légitimes et pour les communautés locales. Le suivi, cependant, est un exercice complexe et difficile, en particulier parce qu'il peut prendre beaucoup de temps et s'étendre sur une longue période. La présente section décrit 1) les accords (notamment leur objet, les méthodes et les personnes concernées) pour améliorer le suivi des contrats et 2) l'importance de la transparence et de l'établissement de rapports dans ces accords.

1. Les accords concernant les activités de suivi

3.149. *Objet des activités de suivi.* En général, de nombreuses questions peuvent faire l'objet d'un suivi. Ce qu'il est nécessaire de surveiller est lié aux diverses obligations et aux indicateurs de performance clés énoncés dans le contrat (voir le Chapitre 3), ainsi qu'aux impacts sociaux et environnementaux éventuels en relation avec les évaluations d'impact et tout plan d'atténuation initialement réalisées et établis (voir les Chapitres 2.IV.B et 3.III). Le suivi vise le respect tant du cadre réglementaire au sens large, que des obligations spécifiquement prévues dans le contrat ainsi que dans tout accord connexe, telles que:

- l'obligation du concédant d'accorder les droits fonciers et les droits connexes aux investisseurs, ainsi que l'obligation de l'investisseur de respecter tous les droits retenus ou réservés pour assurer un accès continu aux communautés locales (voir le Chapitre 3.I.B), de protéger les ressources naturelles et, le cas échéant, d'entretenir ou de payer les redevances pour les infrastructures existantes ou de construire de nouvelles infrastructures;
- les obligations en matière de développement du projet et d'exploitation des terres, selon les objectifs et dans les délais impartis (voir le Chapitre 3.I.C.)
- les obligations monétaires, telles que les paiements, la participation aux bénéfices et la capitalisation (voir le Chapitre 3.II.A);
- les obligations sociales, notamment en ce qui concerne la création d'emplois et les droits du travail; les liens avec l'économie locale pour l'approvisionnement et les activités de transformation; la mise en place de programmes d'agriculture contractuelle avec les cultivateurs locaux et de

relations de chaîne de valeur; la constitution de fonds de développement communautaire et les infrastructures sociales, y compris les aspects liés au genre et autres critères de différenciation (voir le Chapitre 3.II.B-E);

- les obligations environnementales, notamment la protection de l'eau, la prévention de la dégradation des sols, la conservation de la biodiversité, l'atténuation et l'adaptation au changement climatique et la gestion des déchets (voir le Chapitre 3.III); et
- les obligations en matière de sécurité physique, afin de s'assurer que les mesures prises n'ont pas d'incidences négatives sur les détenteurs de droits fonciers légitimes, les communautés locales et le projet d'investissement lui-même (voir le Chapitre 3.IV.B)..

3.150. *Méthodes et normes.* Il existe différentes méthodes de contrôle de la conformité et de collecte des données requises, mise en œuvre par l'investisseur, par le gouvernement, par un auditeur indépendant ou par une organisation locale. A cet égard, les parties souhaiteront peut-être préciser dans le contrat quelles méthodes doivent être utilisées pour quelles obligations, ainsi que les indicateurs ou autres aspects à surveiller ⁴⁴. En ce qui concerne les indicateurs en particulier, les parties devraient envisager d'adopter des normes de certification émises par des organismes de certification, qui peuvent être des entités publiques ou privées et qui pourraient, elles également, être impliquées dans le suivi. Afin de faciliter le suivi et l'exécution du contrat et éviter toute confusion, les méthodes et les indicateurs devraient être clairement définis.

3.151. *Autosurveillance des investisseurs.* Que ce soit en vertu du droit interne ou du contrat d'investissement en terres agricoles, les investisseurs devraient être tenus d'effectuer le contrôle de leurs propres activités et de faire rapport dans le délai convenu. Les procédures d'autocontrôle interne peuvent prévoir d'inviter des tiers indépendants à évaluer la conformité ainsi que les risques éventuels.

3.152. *Suivi par le concédant.* Comme le gouvernement est souvent le concédant, il peut subordonner le contrat ou son renouvellement au respect des obligations par l'investisseur. En d'autres termes, si un investisseur ne s'acquiesce pas d'une obligation, le gouvernement peut avoir le droit de demander réparation (voir le Chapitre 4.III). Même dans les cas où le gouvernement n'est pas le concédant, il peut avoir la responsabilité de surveiller le projet conformément au cadre juridique applicable au moyen de lois et de règlements d'application. Toutefois, la surveillance n'est pas une tâche facile pour de nombreux gouvernements ou communautés locales, car le temps et les ressources nécessaires à une surveillance adéquate peuvent être considérables. Un autre défi pourrait être l'approche sectorielle fragmentée de la surveillance qui pourrait faire intervenir divers ministères et organismes gouvernementaux (pour les questions foncières, l'environnement, l'agriculture), dont chacun pourrait avoir ses propres domaines d'intérêt et de responsabilité. Dans ces situations, il n'est peut-être pas possible d'effectuer un suivi centralisé de tous les aspects du projet, mais il est essentiel d'effectuer la surveillance d'une manière coordonnée qui permette au projet de se dérouler avec le moins d'interférence possible.

3.153. *Suivi indépendant.* La surveillance par l'investisseur ou par le concédant comporte des risques, notamment l'établissement de rapports insuffisants ou excessifs et le manque de ressources, respectivement, de sorte que le suivi indépendant – effectué par un tiers –, est considérée comme constituant la meilleure pratique. En conséquence, les parties devraient envisager, en fonction de l'importance du projet, de confier la surveillance des obligations clés à un auditeur indépendant ou une organisation locale neutre, comme une organisation de la société civile. Les coûts de ce service pourraient être pris en considération par les parties lors de la négociation du contrat, et un certain pourcentage des revenus du projet pourrait être réservé à cet effet.

⁴⁴ Guide technique des Directives volontaires, n° 4, p. 72 (Identification de la documentation pour les activités de suivi et l'établissement de rapports), *id.* Tableau 7 (Documentation pour les activités de suivi et l'établissement de rapports).

2. Etablissement de rapports et transparence

3.154. *Introduction.* Un suivi efficace est impossible sans une transparence et des rapports suffisants. La transparence et l'établissement de rapports sont des outils essentiels dans le domaine de l'investissement pour lutter contre la corruption et protéger les droits humains, et s'inscrivent dans une tendance croissante vers l'exigence accrue de transparence des entreprises en général et pour ces types d'investissements en particulier. Étant donné les enjeux et des répercussions possibles des projets d'investissement agricole, la préparation et la communication des rapports peuvent être essentiels pour la réussite d'un projet responsable et durable.

3.155. *Contexte.* Les contrats d'investissement en terres agricoles peuvent avoir des incidences importantes pour le public, en particulier sur les détenteurs de droits fonciers légitimes et la communauté locale. Ils peuvent se traduire par des avantages pour les communautés locales, mais aussi par des impacts négatifs, en privant les populations de leurs droits fonciers ou en causant des dommages environnementaux (par exemple, la dégradation des sols due à une agriculture excessive). Il est également important que l'ensemble du public soit informé de la manière dont les entreprises commerciales fonctionnent, de façon que les parties répondent de leurs activités.

3.156. *Plan de la section.* La présente section examine les questions liées à la transparence et à la communication de l'information, concernant 1) les investisseurs et 2) les concédants. Elle se termine par une brève discussion sur 3) les informations confidentielles qui peuvent être protégées contre la divulgation (par exemple par la suppression de ces informations dans les documents).

(a) Investisseurs

3.157. *En général.* Les investisseurs peuvent être tenus à établir des rapports en vertu du droit interne ou, si les investisseurs sont étrangers, en vertu du droit de leur État d'origine. Les parties devraient être informées des obligations de cette nature qui incombent aux investisseurs en vertu de la loi applicable et devraient les définir dans le contrat et fournir toutes les précisions utiles. Étant donné que les investisseurs pourraient être réticents à se voir imposer des obligations d'information importantes, le concédant devrait savoir clairement ce qui est précisément exigé et attendu, notamment en ce qui concerne les types d'information et les normes applicables.

3.158. *Rapports en général.* Les rapports doivent être accessibles, compréhensibles et présentés sans retard injustifié, conformément à la loi applicable et au contrat. Les parties ne devraient pas non plus être submergées par des longs rapports qui finissent par masquer les informations pertinentes, qui pourraient constituer une violation délibérée des obligations en matière de transparence et de rendre des comptes.

3.159. *Rapports sur les obligations financières et non financières.* L'investisseur devrait avoir l'obligation de tenir, dans un bureau situé à proximité de la zone d'investissement ou dans l'État dans lequel cette zone est située, des registres comptables exacts conformément à des normes internationales pertinentes (par exemple, les Normes internationales d'information financière (IFRS)). Dans ce cadre, les investisseurs sont généralement tenus de fournir au concédant des états financiers vérifiés, généralement aux frais de l'investisseur. Les investisseurs doivent également se conformer à des normes concernant l'information non financière, conformes par exemple à la norme ISO 26000 qui fournit des orientations sur la responsabilité sociale.

3.160. *Rapports périodiques.* L'investisseur devrait également être responsable de la préparation de rapports d'activité à intervalles précis (par exemple une ou deux fois par an) présentant des résumés des informations clés concernant le projet. Les rapports pourraient notamment rendre compte des activités du projet (par exemple, les quantités produites, les superficies plantées, les activités de développement), des indemnités versées au concédant et, le cas échéant, aux détenteurs de droits fonciers légitimes et aux communautés locales, de tout impact social ou environnemental ainsi que des mesures d'atténuation prises (concernant par exemple, l'utilisation de l'eau). Compte tenu des obligations spécifiques prévues au contrat, les parties peuvent convenir de normes d'information pour des questions particulières, telles que la responsabilité sociale ou la durabilité, ainsi que de l'obtention de certifications convenues.

3.161. *Communication des rapports et des informations pertinentes.* Si les rapports doivent être communiqués entre les parties, celles-ci devraient également examiner quelles informations devraient faire l'objet d'une plus large diffusion. Outre le contrat d'investissement en terres agricoles et tout accord connexe ayant été négocié et conclu en relation avec le contrat (voir chapitre 2.V), les parties devraient prévoir une clause permettant au public d'avoir accès pour examen certains documents (par exemple, les analyses d'impact et les plans de gestion, les rapports d'activité) (par exemple dans un bureau ou en ligne)⁴⁵, sous réserve de la protection des informations confidentielles (voir la section 3 ci-dessous). Les parties pourraient ensuite s'assurer que ces documents ou des documents de synthèse sont également disponibles dans les langues locales et que des réunions régulières continuent d'avoir lieu avec les communautés locales et d'autres parties prenantes pour faciliter leur engagement et le partage des informations

(b) *Concédants*

3.162. *En général.* Les concédants ont un rôle clé pour assurer la transparence en matière de contrats d'investissement en terres agricoles et projets connexes. Les concédants doivent s'assurer que les informations relatives à l'établissement et aux activités de l'investissement sont à la disposition des investisseurs, ainsi que des détenteurs de droits fonciers légitimes et de toute communauté locale susceptible d'être concernée.

3.163. *Investisseurs.* Pour que les concédants agissent en toute transparence vis-à-vis des investisseurs, ils devraient eux aussi communiquer avec exactitude les informations pertinentes dans un format accessible. En ce qui concerne les gouvernements et les communautés locales, ces informations comprennent les changements concernant la zone d'investissement (par exemple, les transferts de droits, les questions environnementales, les conflits, les projets d'infrastructure qui peuvent affecter la terre). Pour les gouvernements en particulier, ces informations comprennent également:

- Les lois pertinentes (notamment en matière immobilière, commerciale, les procédures d'appel d'offres et de passation de marchés, le droit des contrats, les droits autochtones, les traités internationaux en vigueur), qui peuvent être mises en ligne sur le site Internet du gouvernement⁴⁶; et
- des informations financières précises (par exemple, le budget annuel, la publication de la balance des paiements, la dette publique, la notation de crédit, les actifs de l'État), qui peuvent être compilées conformément aux normes comptables pertinentes du gouvernement et rendues également disponibles sur le site Internet du gouvernement.

3.164. *Les détenteurs de droits fonciers légitimes, les communautés locales et le public en général.* Les concédants devraient demander d'inclure au contrat une clause contractuelle rendant certains rapports et informations disponibles, sous réserve de la protection des informations confidentielles (voir la section 3 ci-dessous). En outre, les gouvernements concédants peuvent veiller en particulier à ce que les communautés locales et le public en général aient accès aux informations pertinentes concernant le projet d'investissement en établissant dans le droit interne des prescriptions claires sur la divulgation des rapports et des informations connexes. En outre, différentes instances du gouvernement peuvent être responsables du suivi de divers aspects du projet d'investissement, et il est important de veiller à ce que les détenteurs de droits fonciers légitimes, les communautés locales et le public en général aient accès aux informations pertinentes de ces différentes instances.

3.165. *Mécanismes de partage de l'information.* Il existe divers mécanismes par lesquels les concédants peuvent mettre les informations à la disposition des investisseurs et du public, notamment par le biais de réunions, de sites Internet le cas échéant, et des médias. Le gouvernement, par exemple, peut rendre l'information disponible et la mettre à jour sur son site Internet, faciliter des réunions avec l'investisseur et les détenteurs de droits fonciers légitimes, fournir des communiqués de presse et d'autres informations aux

⁴⁵ CNUCED, BM. 2018. RAI Knowledge into Action Notes, No. 10 (*en anglais*). *Public transparency*, p.3, Tableau 1 (contenant une liste des documents qui pourraient être catégorisés comme privés entre les parties et comme publics).

⁴⁶ Voir Directives volontaires, para 3B(8).

médias, veiller à ce que les parties intéressées puissent participer aux procédures d'obtention d'autorisations et de licences du projet (voir le Chapitre 3.V.1) et répondre diligemment aux demandes de renseignements concernant le projet.

(c) *Informations confidentielles*

3.166. *En général.* Lorsqu'ils envisagent la transparence et les obligations de divulgation connexes - notamment la publication du contrat d'investissement en terres agricoles - certains investisseurs peuvent être soucieux de protéger des informations commercialement sensibles, qui pourraient être utilisées par des concurrents pour obtenir un avantage. Conformément aux nouvelles pratiques en matière de transparence et de divulgation, les informations confidentielles peuvent ne pas apparaître dans les documents mis à la disposition du public. Ce qui constitue une information confidentielle peut être défini par le droit interne ou à défaut, pourrait être défini par les parties dans une clause contractuelle. La précision quant à ce qui est confidentiel peut réduire le risque de différends sur les informations protégées, qui devraient être limitées et ne devraient pas être utilisées en fait pour protéger des documents entiers de la divulgation.

3.167. *Définir une information confidentielle.* Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités pourrait servir d'exemple aux parties souhaitant mieux définir les informations confidentielles. L'article 7 de ces Règles donne une définition de base des informations considérées comme confidentielles ou protégées,

- des informations commerciales confidentielles;
- protégées contre la divulgation en vertu du traité;
- protégées contre la divulgation en vertu de lois pertinentes; et
- dont la divulgation compromettrait l'application des lois.

3.168. *Suppressions.* Les investisseurs et les concédants peuvent simplement supprimer les informations considérées comme confidentielles. Quant à la procédure, le Règlement de la CNUDCI sur la transparence fournit également des orientations. Il prévoit que le tribunal arbitral consultera les parties pour déterminer conjointement les informations à supprimer et décidera en dernier ressort si les parties ne parviennent pas à un accord. A cet effet, des procédures sont prévues pour désigner et supprimer promptement les informations confidentielles. Les parties pourraient suivre une procédure similaire, dans laquelle une tierce partie neutre les aiderait à s'entendre sur la nature d'une information confidentielle ou protégée, à fixer des délais pour la notification des suppressions proposées et à assurer que l'ensemble de la procédure est rapide et efficace afin de rendre l'information accessible au public en temps opportun.

3.169. *Divulgation non autorisée.* Selon la loi applicable et toute disposition pertinente du contrat, la divulgation non autorisée d'informations spécifiques confidentielles peut violer une obligation de confidentialité. Si la partie dont les informations ont été divulguées peut apporter la preuve requise d'un préjudice potentiel ou réel, cette partie peut avoir droit à des dommages-intérêts ou à exercer d'autres recours (voir chapitre 4.III.B).

B. Mise en oeuvre

3.170. *Introduction.* Les questions de conformité, de notification et de suivi de l'exécution du contrat, ainsi que la transparence et les rapports, sont importantes pour le succès d'un projet d'investissement. La présente section traite brièvement de certaines questions clés en matière de conformité, à savoir 1) les autorisations et licences, 2) les assurances, 3) les garanties d'exécution, 4) les obligations sous réserve de bonne fin environnementale - et aborde des aspects importants liés 5) à la relation continue des parties, notamment les notifications et l'examen périodique du contrat et de son exécution.

1. Autorisations et licences

3.171. *En général.* Les autorisations ou licences pour des activités particulières peuvent être exigés par la législation nationale ou par des dispositions contractuelles pour l'établissement du projet ou son

fonctionnement. Les autorisations ou licences sont généralement accordées par des autorités publiques (par exemple, les ministères de l'agriculture ou de l'environnement) et peuvent être exigées à divers titres, notamment pour certaines activités agricoles, pour l'utilisation des ressources naturelles, la construction d'installations ou d'infrastructures et pour des impacts environnementaux.

3.172. *Clauses contractuelles, coordination et délivrance.* Lors de l'évaluation du cadre juridique (voir le Chapitre 1), les parties devraient identifier les permis nécessaires à l'établissement ou à l'exploitation du projet d'investissement. Pour plus de clarté, une telle identification pourrait être indiquée expressément dans le contrat, notamment en indiquant les autorisations constituant des conditions pour l'établissement du projet (voir le chapitre 2.V.3 concernant les conditions). Lorsque le gouvernement est le concédant, le contrat peut indiquer les cas dans lesquels les autorisations ou licences pertinentes peuvent être suspendues, par exemple lorsqu'il existe un risque important de dommage à l'environnement. Lorsque le gouvernement n'est pas le concédant, les parties devraient se concerter avec les représentants du gouvernement afin de s'assurer que toute disposition contractuelle à cet égard est conforme au droit interne, et afin de comprendre et satisfaire les exigences de permis. Les gouvernements en particulier devraient veiller à ce que les autorisations ou les licences soient délivrées et renouvelées en temps opportun et ne soient pas refusées sans raison valable.

2. Assurances

3.173. *En général.* Les assurances peuvent jouer un rôle important dans l'atténuation de nombreux risques du projet (tels que: incendie, vol, maladie ou calamités naturelles, dommages matériels ou corporels), ainsi que la vie ou la santé des employés de l'investissement. Dans certains États, il peut être obligatoire pour les parties de souscrire une couverture d'assurance particulière, et les contrats d'investissement en terres agricoles et les accords connexes peuvent prévoir des obligations spécifiques à cet égard.

3.174. *Fournisseurs d'assurance.* Les produits d'assurance sont généralement fournis par des entités privées. Ils peuvent également être proposés par de grandes coopératives ou mutuelles, ce qui peut rendre l'assurance plus abordable. Des dispositifs publics existent également dans certains États, consistant dans des mécanismes de garantie aux services d'assurances privées ou de subvention de la couverture d'assurance minimale, généralement en association avec un crédit accordé dans le cadre de programmes publics. Indépendamment des systèmes d'assurance, les catastrophes naturelles de grande ampleur peuvent être couvertes par des interventions spéciales de l'État offrant un certain niveau d'indemnisation pour les pertes agricoles.

3.175. *Clause contractuelle.* Certains contrats peuvent prévoir des obligations d'assurance. Dans de tels cas, le contrat devrait d'abord préciser quelle partie a l'obligation d'obtenir une assurance et indiquer quel type d'assurance devrait être souscrit. Le simple fait d'obliger une partie à souscrire une assurance, sans autre précision (par exemple, en exigeant simplement la souscription d'une "assurance adéquate"), peut ne pas garantir la couverture nécessaire. Les clauses d'assurance devraient au moins indiquer les principales exigences minimales de couverture, telles que les risques à assurer (p. ex. incendie, vol, maladie ou grêle) et les montants à couvrir. Pour l'assurance responsabilité civile, le contrat doit préciser les limites minimales de garantie et, pour l'assurance vie, le montant à couvrir. Un soin particulier doit être apporté à la vérification de la conformité de la clause d'assurance aux exigences de la loi applicable.

3. Garanties d'exécution

3.176. *En général.* Dans tout projet d'envergure comme les investissements en terres agricoles, les parties cherchent à obtenir l'assurance que l'autre partie s'acquittera de ses obligations contractuelles et, dans le cas contraire, qu'elle ne subira pas de pertes. Les garanties d'exécution, couramment utilisées dans les projets de construction et d'infrastructure, offrent une solution possible à ce problème.

3.177. *Types.* Il existe deux principaux types de garanties d'exécution - 1) les garanties financières d'exécution et 2) les garanties de bonne fin d'exécution - bien qu'elles varient d'un investissement à l'autre. En ce qui concerne les garanties financières, le garant (par exemple, une institution financière) s'engage à verser au gouvernement ou à l'autorité concernée une somme d'argent déterminée pour couvrir les pertes subies en raison de l'inexécution de l'investisseur. Une telle garantie peut prendre la forme d'un contrat, d'une

lettre de crédit stand-by ou d'une garantie à première demande. Pour ce qui est des garanties de bonne fin d'exécution, le garant peut soit rectifier ou achever l'exécution lui-même (par exemple, réparer ou achever une route qui a été mal construite ou pas du tout); soit b) faire en sorte qu'un autre entrepreneur achève l'exécution, puis compenser les pertes causées par la non-exécution de l'investisseur initial. Le garant se réserve toutefois le droit de s'acquitter de ses obligations par le seul versement d'une somme d'argent.⁴⁷

3.178. *Applicabilité potentielle.* Les garanties d'exécution sont généralement utilisées dans les grands projets de construction et d'infrastructures, et non dans les contrats d'investissement en terres agricoles. Les investissements agricoles sont des investissements à long terme, qui nécessitent souvent au moins dix ans pour être rentables, alors que de nombreux projets d'infrastructure peuvent être achevés dans ce laps de temps. Toutefois, les garanties d'exécution pourraient être utiles pour encourager les investisseurs à exécuter le contrat d'investissement en terres agricoles, car l'obligation de rembourser la garantie à l'institution financière incite fortement l'investisseur à respecter ses obligations. Par conséquent, si les parties entretiennent une relation transparente et de coopération, une garantie d'exécution peut constituer un mécanisme approprié pour promouvoir la bonne exécution et pourrait être envisagée pour la mise en œuvre du projet.

4. Titres obligataires sous réserve de performance environnementale

3.179. *En général.* Les obligations sous réserve de bonne fin environnementale sont des instruments de financement de projets environnementaux par des investisseurs, qui sont remboursés par les gouvernements ou autres bailleurs de fonds (par exemple, une agence de développement) à condition que l'objectif fixé soit atteint (voir le Chapitre 3.III.B). Ces instruments s'apparentent donc à un contrat de rémunération au rendement, l'investisseur assumant le risque. Il peut s'agir d'une option attrayante, permettant des économies considérables en attribuant efficacement les projets à la meilleure offre. Théoriquement, ce mécanisme crée une forte incitation à surveiller l'avancement et la bonne fin du projet. Il encourage également la transparence de la part de l'investisseur, qui cherchera à assurer qu'il a effectivement atteint les résultats du projet afin d'obtenir le remboursement de son emprunt.

3.180. *Applicabilité potentielle.* Les obligations sous réserve de bonne fin environnementale méritent d'être pris en considération par les parties à des contrats d'investissement en terres agricoles car ils peuvent établir des objectifs, un calendrier et des avantages financiers pour le respect d'objectifs environnementaux précis, non seulement lors de l'élaboration d'un projet, mais aussi pour la conservation ou la clôture du projet. En raison de l'accent mis sur les mesures de réussite à court terme, quantifiables et techniques, de telles obligations peuvent ne pas convenir pour traiter des problèmes environnementaux à long terme (par exemple la pollution de l'eau provenant de diverses sources).

3.181. *Adaptation aux contrats d'investissement en terres agricoles.* Le modèle des obligations sous réserve de bonne fin environnementale pourrait être adapté aux contrats d'investissement en terres agricoles, ce qui favoriserait le suivi et la mise en œuvre. Les financeurs et les gouvernements pourraient convenir, par exemple, que l'investisseur peut obtenir certaines concessions ou certains avantages (par exemple, des parcelles de terres supplémentaires, un avantage fiscal) pour chaque objectif environnemental spécifique atteint (par exemple, la réhabilitation des habitats fauniques; la réduction de l'écoulement des engrais et des pesticides dans les cours d'eau). Si l'investisseur n'atteint pas son objectif dans le délai imparti, il peut être tenu de restituer les parcelles ou payer l'impôt dont il était exonéré. Des objectifs et des incitations spécifiques qui s'échelonnent sur des périodes déterminées sont plus susceptibles d'encourager les investisseurs à faire preuve de transparence dans leurs efforts, et pour toutes les parties à surveiller et à respecter leurs obligations contractuelles..

5. Notifications et examen périodique

3.182. *Notifications.* Comme indiqué aux paragraphes 3.154-3.165 ci-dessus, une communication ouverte et continue est essentielle à la réussite du projet d'investissement. Une disposition concernant les

⁴⁷ De plus, la garantie de maintenance est une variante de la garantie d'exécution. Elle garantit contre les inexécutions intervenant dans la phase de démarrage ou relativement aux prestations de maintenance et garantit que le contractant effectuera la maintenance ou les réparations après l'achèvement du projet.

notifications précise la façon dont les parties doivent communiquer formellement, habituellement par écrit. Cette disposition est liée à des obligations particulières du contrat pour lesquelles un préavis pourrait, dans certaines circonstances, être exigé. La notification peut être requise, par exemple, en relation avec des clauses d'option concernant des parcelles supplémentaires (voir le Chapitre 3.I.B.1), les clauses de renouvellement concernant la prolongation du contrat (voir le Chapitre 3.I.D), les excuses pour inexécution (voir le Chapitre 4.II), le droit de remédier à une inexécution (voir le Chapitre 4.III.B.1(d)), la résiliation (voir le Chapitre 4.III.B.4), les conflits (voir le Chapitre 6).

3.183. *Examen périodique.* Afin d'assurer que les clauses du contrat restent pertinentes et appropriées à la lumière de l'évolution du contexte économiques, les parties devraient prévoir des révisions ou des renégociations périodiques des clauses et établir la procédure pour ces révisions et renégociations dans le contrat. Les clauses de révision périodique devraient préciser: le calendrier (par exemple tous les cinq ans); le champ d'application, qui peut être général ou limité à des clauses particulières (par exemple les loyers); et les modalités pratiques permettant aux parties de réviser conjointement les clauses contractuelles. Les clauses prévoyant l'ajustement périodique des loyers fonciers en fonction de l'évolution de la situation en seraient un exemple. Les clauses les plus efficaces prévoient des dispositions (voir le Chapitre 6.III.A concernant la procédure d'expertise) dans les cas où les parties ne peuvent s'entendre sur les révisions.

3.184. *Modifications et renégociations.* Dans le cadre des examens périodiques, les parties devraient envisager de préciser dans le contrat une procédure permettant de modifier le contrat en fonction des conclusions de ces examens et de l'accord des parties. Une telle procédure pourrait accélérer les renégociations (voir le Chapitre 2.V.B) et renforcer la stabilité et la durabilité.

CHAPITRE 4 – INEXÉCUTION ET MOYENS CONTRACTUELS

4.1. Vue d'ensemble. Les parties à des contrats d'investissement en terres agricoles, qui sont généralement des contrats à long terme et complexes, sont susceptibles de se trouver dans des situations où les obligations prévues ne seront pas exécutées de manière satisfaisante, que ce soit à la suite d'un événement indépendant de leur volonté ou en raison d'une inexécution par l'une des parties. L'importance de maintenir les contrats et d'atténuer les risques et les répercussions est généralement reconnue. Dans de nombreux systèmes juridiques, cependant, il n'existe aucune orientation à cet égard et il incombe aux parties d'établir un plan d'intervention pour ces situations, en particulier pour mettre en place des mécanismes contractuels qui puissent être utilisés de manière adéquate.

4.2. Promouvoir la prévisibilité, la stabilité et la flexibilité. Dans un souci de prévisibilité et pour maintenir des relations stables pendant la durée prévue des contrats d'investissement en terres agricoles et des accords connexe, il est conseillé aux parties de prévoir les cas possibles de non-exécution et de prévoir les actions ou moyens correspondants, avec la souplesse nécessaire. Dans ce contexte, il convient d'accorder une importance primordiale aux conséquences que pourraient avoir une inexécution et la mise en œuvre de moyens vis-à-vis des détenteurs de droits fonciers légitimes. Les moyens que pourront exercer ces détenteurs dépendront de leur position au regard de la structure contractuelle (voir le Chapitre 2.III.B ci-dessus et la Partie III ci-dessous). Les parties contractantes devraient également être conscientes des effets potentiels des cas d'inexécution sur un grand nombre de parties prenantes extérieures, qui ne seraient parties ni contrat ou à tout accord connexe, ni tiers bénéficiaires.

4.3. Droit applicable. Lorsqu'elles prévoient leur plan d'intervention et les mesures, les parties devraient envisager les moyens pour inexécution que la partie lésée – le créancier de la situation d'inexécution – peut exercer en vertu du droit applicable. Le fondement de l'exercice des moyens, leur contenu et leur portée, ainsi que l'ordre dans lequel ils peuvent être exercés varient selon les systèmes juridiques. Les parties doivent également être conscientes de la liberté que leur permet la loi applicable, dans les limites de toute disposition impérative applicable. Différentes sources peuvent renfermer des dispositions impératives, notamment le droit des contrats, le droit des baux, le droit des investissements, le droit de l'environnement, les droits de l'homme et les règles de protection sociale (voir le Chapitre 1.II). Ce Chapitre se concentre sur les moyens contractuels, mais selon le système juridique, le créancier pourrait être en droit d'obtenir réparation sur un autre fondement que le contrat – principal ou connexe -, par exemple sur la base d'une action délictuelle ou autre (voir également le Chapitre 2.V sur les motifs de résolution du contrat, tels que les vices du consentement, la fraude ou autres).

4.4. Définir les cas d'exonération et les moyens. Il est important que le contrat définisse clairement les obligations dont l'inexécution pourrait être excusée ou dont l'inexécution non excusée pourrait éventuellement servir de base à l'exercice d'un moyen. Les clauses relatives à l'inexécution peuvent être placées immédiatement après l'obligation à laquelle elles se rapportent, ou dans une section consacrée aux moyens en cas d'inexécution, se référant spécifiquement à certains types de moyens (par exemple, les dommages-intérêts, la résiliation, etc.). Des dispositions bien rédigées relatives aux excuses et aux moyens devraient permettre aux parties de résoudre les problèmes à un stade précoce et d'éviter leur aggravation, et des conséquences économiques, environnementales et sociales importantes. Idéalement, un système de moyens bien conçu devrait non seulement avoir un effet dissuasif sur l'inexécution (par exemple, par la menace de mise en jeu de la responsabilité, de la résiliation ou d'autres effets négatifs) et permettre à la partie lésée d'obtenir réparation, mais il devrait également viser à encourager l'exécution du contrat en aidant à la détection et à la correction proactives des erreurs.

4.5. Plan de la section. La Partie I du présent Chapitre présente quelques considérations générales dans ce domaine. La Partie II est consacrée aux cas d'exonération pour non-exécution. La Partie III donne un aperçu des moyens et traite des situations dans lesquelles chacune des parties au contrat commet une inexécution, ainsi que des moyens qui peuvent être mis en œuvre par l'autre ou les autres parties. Dans ce

contexte, la Partie III traite également des situations dans lesquelles des titulaires légitimes de droits fonciers ou des collectivités locales sont parties au contrat ou à un accord connexe ou sont des tiers bénéficiaires.

I. CONSIDERATIONS GÉNÉRALES

4.6. Concepts d'inexécution et de moyens. L'inexécution est le défaut d'une partie d'exécuter l'une quelconque des obligations qui lui incombent en vertu du contrat, y compris l'exécution défectueuse ou tardive. L'inexécution peut concerner une ou plusieurs des obligations découlant du contrat, avec des conséquences plus ou moins importantes sur l'équilibre global de la relation. L'exécution d'une obligation et le moyen qui peut être mis en œuvre en cas d'inexécution, varient selon la nature de l'obligation, qui peut être une obligation impliquant d'employer les meilleurs efforts avec un certain degré de diligence requis ou une obligation dont le résultat spécifique promis peut être évalué¹. Toute situation d'inexécution ouvre droit à réparation de la partie lésée. Le terme "moyen" désigne toute mesure juridique prévue par la loi ou par le contrat visant à protéger les intérêts d'une partie lésée des conséquences de l'inexécution de l'autre partie.

4.7. Cas excusés de responsabilité et contravention au contrat. L'inexécution peut donner lieu à exonération de responsabilité en raison d'un événement extérieur imprévu, tel qu'un cas de force majeure, ou en raison de la conduite de l'autre partie au contrat. L'inexécution ne peut être excusée si elle résulte soit de l'acte intentionnel du débiteur, soit d'un événement relevant de la sphère de contrôle du débiteur, qui constituent une contravention au contrat. Alors que certains moyens (tels que les dommages-intérêts) sont exclusivement destinés aux cas de contravention au contrat, la plupart des moyens sont disponibles tant en cas d'inexécution excusée qu'en cas d'inexécution non excusée, pour autant que les circonstances excusant l'inexécution ne compromettent pas leur utilisation.

4.8. *Proportionnalité*. Dans de nombreux systèmes juridiques, mais pas tous, les moyens que le créancier peut mettre en œuvre doivent être proportionnels à la gravité de l'inexécution. Certains systèmes juridiques limitent le recours à des moyens plus sévères (par exemple, la résiliation du contrat) aux cas dans lesquels l'inexécution prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, dans les limites de la prévisibilité, ou bien en cas de comportement intentionnel ou téméraire, ou lorsque le créancier n'a aucune raison de croire que l'exécution aura lieu². Le Guide considère ces situations d'inexécution comme particulièrement graves, qui peuvent être qualifiées au niveau national d'inexécution "substantielle", "essentielle" ou "fondamentale". En tant que bonne pratique, les parties devraient appliquer le principe de proportionnalité entre l'inexécution et le moyen mis en œuvre. Si ce principe s'applique à toutes les situations, il est particulièrement pertinent en ce qui concerne la résiliation, qui ne devrait intervenir qu'en dernier recours après une suite de tentatives pour atténuer et corriger l'inexécution.

4.9. *Coopération*. Lorsqu'elles envisagent les situations d'inexécution, les parties devraient se conformer à tous les principes généraux consacrés par la loi applicable, tels que la bonne foi et la loyauté des relations. La coopération est un principe clé important pour les contrats à long terme³, particulièrement en ce qui concerne par exemple l'échange d'informations pertinentes, l'attribution d'un délai supplémentaire pour l'exécution, l'atténuation des dommages, l'octroi d'une opportunité de réparation ou l'adaptation du contrat. La coopération peut également s'avérer nécessaire lorsque le contrat prend fin à expiration ou du fait de la résiliation, par exemple pour restituer les terres dans l'état convenu (voir le Chapitre 5.II sur la restitution des terres).

4.10. *Surveillance*. Même lorsque le contrat prévoit des moyens pour l'inexécution, il est probable que les parties ne seront pas en mesure d'envisager tous les détails des nombreuses situations possibles d'inexécution qui peuvent survenir. Par conséquent, une bonne approche serait de définir dans le contrat

¹ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 5.1.4 ("Obligation de résultats et obligations de moyens").

² Pour les contrats du commerce international, les Principes d'UNIDROIT réservent la résiliation aux cas d'inexécution fondamentale (voir art. 7.3.1). Pour les contrats de vente internationale, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (2010) adopte la même approche (voir article 25, CVIM).

³ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 5.1.3.

des moyens applicables généralement ou dans des situations spécifiques, en gardant à l'esprit les moyens disponibles en vertu du droit applicable. En outre, il est particulièrement conseillé aux parties de mettre en place un mécanisme de suivi de l'inexécution et de la mise en œuvre des moyens, dans le prolongement logique du suivi de l'exécution du contrat (voir le Chapitre 3.V). A ce sujet, les dispositifs de suivi de l'exécution du contrat devraient non seulement évaluer le respect par les parties de la loi applicable et des obligations contractuelles, mais ils pourraient également fournir des indications utiles sur les mesures correctives appropriées (par exemple, par des mesures d'atténuation et de correction). Les parties peuvent organiser de différentes manières des modalités de coopération pour repérer et gérer les cas d'inexécution et les la mise en œuvre des moyens (par exemple, en établissant des procédures et des comités de suivi) et envisager des mécanismes conduisant, si nécessaire, à une renégociation ou à une révision du contrat (voir également le Chapitre 3.V.C.C. sur le réexamen périodique).

4.11. *Lien avec le règlement des différends.* L'incapacité des parties à gérer l'inexécution d'une manière ordonnée, ou l'échec des tentatives de le faire, est susceptible de dégénérer en un différend (voir le Chapitre 6). Les parties devraient, dans la mesure du possible, donner la priorité aux règlements à l'amiable (par exemple par les négociations et la médiation) avant de recourir à des formes de règlement juridictionnel, par l'arbitrage, ou devant des tribunaux étatiques. Les formes de règlement amiable peuvent être considérées comme une continuation des moyens coopératifs en cas d'inexécution et pourraient être organisées par les parties selon les mêmes procédures. En outre, les mécanismes de réclamations peuvent également servir à traiter les situations de non-exécution à un stade précoce et à rechercher une solution appropriée.

II. CAS EXCEPTÉS DE RESPONSABILITÉ

4.12. *En général.* Pendant la durée d'un contrat d'investissement en terres agricoles, certains événements indépendants de la volonté des parties peuvent survenir qui empêcheront totalement ou entraveront considérablement l'exécution du contrat. Ces événements requièrent une attention particulière parce qu'ils peuvent fournir des fondements légaux d'excuses à l'inexécution ou peuvent entraîner d'autres conséquences en droit. Tous les systèmes juridiques prévoient des cas exceptés de responsabilité. Ils diffèrent toutefois considérablement en ce qui concerne les événements qui constituent un fondement pour l'exonération de responsabilité (c'est-à-dire des "cas exceptés"), la façon dont ils sont définis et leur portée, ainsi que leurs effets juridiques effectifs sur les obligations des parties et sur le contrat ou l'accord connexe dans son ensemble. L'interprétation donnée par les tribunaux joue également un rôle important en raison de l'importance des circonstances particulières de chaque cas.

4.13. *Permissivité du droit applicable.* En règle générale, les droits nationaux permettent aux parties de convenir dans leur contrat des événements qui donneront lieu à une exonération de responsabilité. Ces clauses sont courantes dans la pratique commerciale internationale et peuvent remplir différentes fonctions, et limiter ou élargir les règles supplétives de la loi applicable qui qualifient les événements constitutifs de cas exceptés et leurs caractéristiques, et en modifier les effets ou prévoir des situations particulières.

4.14. *Absence ou nullité des clauses contractuelles.* En l'absence de clause contractuelle à cet effet, ou si une telle clause n'est pas valable, la loi applicable détermine la mesure dans laquelle certains événements ou circonstances sont constitutifs de cas exceptés et leurs conséquences éventuelles sur les obligations des parties et leur contrat dans son ensemble. Cette question ne dépend pas du for où est invoquée la reconnaissance de l'événement ou des circonstances. La loi du for peut toutefois être applicable, soit en tant que règle internationale impérative, soit par l'exception d'ordre public. Parfois, la loi applicable est la loi du for.

4.15. *Considérations concernant les détenteurs de droits fonciers légitimes.* Les conséquences de la survenance d'un cas excepté de responsabilité sur les titulaires légitimes de droits fonciers méritent une attention particulière, surtout s'ils ont renoncé à certains droits sur des terres ou d'autres ressources pour la réalisation du projet d'investissement. Dans les cas où ces détenteurs sont parties au contrat d'investissement en terres agricoles ou à des accords connexes et sont tenus à certaines obligations (voir le Chapitre 2.III.B), ils peuvent se prévaloir de l'événement pour s'exonérer de l'inexécution de leurs

obligations. En tant que partie lésée, ils pourraient ne pas avoir droit à être indemnisés pour l'inexécution excusée de l'investisseur. Il en va de même si les titulaires légitimes des droits fonciers sont des tiers bénéficiaires.

4.16. *Plan de la section.* Cette partie traite de deux fondements d'exonération possibles, à savoir a) la force majeure et b) le changement de circonstances, et aborde c) certaines considérations supplémentaires pour les contrats entre investisseurs et gouvernements.

A. Force majeure

4.17. *Notion générale.* L'impossibilité d'exécuter un contrat, le plus souvent considérée comme un cas de force majeure, se réfère généralement à un événement survenant après la conclusion d'un contrat, qui est imprévisible, inévitable, qui échappe au contrôle raisonnable des parties et empêche objectivement l'une ou l'autre d'entre elles de s'exécuter. Lorsqu'un cas de force majeure se produit, la partie défaillante est exonérée de responsabilité pour l'inexécution.

4.18. *Droit applicable.* S'agissant des clauses de force majeure, les parties doivent être conscientes que l'insertion d'une telle clause ne prive pas nécessairement la loi applicable de sa pertinence. Les clauses générales mentionnant la force majeure sans autre précision seront interprétées conformément à la loi applicable et pourront également dépendre de la loi du for. En outre, l'énumération dans la clause d'événements constitutifs de force majeure peut être interprétée de différentes manières selon l'organe juridictionnel et le système juridique.

4.19. *Clauses de force majeure.* Il est conseillé aux parties d'inclure dans le contrat une clause de force majeure adaptée à leurs besoins spécifiques. La clause définit les conditions en matière de notification et de procédure sous réserve de la loi applicable, et en général 1) elle définit les événements constitutifs de force majeure; et 2) elle prévoit les effets de la réalisation de tels événements.

1. Événements constitutifs de force majeure

4.20. *Définition.* Les clauses contractuelles contiennent le plus souvent une référence générale à la "force majeure", parfois associée à un autre terme tel que "cas fortuit". Certaines clauses peuvent également utiliser les termes "facteurs défavorables" ou "événements défavorables", avec ou sans termes supplémentaires, tels que "indépendants de la volonté des parties" ou "échappant au contrôle des parties". Parfois, les clauses exigent expressément que l'obligation devienne impossible à exécuter ou aboutisse au même résultat. Le caractère incontrôlable ou inévitable de l'événement est parfois atténué lorsque les parties font référence à un critère de caractère raisonnable. La clause peut également préciser le lien de causalité entre l'événement et son inexécution et préciser si l'empêchement est de nature permanente ou temporaire, une distinction qui détermine également les conséquences de l'empêchement.

4.21. *Énumérations.* Les clauses de force majeure contiennent souvent une énumération d'événements constitutifs de force majeure, ce qui peut être utile pour l'interprétation de la clause. Les parties peuvent indiquer clairement que la liste n'est pas exhaustive (par exemple en utilisant des expressions comme "tels/telles que", "entre autres", "notamment, mais de façon non limitative", en insérant simplement des points de suspension ou "etc.", ou en ajoutant une formulation générale susceptible d'englober tous les cas fortuits. Les parties peuvent préférer, pour davantage de sécurité, que la liste soit limitative.

4.22. *Événements naturels et non naturels.* Les contrats qui contiennent une clause de force majeure avec une liste d'exemples d'événements naturels comprennent presque toujours des événements météorologiques extrêmes et des calamités (par exemple, inondations, gelées, sécheresses, tempêtes, incendies et tremblements de terre), souvent mentionnés comme des catastrophes naturelles. Les épidémies et les ravageurs sont aussi souvent considérés comme des événements déterminants. Parmi les événements non naturels, les grèves ou autres conflits liés au travail sont souvent mentionnés expressément, y compris parfois des actions illégales ou non autorisées. Les bouleversements allant des émeutes aux révolutions ou aux conflits armés, en passant par les rassemblements et autres désordres sociaux sont des événements qui apparaissent aussi souvent dans les clauses de force majeure, ainsi que les guerres, les actes de terrorisme, les insurrections et les troubles civils.

4.23. *Conflits avec les communautés locales.* Les conflits avec les communautés locales qui entravent l'exécution du contrat (par exemple, si l'accès aux infrastructures nécessaires est bloqué par les communautés locales) peuvent être admissibles selon le contrat et les circonstances particulières. Lorsque ces événements auraient pu être évités ou étaient prévisibles, comme c'est le cas dans la plupart des contrats dans lesquels les communautés locales ont effectivement été identifiées comme affectées par le contrat, on peut se demander si des troubles ou des conflits pourraient en fait constituer des événements constitutifs de force majeure, car ils touchent à des questions centrales qui doivent être traitées de manière appropriée dans le cadre de l'investissement. Il se peut que l'inclusion de tels événements dans le champ d'application de la force majeure constitue plutôt une exclusion ou une limitation de responsabilité cachée dans la disposition relative à la force majeure. Les parties doivent être conscientes du fait que de nombreux systèmes juridiques imposent des restrictions aux exclusions de responsabilité (par exemple, en les invalidant si elles s'étendent au comportement intentionnel ou à la négligence grave du débiteur ou en limitant la possibilité de les insérer dans les contrats types).

4.24. *Actes du gouvernement.* Les actes des autorités gouvernementales, qui visent les changements de législation ou de politique gouvernementale, sont communément mentionnés comme des événements constitutifs de force majeure dans les clauses de contrats entre parties privées. Toutefois, ce n'est généralement pas le cas lorsque le gouvernement est partie au contrat, car l'acte ne peut être considéré comme indépendant de sa volonté. La Section C ci-après traite de certaines considérations supplémentaires pour les contrats dans lesquels un gouvernement est le concédant.

2. Conséquences de la reconnaissance de la force majeure

4.25. *En général.* La survenance d'un événement établi comme étant un cas de force majeure entraîne une exonération de responsabilité pour le débiteur dans la mesure de son impossibilité d'exécution. Dans de nombreuses situations, l'impossibilité sera partielle, n'affectant que certaines des prestations prévues, ou s'appliquera pendant une période limitée, impliquant une suspension du contrat, avant d'aboutir - éventuellement - à la résiliation du contrat. Il est conseillé aux parties de coopérer pour faire face aux conséquences de l'événement, par des mécanismes d'information et d'atténuation. Ce qui suit envisage diverses conséquences de la reconnaissance de la force majeure.

4.26. *Excuse en cas d'inexécution.* Lorsque les obligations d'une partie deviennent impossibles à exécuter ou sont sensiblement affectées par un événement de force majeure, la force majeure sert de fondement d'exonération (ou de moyen de défense) pour le débiteur, exonérant celui-ci de l'exécution de l'obligation affectée par l'évènement ou empêchant simplement le créancier de prétendre à une indemnisation.⁴ En règle générale, il incombe à la partie qui invoque que son exécution est affectée par un cas de force majeure de prouver la survenance de l'événement, qu'elle possède les caractéristiques requises par le contrat ou la loi applicable et le lien de causalité entre l'événement et l'inexécution.

4.27. *Suspension de l'exécution.* Dans des cas extrêmes, l'empêchement prévient toute exécution ultérieure et entraînera la résiliation du contrat. En règle générale, toutefois, l'empêchement aura simplement un effet suspensif. La suspension est, du moins dans un premier temps, une approche moins perturbatrice qu'une résiliation pure et simple, et elle est souvent expressément prévue dans les contrats d'investissement en terres agricoles. Toutefois, on ne peut pas s'attendre à ce qu'une suspension ait une durée indéterminée. Habituellement, la durée du contrat sera prolongée pour une période temporaire égale à la durée de l'empêchement. Le contrat peut également prévoir que l'inexécution est excusée après l'expiration d'un délai déterminé, ou peut donner à l'autre partie le droit de résilier le contrat après un certain délai. Une autre possibilité consiste à obliger les parties à renégocier les termes de leur accord (voir paragraphe 4.29 ci-dessous). Il peut également être souhaitable d'indiquer à partir de quel moment le délai commencera à courir: quand l'empêchement est survenu, quand la partie en a eu connaissance ou - s'il existe une obligation de notification - quand la notification a été signifiée à l'autre partie.

⁴ Pour les contrats du commerce international, une règle semblable se trouve dans les Principes d'UNIDROIT, art. 7.1.7(4); et pour les contrats de vente internationale, art. 79(5), CVIM.

4.28. *Résiliation.* Les contrats, ou moins fréquemment les droits internes, peuvent accorder à l'une ou l'autre des parties ou aux deux le droit de résilier le contrat en raison de la survenance d'un cas de force majeure. Ce droit peut être immédiatement disponible ou ne prendre naissance qu'après l'expiration du délai de suspension de l'exécution. La résiliation peut également intervenir automatiquement après une période déterminée, notamment lorsque le contrat contient une liste d'événements permettant une résiliation automatique et inclut spécifiquement l'impossibilité d'exécution en raison d'événements de force majeure. Le droit de résilier le contrat peut également être subordonné à un préavis à l'autre partie. En outre, le contrat peut déterminer expressément les effets de la résiliation, par exemple en la limitant aux prestations futures (voir la Partie III.B.4 ci-dessous).

4.29. *Droit ou obligation de renégocier.* Les parties peuvent souhaiter poursuivre leur relation même lorsque des circonstances imprévues entravent ou restreignent gravement l'exécution du contrat. Pour assurer cette continuité, une clause de l'accord initial peut prévoir le droit ou l'obligation de renégocier ses modalités à la survenance d'un événement déterminé. En l'absence d'une disposition sur la renégociation, les parties peuvent toujours décider de modifier leur accord initial ou d'en conclure un autre par consentement mutuel. Toutefois, le droit interne des contrats ne prévoit généralement pas le droit ou l'obligation d'engager un processus de renégociation à la suite de la survenance d'un cas de force majeure. Certains systèmes juridiques, en revanche, admettent que des changements dans les circonstances initiales existant au moment de la conclusion du contrat peuvent exceptionnellement donner lieu à un tel droit ou devoir⁵. Cela peut découler d'une disposition législative expresse ou des principes généraux de bonne foi, de solidarité ou de coopération.

B. Changement de circonstances⁶

4.30. *Notion générale.* Les changements de circonstances pendant la durée du contrat peuvent aller au-delà des risques envisagés par les parties au moment de sa conclusion. Bien que cela n'empêche pas nécessairement l'exécution - ce qui constituerait un cas de force majeure -, les situations qui modifient fondamentalement l'équilibre de la relation constituent un motif fréquent de non-exécution. Le terme "hardship" est couramment utilisé pour décrire des changements exceptionnels de circonstances qui peuvent donner lieu à un moyen contractuel ou une mesure prononcée par le tribunal, ou encore pour désigner la clause régissant de telles situations.

4.31. *Diversité des approches en droit interne.* Une clause contractuelle traitant du changement de circonstances est d'autant plus nécessaire que les législations nationales sont très différentes en ce qui concerne la reconnaissance et le traitement des situations de hardship. Sur la base du strict respect du principe de stabilité du contrat tel que stipulé par les parties, la plupart des droits internes des contrats n'ont pas adopté de dispositions spécifiques ni élaboré de solutions jurisprudentielles traitant de ces situations, et pourraient ne pas favoriser la résiliation ou l'adaptation du contrat par le juge. Dans certains systèmes juridiques toutefois, le tribunal peut soit ordonner aux parties d'entamer des négociations en vue de parvenir à un accord sur l'adaptation du contrat, soit confirmer les termes du contrat en l'état. Quelques lois nationales exigent des parties de procéder à une renégociation avant de demander au juge d'adapter le contrat ou de prononcer la résiliation sur la base du changement de circonstances.

4.32. *Hardship en droit interne.* Dans les systèmes juridiques où les situations de hardship constituent un fondement à un moyen juridique, des critères stricts s'appliquent pour déterminer si les circonstances comportent effectivement une altération fondamentale du contrat sont réunies. Dans la pratique, une modification fondamentale peut se manifester par une augmentation substantielle du coût de l'exécution ou une diminution substantielle de la valeur de l'exécution reçue. Les perturbations du marché, qui peuvent altérer la situation financière d'une partie ou entraîner des fluctuations des prix à l'échelle mondiale, sont des situations fréquentes de changements de circonstances pouvant excuser l'inexécution du contrat. Dans les contrats d'investissement en terres agricoles, par exemple, l'investisseur peut être confronté à une

⁵ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.1.7 (Force majeure) et art. 6.2.3 (Effets du hardship).

⁶ Voir aussi CNUDCI. 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, p. 142, paras 126-130; p. 199, para 35; Guide technique des Directives volontaires n° 7, p. VIII-X.

augmentation substantielle des coûts en raison de l'introduction de nouvelles règles de sécurité exigeant des procédures de production beaucoup plus coûteuses; ou le concédant peut faire face à une augmentation substantielle des coûts, par exemple, s'il a convenu de fournir certains services à l'investisseur (par exemple l'approvisionnement en eau) et des changements radicaux dans les conditions du marché augmentent considérablement le coût de la fourniture de ces services.

4.33. *Moment du changement de circonstances et prise en charge du risque.* Les événements qui causent le hardship doivent avoir lieu ou être connus de la partie désavantagée après la conclusion du contrat. Si cette partie avait eu connaissance de ces événements au moment de la conclusion du contrat, elle aurait pu en tenir compte à ce moment-là. Dans un tel cas, cette partie ne peut se prévaloir par la suite d'un préjudice. Les événements doivent également aller au-delà du contrôle de la partie désavantagée. En outre, il ne peut y avoir de hardship si le créancier a assumé le risque du changement de circonstances, soit expressément, soit en raison de la nature même du contrat.

4.34. *Pertinence par rapport à la prestation à fournir.* Si la modification fondamentale de l'équilibre du contrat intervient à un moment où l'exécution n'a été que partiellement réalisée (par exemple, l'investisseur a payé les loyers prévus mais n'a pas encore rempli son obligation de construire certaines infrastructures, comme une route d'accès), le hardship ne peut concerner que les prestations qui restent à réaliser. Un investisseur ne peut invoquer le hardship que pour les années restantes de la durée du contrat.

4.35. *Conséquences.* Dans le cas d'un changement de circonstances constitutif de hardship et en l'absence d'une clause spécifique à cet effet dans le contrat, la partie désavantagée devrait en premier lieu demander d'abord demander des renégociations pour adapter les conditions initiales du contrat. Ce n'est qu'à défaut d'accord dans un délai raisonnable que l'une ou l'autre partie pourrait s'adresser au tribunal en vue d'adapter le contrat au changement de circonstances. La demande de renégociation doit être faite le plus rapidement possible après le moment où le hardship s'est produit. La situation de hardship ne donne pas à elle seule à la partie désavantagée le droit de suspendre l'exécution et l'investisseur ne serait pas autorisé à cesser de remplir ses propres obligations.

4.36. *Traiter des changements de circonstances dans le contrat.* A des fins de clarté, de durabilité et de flexibilité, les parties devraient envisager que des changements de circonstances pourraient survenir pendant la durée du contrat et comprendre qu'elles ont intérêt à traiter de cette question dans le contrat. Une clause de hardship définira les circonstances déclenchant sa mise en oeuvre et leurs conséquences. Très souvent, les situations de hardship sont traitées de façon plus générale par des clauses d'adaptation, qui prévoient des examens périodiques et l'organisation de négociations en vue d'une éventuelle restructuration du contrat.

C. Considérations concernant les contrats entre investisseur et gouvernement

4.37. *En général.* Dans les contrats entre investisseurs et gouvernements, un concédant public peut invoquer certaines circonstances en vue de s'exonérer de sa responsabilité pour l'inexécution du contrat. La question de savoir si l'événement survenu ou le changement de circonstances est suffisamment grave pour excuser totalement ou partiellement le gouvernement et pour quelle période de temps dépend normalement de la loi applicable. Si le gouvernement invoque ces circonstances devant ses juridictions et que sa loi n'est pas la loi régissant le contrat, sa loi peut entrer en jeu en tant que loi de police du for.

4.38. *Troubles civils.* Un gouvernement peut choisir de suspendre l'exécution du contrat en raison de troubles internes ou en réponse à l'opinion publique accompagnée d'actes de violence dirigés contre l'investisseur. Toutefois, les troubles civils, qui peuvent aller des émeutes au pillage en passant par les conflits armés, n'excusent pas à eux seuls l'inexécution des obligations contractuelles d'un gouvernement. Les gouvernements qui ont signé des traités d'investissement sont tenus d'accorder une protection et une sécurité totale aux investisseurs. Pour s'acquitter de ces obligations, les gouvernements sont tenus de faire preuve de diligence raisonnable pour minimiser les dommages causés à l'investisseur par les troubles civils. La diligence du gouvernement excusera l'inexécution du contrat. En revanche, l'inaction du gouvernement face aux troubles civils exposera le gouvernement à une action potentielle pour la violation du traité

d'investissement applicable. En outre, des actes particulièrement graves de troubles civils assimilables à un conflit armé, tels que le meurtre, peuvent être imputés au gouvernement ⁷.

4.39. *Situations de nécessité.* Une situation de nécessité, créée par un "péril grave et imminent" ⁸, peut être provoquée par un cas de force majeure, un changement de circonstances, un événement constitutif ou même des troubles civils, de sorte qu'il peut y avoir un certain recoupement entre la nécessité et d'autres fondements d'exonération pour inexécution contractuelle. Cela dit, des conditions supplémentaires doivent être remplies pour que l'inexécution contractuelle due à la nécessité libère le gouvernement de sa responsabilité pour comportement internationalement illicite. Premièrement, il doit exister un "péril grave et imminent". Deuxièmement, l'inexécution contractuelle doit être le seul moyen pour le gouvernement de faire face à ce "péril grave et imminent". Troisièmement, l'inexécution contractuelle ne doit pas porter gravement atteinte à un intérêt essentiel de la communauté internationale. Et quatrièmement, le gouvernement ne doit pas avoir contribué à la situation de nécessité. Compte tenu de la sévérité des conditions liées au moyen de défense de nécessité, l'inexécution contractuelle n'est excusée pour cause de nécessité que dans des circonstances exceptionnelles, telles que l'effondrement de l'économie nationale.

4.40. *Relation avec les clauses de stabilisation.* Un contrat conclu avec l'État peut être soumis à une clause de stabilisation (voir le Chapitre 3.IV.C). La question de savoir si et comment une clause de stabilisation affecte la responsabilité du gouvernement en cas d'inexécution contractuelle dépend de la formulation de la clause de stabilisation dans le contrat. En raison de ce lien, il doit y avoir une cohérence entre ce type de clause, lorsqu'elle est présente, et les fondements d'exonération de responsabilité, qui doivent être examinés avec soin.

III. MOYENS EN CAS DE CONTRAVENTION AU CONTRAT

4.41. *Introduction.* Lorsque l'inexécution ne relève pas d'un cas d'exonération de responsabilité, le manquement aux obligations découlant du contrat peut permettre à la partie ou aux parties lésées d'obtenir réparation du contrevenant au contrat, en mettant en œuvre un ou plusieurs des moyens qui sont disponibles. Comme noté dans l'introduction du Chapitre, le terme "moyen" désigne toute mesure juridique prévue par la loi ou par le contrat visant à protéger l'intérêt d'une partie lésée des conséquences de l'inexécution de l'autre partie.

4.42. *Plan de la section.* Cette partie: a) traite du rôle du comportement de la partie lésée; b) donne un aperçu des moyens; et c) examine les situations découlant de l'inexécution de chaque partie (c'est-à-dire par l'investisseur, le concédant et, le cas échéant, les détenteurs de droits fonciers légitimes) et les moyens que peuvent mettre en œuvre la partie ou les parties lésées. Dans ce dernier cas, les cas d'inexécution seront examinés en fonction des principales obligations identifiées pour chaque partie dans le cadre du Chapitre 3 sur les droits et obligations des parties, avec une analyse des situations communes d'inexécutions (par exemple le cas d'une ingérence d'une autre partie) et des orientations concernant les moyens appropriés possibles.

A. Rôle du comportement de la partie lésée

4.43. *En général.* Le comportement de la partie lésée, selon la loi applicable, peut avoir une influence sur l'accès à certains moyens. Il peut priver la partie d'exercer certains moyens ou en réduire la portée parce que la partie lésée a interféré dans l'exécution par l'autre partie, a contribué à la contravention ou n'a pas atténué les conséquences négatives de l'inexécution. Par exemple, si la partie lésée a contribué à l'inexécution, elle pourrait ne pas être fondée à demander la résolution ou l'exécution en nature, ou elle pourrait devoir assumer une partie des frais supplémentaires qui seront supportés par la partie défaillante pour exécuter son obligation. Cela peut entraîner une réduction du prix.

⁷ Commission du Droit international 2001. Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 4-8.

⁸ *Id.*, art. 25.

4.44. *Fait de la partie lésée.* Le fait de la partie lésée envisage généralement deux situations distinctes⁹. En premier lieu, une partie n'est pas en mesure d'exécuter tout ou partie de ses prestations parce que l'autre partie a fait en sorte de rendre l'exécution totale ou partielle impossible. Par exemple, c'est à l'investisseur qu'il incombe de construire un centre d'apprentissage, mais le gouvernement (qui est le concédant) ne délivre pas l'autorisation nécessaire pour construire le centre. Le fait peut causer un obstacle seulement partiel à l'exécution par l'autre partie. Une autre possibilité est que l'inexécution résulte d'un événement dont le risque est expressément ou implicitement mis, par le contrat, à la charge de la partie qui invoque l'inexécution. Un tel événement peut, par exemple, être constitué par les communautés qui entravent l'accès aux installations, ou un conseil municipal qui ne délivre pas les autorisations nécessaires pour construire les infrastructures, et le contrat impute le risque de tels événements au gouvernement.

4.45. *Contribution à l'inexécution.* Le comportement de la partie lésée peut contribuer à l'inexécution par le débiteur de l'obligation. Tel est le cas lorsqu'elle ne s'acquitte pas des obligations qui pourraient être considérées comme permettant d'atteindre le résultat escompté. Lorsque la partie lésée demande par la suite des dommages-intérêts, sa propre contribution à l'inexécution peut réduire le montant de l'indemnisation due en fonction du degré de la faute de chaque partie et du lien de causalité entre les actes ou l'omission et l'exécution défectueuse¹⁰. Afin de promouvoir la coopération et d'éviter des comportements opportunistes, certains systèmes peuvent limiter les moyens que peut exercer la partie qui a contribué à l'inexécution.

4.46. *Obligation d'atténuation.* Face à une situation d'inexécution, le créancier de l'obligation ne devrait pas rester inactif alors qu'une action pourrait éviter ou atténuer le préjudice. Dans de nombreux systèmes juridiques, il s'agit d'une obligation légale, souvent connue sous le nom d'obligation d'atténuation du préjudice¹¹. Selon la loi applicable, le défaut d'atténuation peut exclure certains recours ou réduire le montant de l'indemnisation. Lorsqu'une obligation d'atténuation n'est pas reconnue par la loi, certaines formes de coopération de la partie lésée peuvent être fondées sur des principes généraux du droit des contrats, comme l'obligation de coopérer ou la bonne foi. Lorsqu'elle est reconnue, l'atténuation peut entraîner l'adoption de mesures correctives par la partie lésée ou par un tiers aux frais de la partie défaillante. Par exemple, si le contrat prévoit que l'investisseur coopère et approuve les infrastructures par l'investisseur, le défaut d'inspection et de notification en temps utile de toute non-conformité de l'infrastructure peut le priver de tout moyen, y compris des moyens en nature, des réductions de prix et des dommages et intérêts.

4.47. *Respect de l'obligation d'atténuation.* L'obligation d'atténuer les conséquences du préjudice est acceptée par de nombreux systèmes nationaux et dans les codifications internationales, bien que des divergences existent. Dans les systèmes juridiques qui n'acceptent pas une telle obligation, le principe de bonne foi peut entrer en jeu pour sanctionner le créancier qui n'a pris aucune mesure raisonnable pour atténuer le préjudice. Le respect de cette obligation implique normalement le droit de recouvrer les dépenses raisonnablement engagées pour atténuer le préjudice causé par l'inexécution. Lorsqu'une obligation d'atténuation est reconnue par la loi, le défaut d'atténuation empêche le créancier de recevoir une indemnisation intégrale ou de réclamer les dommages et intérêts dus à ce défaut. Une attention particulière est accordée aux opérations de remplacement faites en temps opportun visant à limiter des pertes accrues dues aux fluctuations des prix. L'obligation d'atténuation s'applique non seulement aux contrats bilatéraux, mais aussi aux contrats multipartites et aux contrats connexes. De toute évidence, dans ce cas, certains ajustements doivent être faits quant à la définition de la portée et des objectifs de l'obligation d'atténuation, car un plus grand nombre de parties peuvent être en mesure de prendre des mesures d'atténuation contre la survenance de préjudice.

⁹ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.1.2 ("Fait du créancier")

¹⁰ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.4.7.

¹¹ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.4.8.

B. Aperçu des moyens

4.48. *Plan de la section.* Les moyens peuvent être classés en quatre grandes catégories selon leur contenu et leur capacité à assurer le respect des engagements contractuels. Cette section examinera: a) les moyens en nature; b) les moyens pécuniaires; c) la renégociation; et d) la résiliation et la restitution.

1. Moyens en nature

4.49. *Introduction.* Les moyens en nature visent à fournir à la partie lésée une prestation identique ou équivalente à celle qu'elle attendait de l'exécution du contrat. Il peut s'agir, par exemple, de faire exécuter le contrat en appliquant des mesures de correction ou en accordant un délai supplémentaire pour l'exécution. Les moyens en nature permettent de maintenir la relation contractuelle et représente la meilleure option coopérative lorsque les conditions initiales de l'échange ne peuvent se matérialiser. Ils sont particulièrement pertinents pour les relations à long terme ayant un impact sur les communautés locales, impliquant des investissements de grande valeur dans les terres et les infrastructures. Tout préjudice résultant de l'inexécution non réparé par le moyen en nature (par exemple, un préjudice pour retard dans l'exécution) est couvert par l'octroi de dommages-intérêts à la partie lésée.

4.50. *Suspension de l'exécution des obligations.* Selon la loi applicable, le moyen consistant à suspendre l'exécution peut être utilisé lorsqu'une partie contrevient au contrat avant que la partie lésée n'ait à exécuter conformément au calendrier du contrat. En général la suspension d'exécution représente un moyen d'exercer une pression sur l'autre partie afin qu'elle exécute. L'incidence de la suspension sur l'évolution de la relation contractuelle peut dépendre du type de prestation concernée, en particulier si elle est déterminante pour l'exécution par l'autre partie. L'investisseur peut, par exemple, suspendre les paiements au concédant si l'accès à certaines structures n'est pas accordé. Dans le cas d'actes d'exécution non conformes de la part de l'investisseur, il peut être plus difficile au concédant de suspendre l'exécution parce que celle-ci a généralement déjà eu lieu (à savoir la mise à disposition des terres). Dans certaines situations, toutefois, le concédant peut suspendre d'autres types de prestations, comme la fourniture d'intrants matériels ou des services (par exemple, l'assistance technique, l'accès à l'eau). Le moyen de suspension de l'exécution peut également être utilisé comme simple prélude à une résiliation future (voir les paragraphes 4.94 et suivants), en particulier lorsque les circonstances font apparaître qu'il y aura une inexécution fondamentale.

4.51. *Droit à l'exécution.* Il existe un principe généralement accepté selon lequel le paiement des sommes dues en vertu d'une obligation contractuelle peut toujours être exigé et, si la demande n'est pas satisfaite, exécuté par une action en justice devant un tribunal. En raison du caractère contraignant du contrat, chaque partie devrait, en règle générale, avoir également le droit d'exiger l'exécution d'obligations non monétaires, ce que l'on appelle l'"exécution en nature" (par exemple, l'imposition de mesures immédiates pour mettre les terres à disposition ou construire une route dans un délai déterminé, tel que prévu au contrat). Dans les systèmes juridiques de droit civil, ces moyens sont effectivement possibles. Par exemple, si l'investisseur a promis de construire certaines installations et décide ensuite de ne pas les construire, l'autre partie peut demander une exécution en nature, sauf si elle est excessivement coûteuse ou constitue un moyen inapproprié, auquel cas des dommages et intérêts peuvent être demandés ou une solution de remplacement peut être utilisée. En revanche, les systèmes de *common law* n'autorisent l'exécution d'obligations non monétaires que dans des circonstances particulières et préfèrent accorder des dommages et intérêts à la partie victime de l'inexécution.

4.52. *Limitations du droit à l'exécution en nature.* La loi applicable peut écarter le recours à un moyen en nature lorsqu'il n'est matériellement pas possible (par exemple, lorsque les produits à livrer ont été détruits), lorsqu'il entraîne des efforts déraisonnables (par exemple, lorsque des tonnes de semences spéciales qui auraient dû être séparées des semences ordinaires ont été mélangées), ou lorsqu'il n'est pas applicable en raison de son caractère exclusivement personnel (par exemple, une assistance technique concernant un nouveau procédé agricole qui n'est connu que d'un seul fournisseur), ou encore, parce que la partie lésée n'a pas demandé l'exécution dans un délai raisonnable ¹². La survenance d'un préjudice n'est pas une

¹² *Id.*, art. 7.2.2.

condition exigée pour obtenir l'exécution en nature et il n'est pas nécessaire que le manquement soit fondamental. Toutefois, selon la loi applicable, la possibilité de demander le remplacement des produits peut être limitée au cas où le manquement a été fondamental ¹³.

4.53. *Extension des délais d'exécution.* Il arrive fréquemment que l'une des parties n'exécute pas une obligation dans le délai convenu dans le contrat et l'autre partie est disposée à accorder un délai supplémentaire pour l'exécution, préférant une exécution tardive à aucune exécution (par exemple, un retard dans le paiement des loyers par l'investisseur au concédant). La possibilité d'accepter une exécution tardive dépend généralement du type d'obligation, fondamentale ou non, et des intérêts en jeu. Les parties devraient examiner la façon de traiter l'exécution tardive dans le contrat ¹⁴. L'octroi d'une prolongation du délai d'exécution peut intervenir après une demande d'exécution de façon négociée entre les parties. Il peut également intervenir après une action en justice ou dans le cadre d'un autre mécanisme de règlement des différends (par exemple l'arbitrage). En outre, certains systèmes juridiques prévoient une procédure par laquelle la partie ayant droit à l'exécution peut donner une seconde chance à la partie exécutante, sans préjudice d'autres moyens, tels que le droit à des dommages-intérêts. La procédure prévoit généralement une notification par le créancier pour accorder un délai supplémentaire pour l'exécution, au cours duquel il ne sera pas possible de mettre en œuvre d'autres moyens.

4.54. *Mesures correctives et correction par le débiteur.* Les mesures correctives comprennent la réparation, le remplacement ou toute autre forme de correction de l'exécution défectueuse par le débiteur à ses propres frais, et donnent au créancier ce à quoi il est en droit de s'attendre en vertu du contrat. Les moyens visant à la correction sont fortement recommandés dans la mesure où ils favorisent la préservation du contrat. Ils peuvent être exigées par la partie lésée au titre de son droit à l'exécution ¹⁵. Dans certains systèmes juridiques ¹⁶, à certaines conditions, la partie en défaut a le droit de corriger la situation même après l'expiration du délai d'exécution. Pour ce faire, elle doit donner une notification raisonnable pour c qui est de sa date, de son contenu et la façon dont elle est effectuée. Dans de nombreux cas, cela se traduit par des délais d'exécution supplémentaires, au moins pour une courte période, au-delà de ce qui est stipulé dans le contrat.

4.55. *Limitations du droit à effectuer la correction.* Dans certaines circonstances, toutefois, la correction peut ne pas être autorisée, par exemple lorsqu'il ne serait pas raisonnable de permettre au débiteur de faire une nouvelle tentative d'exécution. Cela ne serait pas nécessairement du seul fait que le défaut d'exécution est équivalent à une inexécution essentielle. Le débiteur ne peut pas se corriger si le créancier peut démontrer un intérêt légitime à refuser la correction. Il peut y avoir par exemple intérêt légitime s'il est probable que le débiteur causera des dommages personnels ou matériels en essayant de se corriger. D'un autre côté, il n'y a pas d'intérêt légitime si, sur la base de l'inexécution, le créancier a simplement décidé qu'il ne souhaite pas poursuivre les relations contractuelles. La plupart des systèmes juridiques ont un principe d'indemnisation intégrale des dommages subis ¹⁷. Un investisseur qui a procédé avec succès à la correction est néanmoins tenu du préjudice occasionné par l'inexécution avant la correction, ainsi que de tout préjudice supplémentaire.

4.56. *Clause contractuelle sur le droit à la correction.* Il est conseillé aux parties de prévoir dans le contrat la possibilité de remédier aux manquements et d'organiser la procédure de sa mise en œuvre. Ceci est particulièrement recommandé lorsque l'inexécution en question est un motif de résiliation. La procédure peut être convenue par voie de consultations entre les parties, ou fixée par la partie lésée, au moyen d'une notification indiquant un délai précis dans lequel la correction doit être achevée.

¹³ Pour les contrats de vente internationale, une règle semblable se trouve à l'art. 46(2), CVIM.

¹⁴ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.1.5 ("Délai d'exécution supplémentaire").

¹⁵ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.2.3 ("Réparation et remplacement").

¹⁶ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.1.4 ("Correction par le débiteur").

¹⁷ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.4.2.

2. Moyens pécuniaires

4.57. *Introduction.* Il existe des moyens qui ne procurent pas à la partie lésée le même type d'avantage escompté, mais une valeur pécuniaire qui remplace cet avantage. C'est, par exemple, la logique qui préside à une demande de dommages-intérêts en tant que moyen unique, ou à une réduction de prix en cas d'exécution défectueuse ou partielle.

(a) Réduction de prix

4.58. *En général.* Dans la pratique contractuelle, une réduction de prix peut être demandée en cas de manquement pour non-conformité ou de livraison partielle. En général, le moyen vise à préserver la relation contractuelle et à rééquilibrer les valeurs des prestations échangées. Il est mis en oeuvre lorsque l'une des deux prestations est défectueuse ou incomplète et que la partie lésée ne souhaite pas ou ne peut pas obtenir une exécution en nature ou mettre fin au contrat. Il n'est généralement pas nécessaire que l'inexécution soit essentielle pour demander une réduction de prix.

4.59. *Application.* Les critères de réduction de prix peuvent être définis contractuellement. Ils incluent souvent une dimension de sanction avec un ajustement progressif du prix en fonction de la gravité de l'inexécution. Toutefois, selon la loi applicable et lorsque celle-ci le permet, le droit du débiteur de corriger l'inexécution défectueuse pourrait faire obstacle à une réduction de prix.

4.60. *Exemples.* Dans les contrats d'investissement en terres agricoles, la réduction de prix peut être appliquée lorsque le bailleur ne remplit pas toutes ses obligations et, par exemple, ne construit pas les installations qu'il s'était engagé à construire. Dans ce cas, le montant des loyers à payer par l'investisseur peut être réduit. La réduction du prix peut également s'appliquer lorsque l'investisseur doit faire face à certaines dépenses qui ont augmenté ses propres coûts (par exemple, le système d'irrigation est cassé et n'est pas réparé par le gouvernement qui en est le propriétaire).

(b) Dommages-intérêts

4.61. *En général.* Les réparations pécuniaires sont exclusivement destinées aux cas de contravention au contrat et ne peuvent s'appliquer aux cas exceptés de responsabilité. Les dommages-intérêts peuvent être demandés à titre exclusif ou en combinaison avec d'autres moyens. Comme moyen exclusif, l'objectif est normalement de placer la partie lésée dans la position qu'elle aurait eue si le contrat avait été exécuté. Les dommages-intérêts. Les dommages-intérêts couvrent généralement les coûts engagés et les pertes de profits.

4.62. *Préjudice.* Contrairement aux cas où l'inexécution du contrat peut suffire à donner droit au créancier à mettre en oeuvre un moyen, le créancier doit prouver qu'il a subi un préjudice pour obtenir des dommages-intérêts. Toutefois, certains systèmes juridiques renversent la charge de la preuve, de sorte qu'il suffit à la partie lésée de prouver l'inexécution, tandis que la partie en défaut devra prouver qu'aucun préjudice n'a été causé ou que le préjudice n'est pas imputable à l'inexécution. Afin d'évaluer si une inexécution a occasionné des dommages, les systèmes juridiques se réfèrent à plusieurs critères, parmi lesquels la réparation intégrale, la certitude et la prévisibilité sont les plus courants.

4.63. *Réparation intégrale.* La réparation intégrale est un principe généralement admis, qui inclut toute perte subie et tout gain dont le créancier a été privé. Un tel préjudice peut être compris au sens large au-delà des effets pécuniaires, et comprendre, notamment, la souffrance physique ou morale ¹⁸.

4.64. *Certitude.* La réparation est due uniquement en cas de préjudice établi avec un degré raisonnable de certitude ¹⁹. Par exemple, la simple possibilité que le contractant puisse être privé de gains en raison d'un retard de livraison par le producteur pourrait ne pas remplir le critère de certitude, à moins qu'il existe des négociations concrètes, voire un contrat d'achat de la production contraignant avec un tiers. Dans de

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.4.3.

nombreux systèmes juridiques, la perte d'une chance est couverte, mais seulement en proportion de la probabilité qu'elle survienne.

4.65. *Prévisibilité.* Le débiteur n'est normalement responsable que du préjudice qui était prévisible ou qui aurait pu être raisonnablement prévu au moment de la conclusion du contrat²⁰. Les parties peuvent définir de façon détaillée ce qui constitue des pertes prévisibles. Le concédant devrait réaliser que les dispositions contractuelles pourraient permettre à l'investisseur d'être indemnisé des dommages non prévisibles causés par l'inexécution du concédant.

4.66. *Montant des dommages-intérêts.* Si des dommages-intérêts sont dus, ils devraient couvrir l'entier préjudice, y compris le dommage effectif et le manque à gagner²¹. En règle générale, l'indemnisation correspond à la perte de valeur de l'exécution attendue (déduction faite cependant de l'économie résultant de l'absence de contre-prestation). Cette perte ne peut toutefois pas être indemnisée si elle a donné lieu à une réduction du prix pour le même montant. Lorsque la partie lésée opte pour une opération de remplacement, selon la loi applicable, l'indemnisation équivaut normalement à la différence entre le prix fixé dans le contrat et le prix de remplacement (le prix obtenu dans l'opération de remplacement).

4.67. *Mode de calcul.* Dans certains systèmes juridiques, l'indemnisation à laquelle peut prétendre la partie lésée est calculée de façon à rétablir celle-ci dans la position qui était la sienne avant la conclusion du contrat. Cette méthode prend en compte les dépenses engagées en vue ou dans le cadre de l'exécution, auxquelles elle retranche les pertes que la partie lésée aurait encourues si le contrat avait été exécuté et dont la partie défaillante peut apporter la preuve avec une certitude raisonnable.

4.68. *Clause contractuelle sur le type de dommages-intérêts.* Les parties à un contrat peuvent normalement, en vertu de la loi applicable, déterminer le type de dommages-intérêts qu'il est possible d'obtenir ainsi que leur montant, par le biais des stipulations contractuelles. Les parties peuvent limiter le montant des dommages-intérêts qu'il est possible d'obtenir et modifier le principe de réparation intégrale, par exemple en excluant ou en limitant les dommages-intérêts pour préjudice indirect.

4.69. *Clause contractuelle sur le montant des dommages-intérêts.* Les parties peuvent également fixer à l'avance le montant des dommages-intérêts à verser en cas de manquement. Ces clauses peuvent contribuer à réduire les frais de contentieux liés à la nécessité d'apporter la preuve du préjudice et de déterminer le montant de la réparation. En même temps, en particulier lorsque les clauses prennent en compte des valeurs et des frais que les tribunaux ne seront pas en mesure d'évaluer (par exemple, des préjudices immatériels, le coût des investissements effectués en se fondant sur une exécution correcte du contrat, etc.), ces clauses tendent à inciter à l'exécution.

4.70. *Clauses pénales.* Les clauses pénales prévoient le paiement d'une somme d'argent prédéterminée en cas d'inexécution, quel que soit le préjudice effectivement subi. Selon la clause, elle peut avoir pour effet soit d'augmenter, soit de limiter - ce qui est très rare dans la pratique - l'indemnisation due au créancier. Si les clauses visant à faciliter l'allocation de dommages-intérêts sont une pratique courante et généralement admise dans le droit interne, certains systèmes juridiques interdisent celles qui visent expressément à dissuader l'inexécution à titre de sanction. D'autres systèmes juridiques autorisent de telles clauses, mais autorisent le tribunal à réduire le montant dû lorsqu'il est manifestement excessif dans les circonstances.²²

4.71. *Interaction entre les clauses de dommages-intérêts et les clauses pénales.* La liberté de fixer des pénalités pécuniaires en raison de l'inexécution peut, dans certains systèmes juridiques, faire l'objet d'interdiction, de limitation ou être susceptible de révision. La liberté contractuelle peut se trouver limitée selon l'étendue des exclusions de responsabilité, selon que le manquement est essentiel ou non et que le comportement de la partie défaillante est intentionnel ou téméraire.

²⁰ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.4.4.

²¹ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.4.2(1).

²² Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.4.13 ("Indemnité établie au contrat").

(c) *Intérêts et indemnités de retard*

4.72. *En général.* Dans certains systèmes juridiques, les obligations pécuniaires, telles que le paiement des loyers fonciers ou les prix des produits ou les dommages-intérêts, sont associées à l'obligation de payer des intérêts. Les intérêts sont souvent (mais pas toujours) prévus par le droit des contrats au niveau national et international en cas de retard de paiement d'obligations de sommes d'argent, notamment du prix.²³ Par conséquent, des intérêts sont dus dès lors qu'une partie exerce son droit à demander à faire un paiement différé. Si l'autre partie choisit de mettre fin au contrat, les intérêts dus peuvent être déterminés en tenant compte du délai de retard de paiement et du temps nécessaire pour effectuer une opération de remplacement. Le paiement d'intérêts n'exige généralement pas d'apporter la preuve effective du préjudice subi par la partie lésée. Cependant, il ne limite en rien le droit de la partie lésée à demander une réparation pour le préjudice supplémentaire qu'elle aurait subi. Dans ce dernier cas, le demandeur devra fournir des preuves spécifiques et le préjudice devra satisfaire aux critères habituels de prévisibilité et de certitude²⁴.

3. Renégociation et adaptation du contrat

4.73. *Introduction.* Les contrats à long terme sont soumis à diverses situations que les parties peuvent ne pas être en mesure d'envisager au moment de la conclusion du contrat. La certitude des obligations contractuelles est un principe important pour répondre aux attentes des parties et soutenir la stabilité du contrat, et certaines circonstances peuvent être convenues par les parties ou prévues par la loi applicable, ce qui peut conduire à une renégociation ou à une adaptation du contrat.

4.74. *Mécanismes d'atténuation des risques.* Pour tenir compte de l'évolution des circonstances sans devoir renégocier l'ensemble du contrat, les parties devraient adopter des mécanismes d'atténuation des risques en insérant une clause d'adaptation ou de révision périodique dans leur contrat. Ainsi, une clause de révision des prix peut être utilisée pour limiter les risques (par exemple, les fluctuations monétaires ou l'inflation). Ces clauses prévoient souvent un ajustement automatique du prix selon une procédure préétablie déclenchée par une dépréciation ou une appréciation de la devise dans laquelle le prix est libellé au-dessus d'un seuil convenu, habituellement exprimé comme un pourcentage du prix unitaire. D'autres mécanismes d'ajustement des prix peuvent être utilisés pour limiter les risques liés aux fluctuations du marché.

4.75. *Renégociations et révision périodique.* Les renégociations et les révisions périodiques par les parties sont possibles pendant l'exécution du contrat à condition que chacune d'elles y consente à ce moment ou que cela soit prévu dans le contrat. Les parties peuvent convenir dans le contrat que la renégociation aura lieu, ou pourra être envisagée à la survenance de certains événements, et selon une procédure préétablie. Les parties peuvent également inclure une disposition sur l'examen périodique, qui peut être prévu à intervalles périodiques ou lors de la survenance de certains événements (voir le Chapitre 3.V.B.5 sur l'examen périodique).

4. Résiliation

4.76. *Portée.* La fin du contrat peut résulter de différentes situations, allant de l'expiration du contrat à la date prévue ou plus tôt par accord mutuel des parties, ou la résiliation par l'une des parties dans l'exercice d'un droit prévu par le contrat ou par la loi. La fin du contrat à son expiration et d'un commun accord est abordée au Chapitre 5. La présente section envisage la fin du contrat par résiliation comme moyen en cas d'inexécution, qu'elle résulte d'un cas exempté de responsabilité ou d'une contravention au contrat.

4.77. *En général.* La résiliation est un moyen drastique en cas de rupture de contrat. En effet, elle peut avoir des effets bien au-delà de la relation contractuelle spécifique et mettre fin à des accords connexes qui ont été conclus avec d'autres parties, en particulier avec des détenteurs de droits fonciers légitimes ou les communautés locales. Dans les relations à long terme, en particulier lorsque plusieurs parties adhèrent au contrat ou lorsqu'il existe des contrats connexes, il est recommandé aux parties de convenir à l'avance que

²³ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.4.9.

²⁴ Pour les contrats commerciaux internationaux, une règle semblable est énoncée aux art. 7.4.3 et 7.4.4 des Principes d'UNIDROIT.

la résiliation ne peut intervenir avant un certain laps de temps, au cours duquel les parties auront recours à des moyens coopératifs, notamment la possibilité donnée à la partie défaillante de corriger l'inexécution.

4.78. *Motifs.* La résiliation est un moyen radical qui ne devrait s'appliquer qu'en cas d'inexécution essentielle (également appelée "substantielle", ou "fondamentale" ou autre terminologie destinée à refléter la gravité de l'inexécution). Certains systèmes juridiques limitent le recours à la résiliation du contrat aux cas dans lesquels l'inexécution prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat (dans les limites de la prévisibilité); est intentionnelle ou téméraire; ou est telle que le créancier n'a aucune raison de croire que l'exécution aura lieu ²⁵.

4.79. *Résiliation et clauses pénales.* Selon les circonstances de l'inexécution, les clauses pénales peuvent être plus appropriées et, si elles établissent une peine importante, elles ont un effet dissuasif réel (voir le paragraphe 4.70 ci-dessus). En outre, des dommages-intérêts peuvent toujours être réclamés par la partie se prévalant de l'inexécution. Il existe une myriade de motifs de résiliation dans les contrats d'investissement en terres agricoles (par exemple, des conflits avec la communauté locale au sujet des droits sur la zone d'investissement; un meilleur intérêt public; le non-respect des conditions de récolte prescrites; le non-respect des obligations du contrat dans le délai prescrit; le défaut de commencer l'exploitation de la terre dans les temps convenus, etc.).

4.80. *Procédure.* La procédure à respecter pour mettre fin à un contrat dépend de la loi applicable: la partie initiant la résiliation pourrait devoir saisir un tribunal, ou pourrait se contenter d'adresser un avis écrit à l'autre partie. Le droit applicable peut autoriser les parties à suivre une procédure extrajudiciaire si une clause résolutoire (permettant de mettre fin au contrat moyennant notification) est incluse dans le contrat ou si un avis est adressé formellement à la partie défaillante indiquant un délai pour que cette partie s'acquitte de son obligation. De plus, les systèmes juridiques ne prévoient pas toujours les mêmes délais pour notifier la résolution à la partie défaillante. Au niveau international, la partie lésée doit faire parvenir à l'autre partie une notification dans un délai raisonnable à partir du moment où elle a eu connaissance du manquement ²⁶. L'utilisation d'une notification est importante lorsqu'elle est associée à une période de grâce. Pendant cette période, le contractant peut exécuter son obligation, ce qui empêche de mettre fin au contrat. Ce moyen de dernier ressort peut jouer une fonction importante dans les contrats de longue durée ou dans les contrats ayant demandé à l'une des parties des investissements importants.

4.81. *Résiliation totale ou partielle.* La résiliation peut être totale ou partielle. Lorsque le contrat consiste en une série d'obligations (par exemple, des livraisons successives) et qu'une partie ne s'acquitte pas de l'une de ces obligations, selon la loi applicable, la partie lésée peut ne pas être fondée à mettre fin à l'ensemble du contrat. Dans le cadre des contrats à livraisons successives, par exemple, si l'une des livraisons due est totalement non conforme, alors que toutes les autres sont conformes aux spécifications du contrat, la résiliation peut concerner uniquement la livraison non conforme. Selon que la résiliation est totale ou partielle, toutes les obligations ou seulement certaines seront affectées par la résiliation. Seules les exécutions concernées par la résiliation doivent être restituées. En effet, comme la résiliation totale libère les parties de toutes leurs obligations, toutes celles qui ont éventuellement déjà été exécutées doivent être restituées. En cas de résolution partielle, les obligations non modifiées par la résiliation (par exemple, des livraisons de bananes déjà effectuées) sont maintenues sans qu'il soit nécessaire de les restituer ²⁷.

4.82. *Effets.* Lorsqu'il est mis fin au contrat, les parties se trouvent généralement libérées de leurs obligations nées du contrat mais non pas de leurs obligations post-contractuelles, qui peuvent persister même après la résiliation. Par exemple, les parties conviennent souvent qu'après la date de résiliation du contrat d'investissement en terres agricoles, l'investisseur devra retirer les biens situés sur les terres dans un délai limité. Les parties peuvent également signer des accords connexes (voir les Chapitres 2.III.B.2 et

²⁵ Pour les contrats du commerce international, les Principes d'UNIDROIT réservent le recours à la résolution aux cas d'inexécution essentielle (voir art. 7.3.1 des Principes). Pour les contrats de vente internationale, la CVIM adopte la même approche (voir l'article 25 de la CVIM).

²⁶ Pour les contrats du commerce international, une règle semblable est établie à l'art. 7.3.2(2) des Principes et, pour les contrats de vente internationale à l'art. 64(2), CVIM.

²⁷ Voir Les Principes d'UNIDROIT, art. 3.2.13.

3.II.E) avec des détenteurs de droits fonciers légitimes ou des communautés locales. Ces obligations de développement (par exemple, de construire ou d'entretenir des infrastructures) peuvent subsister après la fin du contrat.

4.83. *Obligations de transformation.* Certains contrats d'investissement ou accords connexes comportent des obligations de transformation agro-industrielle. C'est notamment le cas pour la production de denrées périssables qui doivent être transformées rapidement ou pour les entreprises qui visent le marché intérieur (voir le Chapitre 3.II.C). Dans ces situations, il est important que les parties indiquent clairement les conséquences de chaque type d'inexécution sur l'ensemble du contrat d'investissement, et elles peuvent rédiger des clauses contractuelles à cet effet. Il en va de même si un contrat oblige l'investisseur à vendre un pourcentage de la production localement et que l'investisseur manque à cette obligation. Dans ce cas, la résiliation du contrat ne serait pas appropriée, et une clause pénale serait préférable à condition qu'elle soit valable en vertu de la loi applicable.

4.84. *Résiliation et dommages-intérêts.* Lorsqu'elle est fondée sur une contravention du contrat, la résiliation n'exclut normalement pas la possibilité de réclamer des dommages-intérêts. Elle n'affecte aucune disposition du contrat relative au règlement des différends ou régissant les droits et obligations des parties faisant suite à la résiliation ou l'inexécution (par exemple, l'obligation de payer une pénalité pour rupture du contrat ou l'obligation d'atténuer les dommages causés par l'inexécution) ²⁸.

C. Cas d'inexécution et moyens correspondants

4.85. *Introduction.* La présente section donne un aperçu des inexécutions les plus courantes qui peuvent survenir en relation avec les différents types d'obligations identifiées dans le Guide (voir le Chapitre III) et les moyens correspondants possibles (voir le Chapitre 4.III.B) en vertu du contrat d'investissement principal (investisseur/concédant) ou dérivant de celui-ci, étant entendu que les moyens applicables peuvent être prévus par les parties au contrat sous réserve des dispositions impérative des règles applicables. A défaut de disposition des parties dans le contrat, les règles impératives et les supplétives des règles applicables détermineront les moyens disponibles. Les parties peuvent concevoir et mettre en œuvre des moyens directement exécutoires ou peuvent devoir intenter une action en justice pour faire l'exécution des moyens contractuel ou légaux. Même en l'absence de lien contractuel avec l'investisseur, les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales (DDL & com. loc.) peuvent faire valoir leurs droits en tant que tiers bénéficiaires (voir le Chapitre 2.III.B), ou avoir recours à des mécanismes de réclamations (voir le Chapitre 6.I).

4.86. Le tableau ci-dessous ne traite pas 1) des cas de non-exécution constituant un cas de force majeure ou d'autres motifs d'exonération de responsabilité; des moyens pour inexécution d'obligations réglementaires (en vertu par exemple, du droit fiscal, du droit du travail, des droits de l'homme, des dispositions de protection de l'environnement, etc.), du droit coutumier (par exemple, en matière de droits autochtones ou de protection de l'environnement) ou d'accords internationaux sur les investissements; 3) des moyens ayant un autre fondement que le contrat (par exemple, en matière délictuelle ou en vertu du droit des biens).

1. Moyens du concédant et des détenteurs de droits fonciers légitimes et communautés locales pour l'inexécution par l'investisseur de ses obligations

Inexécution par l'investisseur de ses obligations en vertu du contrat investisseur – concédant (I/C)	Moyens du concédant en vertu du contrat investisseur – concédant (I/C)	Moyens des DDL & com. loc. <ul style="list-style-type: none"> - comme parties au contrat I/C * - ou en vertu d'un contrat connexe ou lié avec l'investisseur ** - ou comme tiers bénéficiaire ***

²⁸ Pour les contrats du commerce international, une règle semblable est établie à l'art. 7.3.5 des Principes et, pour les contrats de vente internationale à l'art. 81(1), CVIM.

DROITS FONCIERS ET DROITS CONNEXES		
<p>Contraventions concernant les droits fonciers et droits connexes (3.15-21)</p> <ul style="list-style-type: none"> - utilisation non autorisée, excessive ou inappropriée des ressources (par ex. bois, ressources du sous-sol, eau ...) (3.17) - utilisation non autorisée de la terre (par ex. concernant les cultures) (3.16, 41) - Violation des droits d'accès à la terre, aux ressources ou aux infrastructures des DDL & com. loc. (3.21, 30) 	<p><i>Selon la gravité de l'inexécution, notamment au regard des incidences possibles sur les DDL & com. loc. et sur l'environnement</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé - Suspension de la fourniture correspondante d'intrants et de services - Adaptation du contrat: par ex. augmentation des montants pécuniaires ou des obligations concernant les infrastructures sociales, réallocation des droits connexes (par ex. l'eau) - Droit à des dommages-intérêts - Renégociation du contrat - Résiliation 	<ul style="list-style-type: none"> - Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé * - Adaptation du contrat: par ex. augmentation des montants pécuniaires ou des obligations concernant les infrastructures sociales, réallocation des droits connexes - Droit à des dommages-intérêts * - Résiliation * - Moyens en vertu des accords entre investisseur et communauté ** - Moyens dérivant de l'exercice des moyens par le concédant ** 29 - Demandes en vertu de mécanismes de réclamations ***
<p>Développement du projet</p> <ul style="list-style-type: none"> - Inexécution concernant la fourniture de biens et de services <p>Par ex. inexécution concernant les objectifs quantitatifs de production, d'étendre la zone cultivée ou de construire et exploiter une installation de transformation (3.42, 85-86)</p>	<p><i>Selon la nature de l'inexécution (tardive, défectueuse ou inexécution totale) et le type de l'obligation, et de sa gravité (essentielle ou non)</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Octroi d'un délai supplémentaire pour l'exécution - Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé - Suspension de la fourniture correspondante d'intrants et de services - Action en justice pour obtenir l'exécution en nature [selon le système juridique] - Droit à des dommages-intérêts - Renégociation / adaptation du contrat - Résiliation 	
QUESTIONS SOCIALES ET ECONOMIQUES		
<ul style="list-style-type: none"> - Inexécutions concernant les obligations pécuniaires (paiement des loyers, des impôts et redevances pour les services etc. (3.57-58, 60-61, 66) 	<p><i>Selon la nature de l'inexécution (tardive, paiement partiel ou défaut total de paiement)</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Octroi d'un délai supplémentaire pour l'exécution - Suspension de la fourniture correspondante d'intrants et de services - Action en justice pour obtenir paiement - Droit à des dommages-intérêts - Résiliation 	

²⁹ Par exemple, la résiliation du contrat investisseur/gouvernement-concédant entraînera en principe la résiliation des contrats connexes ou liés entre l'investisseur et les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales.

<p>Création d'emplois, accès à l'emploi et droits sociaux</p> <ul style="list-style-type: none"> - inexécution concernant les objectifs de création d'emplois (3.74, 76) - inexécution des services prévus pour les employés (par ex. services de soins, logement ou éducation) (3.81) - Défaut de respecter les objectifs de liens avec l'économie locale en termes de produits et de transformation (3.89-92) 	<ul style="list-style-type: none"> - Adaptation du contrat: par ex. augmentation des montants pécuniaires ou des obligations concernant les infrastructures sociales - Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé - Renégociation / adaptation du contrat - Résiliation 	<ul style="list-style-type: none"> - Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé - Droit à des dommages-intérêts * - Renégociation / adaptation de l'accord * - Moyens en vertu des accords entre investisseur et communauté ** - Moyens dérivant de l'exercice des moyens par le concédant ³ - Demandes en vertu de mécanismes de réclamations ***
<p>Programmes d'agriculture contractuelle, et relations de chaînes d'approvisionnement</p> <ul style="list-style-type: none"> - Défaut de mettre en place un programme d'agriculture contractuelle conformément à certains critères et délais (3.100) 	<ul style="list-style-type: none"> - Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé - Résiliation 	<ul style="list-style-type: none"> - Demandes en vertu de mécanismes de réclamations ***
<ul style="list-style-type: none"> - Inexécution des obligations concernant les programmes d'agriculture contractuelle (par ex. concernant la quantité, qualité et prix du produit à acheter, les intrants et le soutien technique à fournir aux agriculteurs et leurs prix, conditions de financement etc.) (3.102) 	<ul style="list-style-type: none"> - Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé - Résiliation 	<ul style="list-style-type: none"> - Moyens en vertu des accords de production avec l'investisseur ** - Moyens dérivant de l'exercice des moyens par le concédant ³
<p>Fonds de développement communautaire et infrastructures sociales</p> <ul style="list-style-type: none"> - Défaut de fournir les apports monétaires ou les contributions en nature pour les infrastructures sociales et les projets communautaires (par ex. des écoles ou des centres de soin) (3.105-108) 	<ul style="list-style-type: none"> - Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé - Adaptation du contrat: par ex. augmentation des montants pécuniaires - Résiliation 	<ul style="list-style-type: none"> - Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé * - Moyens en vertu des accords entre investisseur et communauté ** - Moyens dérivant de l'exercice des moyens par le concédant ³ - Demandes en vertu de mécanismes de réclamations ***
<p>ENVIRONNEMENT</p>		
<ul style="list-style-type: none"> - utilisation non autorisée, excessive ou inappropriée des ressources: eau (3.17, 117) - Inexécution des obligations concernant la protection environnementale – par ex. concernant les cultures et techniques de production (3.17, 	<p><i>Selon la gravité de l'inexécution</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé - Adaptation du contrat: par ex. augmentation des montants pécuniaires ou des obligations concernant les infrastructures sociales, réallocation des droits à l'eau 	<ul style="list-style-type: none"> - Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé - Droit à des dommages-intérêts *

<p>119), les rejets de polluants (3.17, 121) (3.17, 124)</p> <p>- Atteinte aux droits des DDL et com. loc. concernant la durabilité environnementale, les savoirs traditionnels et le patrimoine culturel (3.17, 119)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Droit à des dommages-intérêts - Renégociation du contrat - Résiliation 	<ul style="list-style-type: none"> - Renégociation / adaptation de l'accord * - Moyens en vertu des accords entre investisseur et communauté ** - Moyens dérivant de l'exercice des moyens par le concédant ³ - Demandes en vertu de mécanismes de réclamations ***
SECURITE PHYSIQUE		
<ul style="list-style-type: none"> - Inexécution des activités de sécurité convenues (par ex. violation des droits humains et appropriation abusive) 	<ul style="list-style-type: none"> - Atténuation des risques - Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé - Droit à des dommages-intérêts - Renégociation du contrat - Résiliation 	<ul style="list-style-type: none"> - Demandes en vertu de mécanismes de réclamations ***
SUIVI ET MISE EN OEUVRE		
<ul style="list-style-type: none"> - Défaut de remettre les rapports environnementaux, financiers et non-financiers aux parties (3.122, 157-160) - Défaut de mettre à la disposition du public et des DDL et com. loc. les rapports convenus, financiers et non-financiers (3.161,164) 	<p><i>Selon la nature de l'inexécution: rapports tardifs, incomplets, inexacts, absence totale de rapport</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Octroi d'un délai supplémentaire pour l'exécution - Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé - Suspension de la fourniture correspondante d'intrants et de services - Action en justice pour obtenir une exécution en nature [selon le système juridique] - Droit à des dommages-intérêts - Résiliation 	

2. Moyens de l'investisseur pour l'inexécution par le concédant de ses obligations

Inexécution par le concédant de ses obligations en vertu du contrat investisseur – concédant (I/C)	Moyens de l'investisseur en vertu du contrat investisseur – concédant (I/C)
DROITS FONCIERS ET DROITS CONNEXES	
<ul style="list-style-type: none"> - Violation de la clause d'option ou de la clause de préférence concernant l'octroi de terres supplémentaires (3.10-12) 	<p><i>Selon que l'inexécution est essentielle ou non</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Droit à des dommages-intérêts - Renégociation / adaptation du contrat - Résiliation

<p>Violations concernant les droits fonciers et droits connexes (3.15-21)</p> <ul style="list-style-type: none"> - concernant l'accès et l'utilisation des terres et des ressources convenues - concernant la fourniture des installations convenues (3.22, 4.60) - concernant la fourniture des services convenus (3.24-21) <p>Inexécution concernant les infrastructures</p> <ul style="list-style-type: none"> - Concernant la fourniture des infrastructures convenues et leur entretien (3.26-21) – par ex. services publics de voies d'accès et services d'eau, d'électricité, des systèmes d'évacuation des eaux usées ou des infrastructures destinées spécifiquement à l'investissement 	<p><i>Selon la nature de l'inexécution (tardive, défectueuse ou inexécution totale) et le type de l'obligation, et de sa gravité (essentielle ou non)</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Octroi d'un délai supplémentaire pour l'exécution - Suspension du paiement des loyers - Suspension de la fourniture correspondante d'intrants et de services - Actions de correction (par ex. réparation du système d'irrigation) - Réduction des loyers ou autres obligations financières - Droit à des dommages-intérêts - Renégociation / adaptation du contrat - Résiliation
<p>Inexécutions concernant la délivrance d'autorisations</p> <ul style="list-style-type: none"> - Défaut / retard de délivrer les autorisations, licences et permis nécessaires (3.33, 35 et seq, 171) 	<ul style="list-style-type: none"> - Octroi d'un délai supplémentaire pour l'exécution - Suspension du paiement des loyers - Suspension de la fourniture correspondante d'intrants et de services - Droit à des dommages-intérêts - Renégociation / adaptation du contrat - Résiliation
PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT	
<ul style="list-style-type: none"> - Défaut de fournir la sécurité suffisante pour protéger l'investissement (3.136 et seq.) 	<ul style="list-style-type: none"> - Droit à des dommages-intérêts - Résiliation
<ul style="list-style-type: none"> - Violation de la clause de stabilisation (3.139-143) 	<ul style="list-style-type: none"> - Renégociation / adaptation du contrat - Droit à des dommages-intérêts - Résiliation
SUIVI ET MISE EN OEUVRE	
<ul style="list-style-type: none"> - Violation de l'obligation de confidentialité (3.169) 	<ul style="list-style-type: none"> - Droit à des dommages-intérêts - Résiliation

CHAPITRE 5 – TRANSFERT ET RESTITUTION

5.1. *Vue d'ensemble.* Ce Chapitre traite des questions relatives au transfert du projet d'investissement ou des droits et obligations découlant des contrats d'investissement en terres agricoles d'un investisseur à un autre et à la restitution des terres à la fin du contrat. Il est important de prévoir ces questions afin d'assurer que tout transfert s'effectue conformément aux critères de responsabilité et durabilité du projet, que les terres restent productives et que tous les droits fonciers reviennent à ceux qui les ont accordés ou y ont renoncé en faveur de l'investissement. Ce Chapitre traite I) le transfert, et II) la restitution.

I. TRANSFERT

5.2. *En général.* Les droits et obligations découlant des contrats d'investissement en terres agricoles, notamment les projets d'investissement eux-mêmes, peuvent être transférés d'un investisseur (l'investisseur initial) à un autre investisseur (le nouvel investisseur). Le terme "transfert", ou des termes équivalents qui peuvent être utilisés dans la pratique contractuelle (tels que "cession" ou "acquisition"), est une modalité par laquelle l'investisseur se libère de tout ou partie de ses droits et obligations, notamment les droits d'accès ou d'utilisation des terres, mais aussi par exemple les droits concernant le transport et l'exportation des produits agricoles (voir le Chapitre 3.I) ainsi que l'obligation de recruter les populations locales et de fournir aux communautés locales des avantages sociaux et économiques (voir le Chapitre 3.II). Le terme "transfert" doit être entendu dans un sens large afin de couvrir toutes les possibilités de transfert de tout type de droits et obligations après la conclusion du contrat. Le transfert peut également se référer à la cession de l'ensemble du contrat, à la cession d'obligations ou de droits spécifiques, à la sous-location, ainsi qu'au changement d'investisseur.

5.3. *Justification.* Bien que le droit de transfert ne soit pas au cœur des activités agricoles, il est nécessaire pour diverses raisons (par exemple, pour pouvoir obtenir un financement) et dans différentes situations (par exemple, l'inexécution des obligations contractuelles par une des parties contractantes, l'insolvabilité de l'investisseur, la non-rentabilité du terrain, etc.). La nécessité d'un transfert pourrait se faire sentir, par exemple, si un investissement ne génère pas les avantages économiques escomptés et entraîne des incidences négatives importantes ou si l'investisseur n'a plus la capacité (par exemple l'expertise technique) d'assurer le succès du projet. Par conséquent, un transfert peut réduire le risque de résiliation désordonnée du contrat et augmenter les chances de poursuivre les activités économiques. Il peut également rendre l'opération plus rentable lorsque certaines obligations sont transférées à un nouvel investisseur spécialisé (par exemple, pour la construction d'infrastructures hydrauliques ou ayant l'expertise en matière de surveillance). Enfin, le transfert peut permettre des investissements supplémentaires pour le développement foncier (avec un investisseur disposant des capitaux ou moyens nécessaires pour revitaliser ou améliorer le projet).

5.4. *Transfert de droits, transfert d'obligations et transfert du contrat.* Trois types de transfert sont à distinguer¹. Premièrement, la cession de droits couvre les cas dans lesquels une partie transfère à une autre personne ses droits au paiement d'une somme d'argent ou à recevoir une autre prestation. Le concédant, par exemple, a généralement le droit de recevoir des paiements pour l'octroi des droits fonciers et des droits connexes. Ce droit au paiement peut être librement cédé à un tiers (par exemple, un organisme gouvernemental, une collectivité locale), sauf si la cession rendrait l'obligation beaucoup plus lourde pour l'investisseur et si le contrat en dispose autrement². Deuxièmement, les contrats d'investissement en terres agricoles peuvent obliger une partie à payer une somme d'argent déterminée ou à fournir un service. Cette partie - généralement l'investisseur initial - peut souhaiter transférer cette obligation à une autre partie

¹ Voir les Principes d'UNIDROIT, arts. 9.1.1, *et seq.*

² Voir les Principes d'UNIDROIT, arts. 9.1.3 et 9.1.7.

(c'est-à-dire le nouvel investisseur). Dans la plupart des pays, ce transfert ne peut être effectué librement: soit l'investisseur initial conclut un accord avec le nouvel investisseur avec le consentement du concédant et, le cas échéant, les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, soit le concédant conclut directement un accord avec le nouvel investisseur. Troisièmement, la cession du contrat signifie que tous les droits et obligations d'une partie, dans la plupart des cas l'investisseur initial, sont transférés à un nouvel investisseur. Dans de nombreux pays, la cession du contrat nécessite également le consentement du concédant et, le cas échéant, des détenteurs de droits fonciers légitimes et des communautés locales³. Par conséquent, sauf précision contraire, la présente section traitera du transfert du contrat.

5.5. *Cadre juridique.* Les terres étant des biens sensibles pour les concédants, le droit interne prévoit souvent des restrictions à l'acquisition de terres (voir le Chapitre 1). Ces restrictions varient d'un État à l'autre et découlent généralement de diverses sources de droit qui se superposent à l'intérieur du système juridique de l'État (le droit constitutionnel, les lois nationales, le droit coutumier et le droit international, par exemple). Elles tiennent souvent à la nationalité de l'investisseur, à l'étendue des terres agricoles et à leur zonage. Ces restrictions peuvent exister avant la conclusion du contrat ou être rendues applicables ultérieurement lorsqu'un investisseur manifeste l'intention de transférer ses obligations à un nouvel investisseur. Dans certains États, aucune réglementation n'est applicable, de sorte que le contrat pourrait être un moyen pour les parties de combler cette lacune.

5.6. *Règles applicables.* De très nombreuses règles peuvent influencer sur le transfert des droits et des obligations liés aux investissements en terres agricoles, et les investisseurs doivent savoir que certains pays ont des réglementations spéciales concernant les terres agricoles. Dans la plupart des pays, le transfert des droits et obligations découlant de ces contrats est régi par le droit des contrats, mais aussi, entre autres, par le droit foncier, le droit rural, le droit des ressources naturelles et le droit de l'environnement. Par conséquent, l'investisseur peut être tenu à se conformer à différentes règles pour pouvoir effectuer le transfert. Lorsqu'ils ne font pas l'objet de règles spécifiques en droit interne, les contrats d'investissement en terres agricoles peuvent comporter des dispositions réglementant ces questions. Les règles contenues dans différentes sources de droit peuvent s'appliquer de façon concomitante, par exemple concernant les investissements directs étrangers, la fiscalité, les droits et tarifs de l'eau, etc.

5.7. *Accords connexes.* Une autre question à prendre en considération est l'existence d'accords connexes au contrat principal d'investissement en terres agricoles (voir les Chapitres 2.III.B.2 et 3.II.E). En effet, les parties contractantes peuvent conclure des accords parallèles (par exemple, des accords de développement communautaire) avec d'autres parties, telles que les détenteurs de droits fonciers légitimes ou les communautés locales pour partager les avantages et fournir des emplois aux personnes locales. Ces accords sont généralement liés au contrat d'investissement principal conclu entre le concédant et l'investisseur initial. De cette façon, le nouvel investisseur qui reçoit les droits fonciers de l'investisseur initial pourrait avoir des droits et des obligations en vertu de ces accords connexes. Afin d'assurer l'effectivité des droits après le transfert, il est donc souhaitable que les parties contractantes envisagent cette situation éventuelle et incluent une disposition prévoyant le transfert automatique des droits et obligations en vertu de l'accord connexe au nouvel investisseur. Le nouvel investisseur assumerait donc ces obligations parallèles.

5.8. *Rôle des concédants.* Le rôle et le pouvoir du concédant varient selon les États. Par exemple, la Constitution peut prévoir que la totalité des terres appartient à l'État ou bien autoriser la propriété tant publique que privée⁴. Dans certains systèmes juridiques, les terres appartenant à l'État (par exemple les terres appartenant à la Couronne, les terrains domaniaux, les terres fédérales) sont davantage protégées que les terres de propriété privée. Les gouvernements ont la responsabilité de réglementation en matière d'attribution des terres, et notamment de transferts de terres afin de protéger les droits de ses citoyens. Par conséquent, un concédant public ne peut généralement pas céder l'ensemble du contrat, mais seulement une partie des droits afin de conserver la propriété de la terre. En général, le transfert se fera à l'initiative de l'investisseur ou du concédant à la recherche d'un autre contractant.

³ Voir aussi CNUDCI, 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, p. 122, para. 62.

⁴ Guide technique des Directives volontaires N° 4, p. 33.

A. Légalité du transfert

5.9. *Étendue du droit de l'investisseur à effectuer le transfert.* Dans les contrats d'investissement en terres agricoles, les parties contractantes devraient reconnaître qu'aucun droit foncier, notamment la propriété privée, n'est absolu. Tous les droits fonciers sont limités par les droits de tiers et par les mesures prises par l'État à des fins publiques (voir les Chapitres 2.IV.B.1 et 3.IV.A sur l'expropriation)⁵. Par conséquent, les dispositions légales et les conditions du contrat peuvent limiter le droit de transférer des obligations et, dans certains cas, font obstacle au transfert. Les parties devraient donc veiller à ce que tout transfert soit conforme au cadre juridique et aux dispositions du contrat afin que le transfert soit valable.

5.10. *La base contractuelle.* Pour qu'un transfert d'obligations soit valable, un accord doit être conclu entre l'investisseur initial et le nouvel investisseur avec le consentement du concédant et, le cas échéant, des détenteurs de droits fonciers légitimes et des communautés locales⁶, ou par le concédant et le nouvel investisseur avec le consentement de ces détenteurs et communautés⁷. Souvent, le nouvel investisseur, le concédant et les autres parties contractantes concluront un nouvel accord. Ce nouveau contrat peut se référer au contrat précédent et prévoir expressément que le nouvel investisseur reprend les obligations de l'investisseur initial telles que stipulées dans le contrat précédent. Autrement dit, le nouvel investisseur se substitue à l'investisseur initial. Selon une autre modalité, le nouvel investisseur et le concédant peuvent décider de conclure un nouvel accord prévoyant de nouveaux droits et obligations. La formule retenue devrait être le résultat de la négociation entre les parties contractantes en consultation avec les parties prenantes (voir Chapitre 2.V.B). En outre, la conclusion d'un nouvel accord assure un transfert effectif des obligations. En effet, le nouveau contrat certifie que l'investisseur initial est retiré du contrat, que le nouvel investisseur est le titulaire des droits fonciers et des droits connexes sur les terres et, le cas échéant, que les droits des détenteurs légitimes de droits de propriété et des communautés locales sont protégés. De la sorte, le nouveau contrat fait foi des droits et obligations du nouvel investisseur et libère l'investisseur initial de ses obligations.

5.11. *Préavis et acceptation.* Le droit interne ou les contrats peuvent prévoir l'obligation pour l'investisseur initial de donner notification au concédant avant de transférer toute obligation (voir le Chapitre 3.V.B.5 sur la notification)⁸. En conséquence, le concédant devrait généralement donner son consentement au transfert des obligations. Si la loi ne le prévoit pas, les parties contractantes devraient inclure une clause à cet effet. Par exemple, une clause peut prévoir que toute notification de transfert d'obligations doit être envoyée par l'investisseur initial six mois avant la réalisation et, si le concédant ne répond pas, la réponse est réputée négative et les obligations ne sont pas transférées. Les États dotés d'autorités administratives décentralisées peuvent également exiger l'approbation préalable du transfert par une administration centrale lorsque le transfert a été décidé par une autorité locale. Un simple transfert de certains droits n'impliquerait toutefois pas nécessairement un tel mécanisme. Par exemple, le droit du concédant de recevoir le paiement pour l'utilisation des terres peut être transféré à un autre organisme gouvernemental ou à une communauté locale sans le consentement préalable de l'investisseur. En revanche, si l'investisseur souhaite transférer ses droits fonciers, la substance même du contrat peut s'en trouver modifiée parce qu'il s'agit d'un contrat essentiellement personnel; par conséquent, un tel transfert peut avoir le même effet que le transfert du contrat dans son intégralité et le concédant doit donner son consentement préalable. Il est également recommandé que les parties incluent dans le contrat une clause d'incessibilité qui limite ou interdit le transfert des droits fonciers⁹.

5.12. *Détenteurs de droits fonciers légitimes et transfert.* Le transfert d'obligations devrait impliquer la consultation des communautés locales¹⁰. Les investisseurs et les concédants doivent connaître l'étendue

⁵ Directives volontaires, para. 4.3.

⁶ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 9.1.7.

⁷ *Id.*, art. 9.2.1.

⁸ *Id.*, art. 9.2.3.

⁹ *Id.*, art. 9.2.9.

¹⁰ Directives volontaires, paras. 9.9 and 12.7.

des obligations qui leur incombent en vertu du droit interne et du droit international, et du fait que le contenu des droits fonciers peut varier d'un pays à l'autre. Dans certains systèmes, par exemple, les détenteurs de droits fonciers coutumiers peuvent être reconnus comme titulaires de droits fonciers légaux¹¹ ou inscrits au registre foncier. Dans d'autres systèmes, en revanche, les droits coutumiers peuvent ne pas être légalement reconnus et les détenteurs de droits fonciers légitimes ne bénéficieront pas de protection légale (voir le Chapitre 1). De plus, il peut y avoir une superposition de droits différents sur les mêmes terres (des faisceaux de droits).

5.13. *Détenteurs de droits fonciers légitimes et consentement.* La reconnaissance juridique des droits des communautés locales concernées devrait impliquer leur consultation en cas de transfert des obligations à un nouvel investisseur. Leur consentement est requis parce qu'ils sont détenteurs de droits sur la terre. Lorsque les droits coutumiers ne sont pas légalement reconnus, les parties devraient se conformer à leurs obligations internationales. Par exemple, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et la Convention de l'Organisation internationale du Travail exigent que le CPLCC (consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause) s'applique aux peuples autochtones pour que le transfert soit réalisé (voir le Chapitre 2.IV.A.2(b))¹². Les parties devraient noter que, même si l'information n'est pas toujours disponible, elles devraient consulter les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, par exemple afin de confirmer que la zone est disponible et sans occupant. Les parties doivent noter que la propriété privée et la propriété publique ne représentent pas les seules formes de droits fonciers. Certains États reconnaissent également les titres communautaires ou des droits qui se superposent.

5.14. *Accords connexes.* Les parties peuvent inclure des dispositions dans leur contrat ou dans des accords connexes avec les détenteurs de droits fonciers légitimes et la communauté locale pour partager les avantages du projet d'investissement en recrutant des travailleurs locaux ou en contribuant à un fonds de développement (voir le Chapitre 3.II.C-E). Par exemple, les travailleurs locaux peuvent être directement touchés si l'investisseur initial décide de transférer le contrat à un nouvel investisseur qui n'offrira pas nécessairement les mêmes services aux populations locales. Le consentement des détenteurs et communautés est important car le transfert peut affecter directement les aspects fondamentaux de leur relation contractuelle¹³. Leur consentement devrait être obtenu à la fois par le concédant et par l'investisseur initial avant la prise d'effet du transfert.

5.15. *Objet du consentement.* L'investisseur qui souhaite transférer tout ou partie de ses droits et obligations en vertu du contrat d'investissement à un nouvel investisseur doit expliquer aux parties contractantes les raisons du transfert. Ce dernier devrait fournir des informations complètes sur son projet de la même manière que l'investisseur initial l'a fait lorsqu'il a acquis ses droits sur la terre (voir le Chapitre 2). En outre, si la réponse du concédant à l'avis de transfert peut être facilement obtenue, le consentement des détenteurs de droits fonciers légitimes ou des communautés locales peut nécessiter un engagement plus important de la part de l'investisseur initial et du nouvel investisseur. Le contrat devrait préciser les conditions dans lesquelles le nouvel investisseur devra annoncer son projet auprès des détenteurs et communautés (les moyens de communication, la langue, les participants et la participation minimum), et le résultat du processus devrait être communiqué conformément à ces conditions.

B. Transfert de la personne de l'investisseur

5.16. *En général.* Dans la plupart des cas, l'investisseur est une société immatriculée dans l'État de situation des terres. Ce fait tient aux restrictions qui s'attachent à la possibilité pour les étrangers d'acquérir et transférer des droits fonciers dans un certain nombre de pays (voir le paragraphe 5.24 ci-dessous). Le concédant doit en conséquence envisager que l'investisseur pourrait être cédé par une société mère à une autre, ou fusionner avec une autre société, ou changer de contrôle.

¹¹ Guide technique des Directives volontaires n° 4, p. 33.

¹² Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007), art. 10; et Convention relative aux peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (1989), art. 16.

¹³ Guide technique des Directives volontaires n° 4, p. 51.

5.17. *Changement de contrôle.* Lorsque cela n'est pas prévu par la loi, il est souhaitable que les parties incluent une clause de changement de contrôle dans leur contrat. Cette clause exige de l'investisseur qu'il informe le concédant du changement d'actionnariat majoritaire au sein du capital à un certain moment (par exemple par acquisition) ou lorsque son équipe de direction change. Si le concédant n'accepte pas le changement, il est habilité à demander des modifications ou à résilier le contrat. Cette clause peut également s'appliquer lorsqu'il y a des changements dans la structure du capital social, ou bien lorsque l'investisseur a l'intention de transférer la propriété à ses héritiers ou à des entreprises apparentées, ou de procéder à une fusion. Un investisseur peut par exemple chercher à transférer le contrat d'investissement pour bénéficier des avantages fiscaux accordés par le gouvernement concédant aux nouveaux investisseurs ou pour se soustraire à sa juridiction. Ce type de clause peut réduire le risque d'abus de droit de la part de l'investisseur en exigeant le consentement préalable du concédant.

5.18. *Héritiers et sociétés apparentées.* Certains systèmes juridique ou contrats ne requièrent pas nécessairement le consentement préalable du concédant lorsque les droits et obligations sont transférés aux héritiers de l'investisseur ou aux sociétés apparentées de son groupe. Le contrat peut définir les conditions et doit veiller que la clause ne viole pas une autre disposition contractuelle et ne constitue pas un abus de droit (par exemple, en contournant la compétence des juridictions nationales). Dans la pratique contractuelle, les parties se réfèrent souvent à la loi applicable pour définir qui sont les héritiers et les sociétés apparentées de l'investisseur.

5.19. *Fusions.* Les contrats peuvent contenir des dispositions concernant le cas où l'investisseur procède à une fusion. Toutefois, la loi applicable prévoit souvent des mécanismes – et les conditions dont ils sont assortis – opérant le transfert de plein droit de tous les droits et obligations ¹⁴.

5.20. *Partenariat.* L'investisseur qui décide de collaborer avec un autre investisseur pour exploiter les terres peut décider de ne pas transférer ses droits et obligations prévus dans le contrat d'investissement en terres agricoles. Si la collaboration repose sur un accord, le principe de l'effet relatif des contrats protège le concédant. Toutefois, ce dernier doit s'assurer que le partenariat n'affecte pas sa relation contractuelle avec l'investisseur. Si c'est le cas, il n'y a aucune raison pour le concédant de résilier le contrat.

C. Restrictions au transfert

5.21. *En général.* Si certaines dispositions contractuelles peuvent faciliter le transfert de droits et d'obligations, d'autres peuvent limiter ou interdire le transfert. Les dispositions contractuelles peuvent être empruntées au droit applicable, mais elles peuvent aussi être le résultat de la négociation entre le concédant et l'investisseur sur des questions environnementales, sociales, financières et politiques. Les terres agricoles sont des biens sensibles et les investissements qui les concernent peuvent poser problème au regard d'aspects tels que la sécurité alimentaire, une nutrition adéquate, la pauvreté, le respect des détenteurs de droits fonciers légitimes, l'emploi local et le développement durable, entre autres.

5.22. *Légalité et restrictions au transfert.* En règle générale, la légalité du transfert et les restrictions au transfert reviennent au même. Autrement dit, si le transfert n'est pas légal et n'est pas autorisé, il est restreint. C'est le cas pour l'obligation d'obtenir le consentement du concédant ou des détenteurs de droits fonciers légitimes ou des communautés locales. Si l'investisseur initial n'obtient pas ce consentement, la cession ne peut opérer. Dans de nombreux pays, des mesures peuvent être prises par le concédant pour exclure les possibilités de transfert dans des situations particulières, par exemple lorsque le concédant est le détenteur des terres, lorsque celles-ci ont des caractéristiques particulières, lorsque l'investisseur n'est pas un ressortissant de l'État où les terres sont situées ou lorsqu'il y a un changement de contrôle de l'investisseur.

5.23. *Terres appartenant à l'État.* Comme souligné précédemment, dans certains pays, la propriété foncière revient à l'État. Par conséquent, les contrats d'investissement en terres agricoles ne peuvent prendre la forme de concessions de droits fonciers et de droits connexes que pour un temps déterminé. Dans d'autres pays, l'État peut détenir de vastes étendues de terres qui peuvent faire l'objet d'une protection

¹⁴ Voir Les Principes d'UNIDROIT, art. 9.1.2.

renforcée. Lorsqu'un investisseur cherche à transférer ses obligations en vertu de baux portant sur les terres, les mêmes aspects que ceux qui se sont appliqués lors de la conclusion du contrat avec le concédant seront à prendre en considération. Notamment, un grand nombre d'approbations peuvent être nécessaires. Si les droits fonciers du concédant reposent sur une loi, un acte du parlement peut être requis pour réaliser une dérogation à la loi. Dans certains États, des autorisations administratives peuvent être nécessaires pour transférer les obligations. Dans les États décentralisés, des approbations fédérales et locales peuvent être requises.

5.24. *Restrictions concernant les opérations foncières à grande échelle.* Il convient de rappeler que le Guide n'entérine pas les opérations de transferts de terres à grande échelle (voir la Préface). Toutefois, pour de telles opérations, certains systèmes exigent des autorisations spécifiques car ces investissements peuvent avoir des effets importants sur les intérêts des États (environnementaux, sociaux, économiques, etc.)¹⁵. Les droits nationaux appliquent souvent des mesures de sauvegarde en fonction des dimensions ou de la valeur des terres. Ainsi, un transfert pourrait nécessiter une autorisation si la surface concernée dépasse un certain seuil ou la valeur un certain plafond¹⁶. L'autorisation peut être de nature administrative ou législative. D'autres mécanismes juridiques existent dans certains systèmes, comme l'organisation d'un référendum local, une première option d'achat pour le concédant ou même l'obligation de procéder à un appel d'offres. Les mesures de protection peuvent également s'appliquer lorsque les terres sont dans une zone classée de protection de l'environnement¹⁷ ou renferment certaines ressources naturelles (telles que l'eau, le pétrole, le gaz, le bois). Lorsque l'investisseur souhaite transférer ses droits fonciers, ces caractéristiques peuvent empêcher un simple transfert et nécessiter l'approbation de diverses autorités administratives. Par exemple, une certaine surface agricole peut nécessiter un mode d'exploitation particulier que le nouvel investisseur ne connaît peut-être pas et qui requiert une évaluation par l'administration du concédant. Dans certains États, le droit national peut avoir des exigences réglementaires très basses en matière d'environnement, de développement local, de respect des détenteurs de droits fonciers légitimes, etc. Dans ces cas, le concédant pourrait demander d'inclure dans le contrat une disposition qui interdit expressément le transfert des terres en raison de leurs spécificités.

5.25. *Nationalité de l'investisseur.* Les terres agricoles formant un bien économiquement et politiquement sensible, certains systèmes interdisent le transfert aux entités qui ne sont pas des ressortissants de l'État dans lequel elles se trouvent. Ces restrictions au transfert s'appliquent généralement aux personnes physiques comme aux personnes morales. En ce qui concerne les entreprises, la législation nationale peut autoriser l'investissement étranger par l'intermédiaire d'entreprises à participation majoritaire nationale¹⁸ ou fixer un quota sur le pourcentage des terres agricoles nationales qui peuvent être détenues par des étrangers¹⁹. Dans ces cas, les investisseurs étrangers peuvent envisager de former des entreprises conjointes avec des partenaires locaux.

D. Importance de la divulgation

5.26. *En général.* Le transfert d'un contrat d'investissement en terres agricoles ou d'une partie de celui-ci peut avoir des conséquences sur les droits fonciers. Comme le mentionnent les Directives volontaires, "La sécurité foncière s'améliore lorsque les droits fonciers sont facilement accessibles à tous, car les personnes ignorant qu'un droit foncier existe peuvent par inadvertance faire quelque chose qui enfreint ce droit"²⁰. C'est la raison pour laquelle chaque transfert doit être communiqué à l'autorité compétente afin de mettre à jour les informations concernant le titulaire des droits sur les terres concernées. Le concédant devrait également rendre ces informations publiques et communiquer toute opération effective de transfert aux

¹⁵ Directives volontaires, paras. 12.6, 12.10.

¹⁶ Guide technique des Directives volontaires n° 4, p. 33.

¹⁷ *Id.*, p. 36.

¹⁸ Voir la législation nationale citée dans *Id.*, p. 49

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.*, p. 35.

détenteurs de droits fonciers légitimes ou aux communautés locales concernés après qu'ils aient été consultés par des moyens appropriés (notamment en langue locale et par des moyens appropriés).

II. RESTITUTION

5.27. *Portée.* Le terme "restitution" vise les situations dans lesquelles les actifs doivent revenir automatiquement au concédant à l'expiration ou à la résiliation du contrat d'investissement. En effet, l'expiration du contrat entraîne la restitution des terres par l'investisseur initial au concédant²¹. Le concédant est souvent le principal bénéficiaire de la restitution des terres lorsque le contrat prend fin et qu'il n'est pas renouvelé. La restitution peut également concerner les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales lorsqu'ils détiennent ou détenaient des droits sur la terre. De plus, la restitution ne concerne pas que les terres. Tous les biens associés au projet peuvent faire l'objet de restitution à l'expiration du contrat d'investissement en terres agricoles.

5.28. *Expiration et résiliation.* La restitution des biens peut intervenir dans diverses situations. Les parties contractantes doivent être conscientes que les projets d'investissement agricole comportent un risque élevé d'échec et peuvent ne pas générer les revenus escomptés. Pour ces raisons, le contrat n'arrive pas nécessairement au terme prévu, de sorte que les parties contractantes devraient prévoir une clause de résiliation dans le contrat afin d'assurer un règlement ordonné et, au besoin, une restitution (voir le Chapitre 4). Par conséquent, la restitution peut intervenir, par exemple, en cas d'expiration du contrat, de cas d'inexécution auquel il n'est pas remédié, de la survenance d'empêchements imprévus ou de transfert du contrat. Dans de nombreux pays, le cadre juridique peut inclure des dispositions prévoyant le transfert automatique des biens lorsque le contrat est résilié (voir le Chapitre 4). Toutefois, le concédant peut également inclure des dispositions à cet effet dans le contrat pour assurer la reprise de possession des terres et des biens connexes. Le concédant pourrait par exemple exiger la restitution dans les cas où l'investisseur fait l'objet d'une procédure de dissolution ou de liquidation. Enfin, la restitution peut également inclure la possibilité pour le concédant de reprendre ses droits sur les terres qui ne sont pas utilisées par l'investisseur.

A. Circonstances de la restitution

5.29. *Cadre juridique.* Certains systèmes ont des dispositions traitant de la restitution de biens spécifiques. Les parties doivent savoir que plusieurs sources juridiques peuvent s'appliquer, notamment le droit des baux et le droit foncier. En outre, certains systèmes juridiques appliquent des régimes différents pour les biens mobiliers et les biens immobiliers, les terres et les bâtiments étant souvent considérés comme des biens fonciers immobiliers. Les biens peuvent également être classés comme monétaires et non monétaires.²² Ces définitions peuvent avoir des conséquences sur les conditions de la restitution.

5.30. *Prévision et supervision de la restitution.* Les biens doivent être restitués automatiquement au concédant à l'expiration du contrat. Par conséquent, les parties contractantes devraient prévoir cette procédure à l'avance afin d'éviter toute confusion et tout différend. Une solution pour gérer la restitution des biens peut être la création d'un comité composé de représentants de toutes les parties contractantes, y compris les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales. Ce comité peut être chargé de vérifier "si l'ouvrage est dans l'état prescrit et conforme aux critères pertinents énoncés dans [le contrat d'investissement en terres agricoles]"²³. Ce comité peut être le même que celui chargé de la supervision et du suivi du projet (voir le Chapitre 3.V.A).

5.31. *Actifs à restituer.* De nombreux biens peuvent être concernés dans des projets d'investissement en terres agricoles. Le concédant accorde habituellement l'accès à une parcelle de terre, et d'autres biens peuvent également y être rattachés. Par exemple, des arbres, des bâtiments et des infrastructures peuvent être faire partie des droits cédés par le concédant à l'investisseur pour l'exploitation de la terre (voir le

²¹ CNUDCI. 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, p. 161 et seq., paras. 36 et seq.

²² Voir les Principes d'UNIDROIT, arts. 7.2.1. et 7.2.2.

²³ CNUDCI. 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, p. 178, para. 42.

Chapitre 3.I.A). Par conséquent, les parties devraient procéder à une estimation de la valeur des terres et inventorier les biens connexes pendant la phase de négociation pour s'assurer que la phase de restitution n'aura pas d'incidence sur une partie contractante. En outre, l'investisseur peut avoir l'obligation de construire des infrastructures dans le cadre de l'exploitation économique des terres (voir le Chapitre 3.I.B.2). L'investisseur peut également conclure des accords avec des détenteurs de droits fonciers légitimes et des communautés locales, par exemple pour partager les profits d'exploitation par le biais d'un fonds de développement local ou de la construction d'installations (voir le Chapitre 3.II.E). À l'expiration du contrat, ces biens pourraient être restitués. Enfin, selon le projet d'investissement, les restitutions peuvent également inclure des biens incorporels tels que la technologie et le savoir-faire. Il est donc recommandé aux parties contractantes de prévoir des dispositions contractuelles pour chaque catégorie de biens afin d'assurer leur restitution au concédant conformément au cadre juridique applicable.

5.32. *Propriété publique et privée.* Une classification que les parties peuvent facilement mettre en œuvre dans le cadre du contrat d'investissement en terres agricoles est la distinction entre propriété publique et propriété privée. Là encore, certains États mettent "l'accent en particulier sur l'intérêt que représentent pour l'autorité contractante les biens corporels associés au projet et exige en général qu'ils soient cédés dans leur totalité à l'autorité contractante, alors que dans d'autres États, les projets d'infrastructure à financement privé sont considérés essentiellement comme un moyen de fournir des services pendant une durée déterminée et non de construire des équipements"²⁴. Dans le contrat, les parties contractantes peuvent d'abord définir quels biens sont publics. Ils seront restitués au concédant sans frais et libres de tout droit, charge ou garantie. Cette catégorie de biens sert généralement à l'exécution spécifique du contrat (c'est-à-dire l'exploitation économique des terres). Deuxièmement, les actifs peuvent être achetés par le concédant à son gré. Il peut s'agir de biens acquis par l'investisseur et qui ne sont pas indispensables à l'exploitation économique des terres mais qui peuvent améliorer la productivité. Enfin, certains biens peuvent rester la propriété privée de l'investisseur et peuvent être librement retirés ou cédés par l'investisseur.

5.33. *Les terres.* Selon les caractéristiques du contrat, le concédant peut rester propriétaire des terres pendant toute la durée du contrat ou conserver certains droits sur les terres faisant l'objet d'octroi de droits fonciers et droits connexes. Le concédant est en règle générale le propriétaire qui recouvrera les terres à l'expiration du contrat, et des efforts devraient être faits pour que les détenteurs de droits fonciers légitimes recouvrent leurs droits²⁵. Par conséquent, sauf disposition contraire, l'investisseur peut être tenu de restituer le terrain "libre de tout privilège et de toute charge et sans frais pour le[concédant], à l'exception d'une indemnité pour les améliorations apportées au bien ou la modernisation de celui-ci"²⁶. Cette nécessité est "en vue d'assurer la continuité [de l'exploitation de la terre]"²⁷ et provient du statut particulier du bien en question. En effet, la terre revêt une grande importance pour le concédant, les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, et certains systèmes interdisent la propriété privée des terres. Le terme "amélioration" désigne les situations où l'investisseur a effectué des travaux pour améliorer les conditions environnementales des terres ou leur rendement (par exemple, des travaux de drainage). Le coût de ces travaux doit être évalué et le concédant peut indemniser l'investisseur pour les avantages entraînés par la mise en place du système de drainage. À l'inverse, l'investisseur pourra être tenu responsable de toute détérioration des terres (voir le paragraphe 5.40 ci-dessous).

5.34. *Arbres.* Dans le cas des secteurs forestiers et arboricoles, les arbres sont d'une grande importance pour l'exploitation économique de la terre. Certaines essences d'arbres peuvent avoir besoin de plusieurs années pour être productives (par exemple, trois ans pour un palmier, cinq ans pour un hévée, dix ans pour un eucalyptus, quarante ans pour un bouleau), et peuvent donc être fournies à l'investisseur par le concédant comme biens ayant une valeur spécifique. L'investisseur peut avoir l'obligation de replanter pendant toute

²⁴ *Id.*, p. 109, para. 23.

²⁵ Directives volontaires para. 14.2 ("Chaque fois que possible, les parcelles ou les exploitations d'origine devraient être rendues à ceux qui ont subi la perte de leurs droits ou à leurs héritiers, sur décision des autorités nationales compétentes. Si les parcelles ou exploitations d'origine ne peuvent être restituées, les États devraient offrir sans tarder une juste compensation, sous forme monétaire et/ou par l'attribution d'autres parcelles ou exploitations, en veillant à ce que toutes les personnes concernées soient traitées équitablement.")

²⁶ CNUDCI. 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, p. 176, para. 38.

²⁷ *Id.*

la durée du contrat afin de préserver l'environnement et de maintenir le rendement des terres (voir le Chapitre 3). Une telle obligation devrait être contrôlée et supervisée par le concédant et les détenteurs de droits fonciers légitimes ou les communautés locales lorsqu'ils participent au contrat. À l'expiration du contrat, et sauf disposition contraire, l'investisseur doit restituer le terrain dans le même état qu'il l'a reçu (voir paragraphe 32 ci-dessus). Par conséquent, l'investisseur peut avoir l'obligation de replanter et restituer le nombre correspondant d'arbres ayant les mêmes caractéristiques (par exemple, espèce, âge, etc.). Si l'investisseur n'a pas rempli cette obligation, il peut être tenu responsable, par exemple, d'une détérioration des terres (voir le paragraphe 5.40 ci-dessous).

5.35. *Cultures.* Avant l'expiration du contrat, les parties doivent savoir quand la récolte doit avoir lieu. Il est souhaitable que les parties conviennent à l'avance, par exemple par l'intermédiaire du comité conjoint, à qui reviendra la récolte. Tant que le contrat est en vigueur, les cultures sont la propriété de l'investisseur car elles sont le produit du projet d'investissement. Par conséquent, s'il y a des jeunes arbres sur les terres au moment de l'expiration, les parties peuvent convenir que la récolte finale sera la propriété de l'investisseur à ses frais. Dans ce cas, l'investisseur doit indemniser le concédant, les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales pour la période pendant laquelle la terre ne peut pas être utilisée (c'est-à-dire entre l'expiration du contrat et la récolte). L'indemnité peut être calculée comme étant un retard dans la restitution des terres (voir le paragraphe 5.41 ci-dessous).

5.36. *Bâtiments et infrastructures.* Quelle que soit la loi applicable au contrat d'investissement, les bâtiments et les infrastructures sont physiquement et intrinsèquement liés à la terre. Il convient toutefois de distinguer deux catégories différentes de biens: les biens existants sur les terres au moment de la conclusion du contrat et ceux construits par l'investisseur pendant la durée du contrat. Cette distinction peut avoir de l'importance pour déterminer si une indemnisation est due. Premièrement, comme indiqué plus haut, le concédant peut mettre à la disposition de l'investisseurs des bâtiments (par exemple des granges, des entrepôts, des logements) et des infrastructures (par exemple des canaux, des routes) au moment où le contrat est conclu. Dans la plupart des cas, ces biens sont loués par le concédant à l'investisseur en même temps que les terres parce qu'ils servent à l'exécution du contrat. Tout comme les terres, ces biens doivent être restitués au concédant parce qu'ils appartiennent à l'État. Il faut également noter que l'investisseur peut avoir l'obligation d'entretenir ces biens ou être tenu responsable de leur détérioration (voir le paragraphe 5.40 ci-dessous). Deuxièmement, l'investisseur peut avoir construit des bâtiments et des infrastructures sur les terres conformément aux dispositions du contrat. En effet, l'investisseur peut avoir le droit de construire un bâtiment supplémentaire pour les besoins du projet. Par exemple, si l'activité économique augmente, l'investisseur peut avoir besoin de plus de bâtiments de stockage pour la production et plus de logements pour les employés. Il est souhaitable que, pour la construction de ces bâtiments, l'investisseur obtienne le consentement du concédant et respecte les principes de transparence pour mettre en œuvre un plan d'indemnisation pour les améliorations des terres, le cas échéant. D'autre part, le contrat peut exiger que l'investisseur construise des infrastructures et des bâtiments pour l'exploitation des terres ou pour les besoins des communautés locales. Dans ce cas, une clause contractuelle devrait traiter de la restitution de ces biens, et en particulier identifier le bénéficiaire final. Dans la plupart des cas, il s'agit du concédant et des communautés locales, sans encourir de frais.

5.37. *Matériel d'équipement.* Les investisseurs ont besoin de matériel d'équipement pour exploiter la terre. Le terme "matériel d'équipement" couvre tous les biens dont l'investisseur peut aisément disposer. Il peut s'agir d'équipements lourds (machines, tracteurs, camions, etc.) ou légers (vêtements, outils, etc.). Comme les bâtiments, le matériel d'équipement peut être fourni par le concédant ou acheté par l'investisseur, auquel cas, celui-ci peut décider de le conserver même après l'expiration du contrat. Si le concédant souhaite acheter ces biens, il peut être souhaitable d'inclure une clause de première option d'achat dans le contrat. Il convient de distinguer deux situations: les biens ont été amortis à l'expiration du contrat de telle sorte que le concédant peut les acheter à leur valeur nominale; ou s'ils ne sont pas amortis à l'expiration du contrat, le concédant peut les acheter à une juste valeur de marché²⁸. Si les matériels d'équipement ont été fournis par le concédant à l'investisseur à la conclusion du contrat, ils doivent lui être restitués. En effet, les machines, les camions et les outils peuvent être d'une grande importance pour la poursuite de

²⁸

Id.

l'exploitation économique de la terre. Les parties contractantes devraient également surveiller tout changement intervenant dans le matériel d'équipement. Par exemple, les machines indispensables à l'exploitation économique peuvent être anciennes ou hors d'usage. Dans ce cas, les parties contractantes peuvent trouver un moyen équitable de financer les nouvelles machines et décider qui en sera le bénéficiaire à l'expiration du contrat.

5.38. *Transfert de technologie.* À l'expiration du contrat, le concédant pourrait souhaiter acquérir la technologie de l'investisseur initial pour poursuivre l'exploitation des terres. La technologie est la connaissance systématique nécessaire à l'application d'un processus ou à la prestation d'un service ²⁹. Dans le cas d'investissements en terres agricoles, cette connaissance peut concerner les modalités de fonctionnement des machines et l'entretien des terres. La transmission de ces connaissances s'appelle "transfert de technologie". Comme l'obligation de transfert de technologie ne peut être imposée unilatéralement à l'investisseur par le concédant ³⁰, les parties peuvent négocier les conditions du transfert de technologie avant l'expiration du contrat. Une méthode pourrait être la consultation d'un comité de surveillance qui chercherait à concilier les intérêts contradictoires des parties contractantes. D'une part, le concédant a besoin de cette technologie pour poursuivre l'exploitation économique de la terre, en propre ou par l'intermédiaire d'un nouvel investisseur. D'autre part, l'investisseur initial peut être réticent à communiquer ces informations sensibles à une autre partie et encore plus à un nouvel investisseur qui pourrait être un concurrent. Le cadre juridique peut en outre imposer de telles obligations à l'investisseur. Le transfert de technologie peut donc constituer une obligation continue de l'investisseur, même après la fin du contrat. Le personnel de l'investisseur peut former et accompagner les experts du concédant ou le personnel du nouvel investisseur pendant les premiers mois du nouvel accord.

B. Coûts et responsabilités

5.39. *Obligation de restitution.* Dans de nombreux pays, l'investisseur peut être tenu de restituer les biens à l'expiration du contrat. En d'autres termes, l'investisseur devrait supporter les coûts de l'enlèvement des biens se trouvant sur la terre à restituer au concédant, aux détenteurs de droits fonciers légitimes et aux communautés locales. Techniquement, l'investisseur devrait retirer les biens qu'il voudrait conserver dans le délai convenu par les parties contractantes afin de poursuivre l'exploitation économique du terrain. Il est également tenu de restituer les terres et tous les biens relatifs au projet au concédant et aux communautés locales conformément aux conditions énoncées dans le contrat. Toutefois, ces conditions doivent être raisonnables ³¹. Par exemple, le concédant peut obliger l'investisseur à restituer les matériels d'équipement du projet dans un délai raisonnable, mais il ne peut imposer leur restitution à un endroit éloigné de la terre louée. Pour encourager la sécurité juridique, les parties contractantes devraient prévoir des procédures avant l'expiration du contrat, et un comité conjoint pourrait être chargé de superviser l'avancement de la restitution ³². Il pourrait également évaluer les coûts imprévus et les partager entre les parties contractantes. Les investisseurs doivent, en outre, savoir que le concédant peut exiger que tous les biens associés au projet soient restitués directement à un nouvel investisseur afin de poursuivre l'exploitation économique de la terre.

5.40. *Responsabilité en cas de détérioration.* Du fait de la responsabilité de la restitution des biens associés au projet dans les conditions convenues par les parties, l'investisseur devrait être tenu responsable de toute détérioration des terres et des biens connexes. La dégradation du terrain peut être évaluée par le comité conjoint sur la base de critères objectifs. Avant la conclusion du contrat d'investissement, les parties contractantes peuvent évaluer les caractéristiques biologiques, chimiques et environnementales des terres par les études de faisabilité (voir le Chapitre 2.IV.B.1). Il peut y avoir détérioration de la terre lorsque les valeurs sont inférieures après réévaluation par les parties contractantes (par exemple, par le comité conjoint) et elle peut être attribuée à une mauvaise utilisation des terres par l'investisseur (en raison par

²⁹ CNUCED. 1985. Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology, Ch. 1, para. 1.2. (en anglais)

³⁰ CNUDCI. 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, p. 183, para. 51.

³¹ *Id.*, p. 178, para. 41.

³² *Id.*, p. 178, para. 42.

exemple de l'utilisation de produits chimiques non autorisés, de la surexploitation des ressources naturelles, etc.). Par conséquent, l'investisseur peut être tenu de verser une indemnisation à ce titre. Certains systèmes juridiques prévoient que l'indemnisation doit être égale à la perte potentielle subie. En outre, lorsque la terre est transférée au concédant ou à un nouvel investisseur, l'investisseur initial peut être chargé d'atténuer les risques de détérioration.

5.41. *Délai de restitution.* L'expiration du contrat d'investissement en terres agricoles - que ce soit à la fin de la durée du contrat ou d'un commun accord - implique nécessairement un délai au terme duquel l'investisseur doit avoir restitué le terrain. De nombreux systèmes comportent des intérêts moratoires. Par conséquent, si l'investisseur ne restitue pas le terrain et les biens associés au projet dans ce délai, des intérêts correspondant à la perte subie peuvent lui être imputés³³.

³³ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.4.10.

CHAPITRE 6 - MECANISMES DE RECLAMATIONS ET REGLEMENTS DES DIFFERENDS

6.1. *Vue d'ensemble.* Le présent Chapitre traite des mécanismes de réclamation et de règlement des différends découlant d'un contrat d'investissement en terres agricoles ¹. Comme l'exécution d'un contrat peut avoir une incidence au-delà des parties contractantes, les mécanismes de réclamations et le règlement des différends concernent ces parties, ainsi que toute autre partie au contrat, y compris les tiers bénéficiaires (les "non-parties"). Les parties contractantes sont généralement l'investisseur, d'une part, et le gouvernement ou la communauté locale en tant que concédant, d'autre part, mais elles peuvent également inclure des détenteurs de droits fonciers légitimes. Les non-parties à un contrat ne sont liées par aucun engagement contractuel, mais peuvent être affectées par l'exécution du contrat, et inclure des détenteurs de droits fonciers légitimes ainsi que des membres de la communauté locale.

6.2. *Parties.* Les parties contractantes et les non-parties peuvent choisir parmi les mécanismes de réclamations et les différents modes de règlement des différends, ou y participer, allant des procédures non judiciaires aux procédures judiciaires. Le présent Chapitre donne d'abord un aperçu des considérations présidant aux mécanismes de réclamation et de règlement des différends pour les contrats d'investissement en terres agricoles, avant de présenter différentes options en matière de règlement non judiciaire des différends. Il explique ensuite en quoi consiste le règlement judiciaire des différends et traite de l'exécution des règlements, des sentences et des jugements.

6.3. *Droit applicable.* Le droit applicable est une question préalable pour tout règlement des différends. Le droit de propriété et le régime foncier, ainsi que les autres questions liées à la terre, sont régis par le droit de l'État dans lequel la terre est située (c'est-à-dire le droit de l'État d'accueil). En outre, le fond du différend peut être régi par une ou plusieurs lois choisies par les parties contractantes. Comme indiqué au Chapitre 1, le cadre juridique des contrats d'investissement en terres agricoles comprend des sources de droit nationales et internationales. En l'absence de choix exprès, le fond du différend peut être régi par un ensemble de règles de l'État d'accueil et du droit international. Lorsque le mécanisme de règlement des différends porte sur une revendication relative à des droits fonciers en vue d'une décision définitive et exécutoire par une instance juridictionnelle impartiale, la décision reposera souvent en premier lieu par l'application du droit de l'État hôte.

6.4. *Situations dérivant de contrats entre investisseurs et gouvernements.* Les relations entre investisseurs et gouvernements sont susceptibles d'influer sur les conditions préalables à l'exécution du contrat, sur l'exécution ou l'inexécution du contrat et sur la résiliation ou l'abandon unilatéral du contrat par l'une des parties contractantes. Ces situations peuvent également avoir des répercussions sur les non-parties, telles que le déplacement des communautés locales ou la pollution de leur cadre de vie par les activités d'investissement. Selon la situation ou le différend dérivant du contrat investisseur-gouvernement, les parties contractantes et les non-parties peuvent recourir à divers mécanismes de recours. Une situation ou un différend purement factuel peut être soumis à un avis d'expert, à la négociation ou à la médiation. Une situation ou un différend qui implique à la fois des questions de fait et des questions de droit peut être soumis à un mécanisme de réclamation, à une procédure de négociation, de médiation, ou d'arbitrage si les parties l'ont prévu dans le contrat, ou à une action devant les tribunaux nationaux ou les tribunaux régionaux et internationaux.

6.5. *Situations dérivant de contrats entre investisseurs et communautés.* Les relations entre les investisseurs et les communautés locales sont susceptibles de concerner le respect approprié de la part de l'investisseur envers les intérêts de la communauté, le développement communautaire et l'environnement de la communauté. La proximité et même la dépendance des communautés locales à l'égard des terres

¹ Ce chapitre doit être lu à la lumière de l'une des notions fondamentales consacrée dans les Principes d'UNIDROIT, à savoir la *favor contractus*, dont le but est de préserver le contrat chaque fois que possible et de favoriser le maintien de la relation contractuelle. Voir, par exemple, les Principes d'UNIDROIT, arts. 6.2.1-6.2.3, 7.1.4, 7.3.1.

agricoles utilisées par les investisseurs signifie que les communautés locales sont particulièrement sensibles à tout écart dans le comportement des investisseurs qui n'ait pas été convenu contractuellement. La réceptivité des investisseurs aux plaintes des communautés locales permettra de régler de nombreuses situations à un stade précoce, avant qu'elles ne dégèrent en conflit. Les situations qui sont signalées à un stade précoce peuvent être soumises à des mécanismes de règlement des réclamations. Lorsqu'une situation dégère en conflit, il pourrait convenir de recourir à la négociation, à la médiation, à l'arbitrage s'il y a une clause d'arbitrage dans le contrat, ou aux tribunaux nationaux.

I. MÉCANISMES DE RÉCLAMATIONS

6.6. *En général.* Dans le présent Chapitre, une réclamation se réfère à une injustice généralement perçue par des non-parties, tels que les détenteurs de droits fonciers légitimes et les membres d'une communauté locale, dont le sentiment d'être dans le bon droit ou bien les attentes, fondés sur une loi ou une pratique coutumière, ont été affectés par les activités des parties contractantes². Un mécanisme de réclamation fait référence à toute procédure non judiciaire ou judiciaire dans le cadre duquel les éléments à l'origine de l'injustice perçue peuvent être invoqués par des non-parties et des recours peuvent être formés³.

6.7. *Lien avec les études d'impact et les communautés locales.* Les contrats d'investissement en terres agricoles sont susceptibles d'avoir des incidences environnementales et sociales importantes sur les communautés locales. Outre l'exigence d'études d'impact environnemental et social telles que décrites aux Chapitres 2.IV.B.2 et 3.III.B, les parties contractantes devraient renforcer le respect des droits et intérêts des non-parties en établissant des mécanismes permanents de réclamation pour recevoir, examiner et résoudre les plaintes des non-parties. Les mécanismes permanents de réclamation sont saisis du non-respect des lois nationales, du non-respect des stipulations contractuelles et du défaut d'adoption des meilleures pratiques commerciales, lorsque les évaluations d'impact ne sont pas réalisées ou ne font pas l'objet d'un suivi adéquat. Afin d'assurer un engagement constant et efficace des parties contractantes et des non-parties, les mécanismes de réclamation doivent être équitables, prévoir des procédures transparentes et prévisibles, faire intervenir des enquêteurs impartiaux et consciencieux et être facilement accessibles à tous les détenteurs de droits fonciers légitimes et aux membres des communautés locales.⁴ Lorsque les non-parties sont certaines qu'un mécanisme de réclamation permettra de soumettre leurs plaintes à une enquête équitable, à coûts réduits et sans représailles et de leur donner une solution rapide, ce mécanisme peut prévenir l'escalade du conflit entre les parties contractantes et les non-parties.

6.8. *Formes.* Il existe quatre formes principales de mécanismes de réclamation. Il peut s'agir d'une instance du gouvernement concédant ou d'institutions dépendant de l'État, d'une activité de l'entreprise de l'investisseur ou de sa structure opérationnelle, d'une collaboration entre les parties contractantes ou d'un mécanisme de surveillance par des tiers.

6.9. *Mécanismes de réclamation relevant de l'État.* Les mécanismes de réclamation mis en place par le gouvernement concédant ou des institutions relevant de l'État servent à compléter et les mécanismes judiciaires existants. Dans certaines situations, le recours judiciaire peut ne pas être nécessaire ou culturellement approprié. Les mécanismes de réclamation qui sont par exemple administrés par des institutions nationales pour les droits de l'homme ou les tribunaux nationaux pour les litiges de faible montant et qui proposent de régler les différends dans un cadre plus informel peuvent mieux répondre aux besoins des parties lésées qui préfèrent ne pas saisir les tribunaux ou refusent de le faire.

6.10. *Mécanismes de réclamation relevant des investisseurs.* Les mécanismes de réclamation qui relèvent de la structure organisationnelle ou opérationnelle de l'investisseur fournissent un accès direct aux non-

² Principes directeurs des Nations Unies, p. 28

³ *Id.*

⁴ Principes CSA-RAI, Principe 9; Guide OCDE-FAO pour des filières agricoles responsables, p. 26, 33, 53-4; Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour un engagement constructif des parties prenantes dans le secteur extractif, p. 75-6.

parties lésées par les activités de l'investisseur. Ces mécanismes sont souvent administrés par la société ou l'entreprise qui investit, mais l'investisseur peut aussi soumettre les plaintes à un organisme externe. La mise en place d'un mécanisme interne efficace de réclamation permet à l'investisseur de s'acquitter de sa responsabilité sociale de respecter les droits légitimes des détenteurs de droits fonciers et des communautés locales, et lui permet d'identifier et de traiter les réclamations avant qu'elles ne s'aggravent ⁵. Tout comme les mécanismes de réclamation relevant de l'État, les mécanismes de réclamation mis en place par les investisseurs complètent et remplacent les mécanismes judiciaires existants. Ils n'excluent pas l'accès à d'autres formes de mécanismes non judiciaires ou judiciaires de règlement des différends.

6.11. *Mécanismes de réclamation des parties prenantes.* Les mécanismes de réclamation peuvent être administrés par une seule partie prenante, ou représenter des collaborations entre les principales parties prenantes qui gèrent conjointement le processus, ou un partie supervise le processus tout en restant responsable devant les autres parties prenantes. Les parties prenantes comprennent l'investisseur, le gouvernement, les détenteurs de droits fonciers légaux et légitimes, la communauté locale, ainsi que les syndicats, les associations professionnelles, les organisations intergouvernementales, les organisations non gouvernementales et les organes locaux, régionaux et internationaux de défense des droits de l'homme. Les initiatives de collaboration partagent les mêmes objectifs que les mécanismes relevant de l'État ou de l'investisseur. Le Panel d'inspection de la Banque mondiale, qui est géré uniquement par la Banque mondiale et est conçu pour les communautés locales affectées par des projets financés par la Banque mondiale, est un mécanisme de réclamation important. Les Points de contact nationaux (PCN) pour les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales constituent un autre mécanisme de réclamation des parties prenantes. Les États qui adhèrent aux Principes directeurs de l'OCDE sont tenus d'établir un PCN chargé de traiter les réclamations dérivant du non-respect des Principes directeurs. Contrairement au Panel d'inspection de la Banque mondiale qui traite un large éventail de réclamations d'origines diverses, le mécanisme de règlement des réclamations du PCN de l'OCDE est réservé aux réclamations résultant du non-respect des Principes directeurs de l'OCDE.

6.12. *Mécanismes de réclamation supervisés par un tiers.* La supervision par un tiers, qui a déjà été abordée au Chapitre 3.V.A. dans le cadre de l'exécution du contrat, présente l'avantage de la neutralité qui peut faire défaut aux mécanismes de réclamations relevant de l'État, des investisseurs ou des parties prenantes. Les mécanismes de réclamation par un tiers peuvent revêtir divers niveaux de formalité. Au niveau impliquant le moins de formalité et de contrôle, le tiers rédige et recueille les plaintes lors de réunions individuelles, de visites sur le terrain ou en des endroits convenus. Un niveau plus formel peut impliquer la mise en place d'un site Internet, d'un courrier électronique ou de boîtes de collecte pour rassembler les réclamations écrites, puis le tiers transmet les plaintes selon le mécanisme de réclamation relevant de l'État, des investisseurs ou des parties prenantes.

6.13. *Meilleures pratiques.* Les parties contractantes et les non-parties devraient prendre note des meilleures pratiques existantes en matière d'établissement et de mise en œuvre de mécanismes de réclamation. On en trouve un exemple dans la note consultative du Bureau du conseiller-médiateur en matière de respect des obligations/ombudsman auprès de la Banque mondiale, *A Guide to Designing and Implementing Grievance Mechanisms for Development Projects*, qui identifie les "indicateurs de bonnes pratiques" lors de l'élaboration et de la mise en œuvre d'un mécanisme de réclamation: ⁶

- *Préciser les valeurs fondamentales de l'entreprise:* pour améliorer leurs relations avec les communautés en général et le règlement des réclamations en particulier, les entreprises peuvent adopter certaines valeurs ou attitudes importantes. On citera notamment:
 - l'engagement à l'égard de l'équité du processus et des résultats;

⁵ Directives volontaires, para. 3.2; voir aussi Société financière internationale. Good Practice Note on Addressing Grievances from Project-Affected Communities (en anglais)

⁶ CAO Advisory Note on A Guide to Designing and Implementing Grievance Mechanisms for Development Projects, pp. 2-4. (en anglais)

- l'absence de représailles pour toutes les parties concernées - au sein de l'entreprise et de la communauté;
 - la recherche volontariste d'un large soutien interne au mécanisme de réclamation dans tous les secteurs du projet;
 - le traitement des réclamations tout au long du projet, plutôt que d'en laisser la responsabilité à un seul département; et
 - la volonté de la direction de défendre visiblement et sincèrement le système des réclamations.
- *Commencer tôt dans le cycle du projet:* les mécanismes de réclamation les plus efficaces sont mis en place le plus tôt possible - idéalement, pendant la phase de faisabilité du projet - et sont modifiés durant les phases ultérieures du projet. Les problèmes sont souvent résolus plus facilement, à moindre coût et plus efficacement lorsqu'ils sont réglés rapidement et localement.
 - *Impliquer la communauté dans la conception:* les parties prenantes de la communauté et de l'entreprise devraient participer à la conception du mécanisme de réclamation. En effet, certains experts estiment que l'imposition d'un système conçu par l'entreprise pourrait être pire qu'un système *ad hoc*. L'entreprise devrait faire appel à des représentants de la communauté pour identifier les facteurs clés, tels que les types de différends qui pourraient survenir lors du déroulement du projet, les modalités d'expression des préoccupations de la part des membres de la communauté, l'efficacité des procédures actuelles de l'entreprise pour résoudre les plaintes et la disponibilité de ressources locales pour résoudre les conflits. Sur la base de cette évaluation, les représentants de la communauté devraient contribuer à l'élaboration du mécanisme et aux améliorations futures.
 - *Assurer l'accessibilité:* un mécanisme efficace de réclamation devrait être accessible aux divers membres de la communauté, notamment les groupes les plus vulnérables comme les femmes et les jeunes. De multiples points d'entrée devraient être disponibles, avec des réunions personnelles, des plaintes écrites, des conversations téléphoniques ou des courriels. La confidentialité et le respect de la vie privée des plaignants devraient être respectés lorsque cela est considéré comme important.
 - *Envisager une vaste gamme de questions:* le mécanisme de réclamation devrait être ouvert à une vaste gamme de questions: tant celles fondées sur des données factuelles que celles découlant d'idées ou de perceptions même erronées. Le ressenti peut être aussi important à traiter que les dangers réels. Le mécanisme devrait également être en mesure de traiter les plaintes multipartites et regroupant diverses questions.
 - *Élaborer des procédures culturellement appropriées:* le mécanisme devrait être souple, respectueux et prévisible - il devrait établir clairement le calendrier prévu des principaux jalons du processus. Il devrait être capable de combler les disparités profondes, y compris les fossés culturels. La conception et le fonctionnement du mécanisme de réclamation devraient tenir compte des différences culturelles, telles que les préférences des communautés pour une négociation directe ou indirecte, les attitudes envers la concurrence, la coopération et les conflits, le désir de préserver les relations entre les plaignants, l'autorité, le rang social et le statut, les façons de comprendre et d'interpréter le monde, les conceptions de la gestion du temps, les attitudes envers autrui et le milieu social et institutionnel dans son ensemble.
 - *Intégrer diverses méthodes de règlement des réclamations:* pour tenir compte des différences et des préférences personnelles et culturelles, le mécanisme de réclamation devrait offrir une diversité d'approches de règlement des plaintes – et non pas une procédure unique. Le plaignant devrait pouvoir choisir sa méthode de réclamation. Certaines plaintes peuvent être gérées de façon informelle par les seules personnes directement concernées, comme un représentant de l'entreprise

et le plaignant. D'autres peuvent faire appel à un système indépendant plus formel, comme l'arbitrage par un tiers neutre. Certains mécanismes peuvent reposer sur une approche fondée sur les préoccupations personnelles, par exemple pour répondre aux besoins légitimes perçus par le plaignant. D'autres peuvent se fonder sur une analyse des droits, légaux, contractuels ou autres. Dans la mesure du possible, les méthodes locales et coutumières de règlement devraient être évaluées et intégrées au système.

- *Identifier un point central de coordination*: un lieu en évidence et doté de personnel adéquat, une personne ou une équipe, devrait être assuré. Ce point central de coordination facilite l'élaboration et la mise en œuvre du mécanisme de réclamation, administre certaines de ses ressources, surveille les bonnes pratiques internes et externes, assure la coordination entre les points d'accès et veille à ce que le système soit adapté à l'information qu'il gère.
- *Organiser et faire connaître les divers points d'accès*: étendre l'accès à d'autres personnes que celles qui ont la responsabilité de recevoir en premier lieu les réclamations peut abaisser considérablement les obstacles à l'entrée dans le système et encourager les membres de la collectivité à régler les problèmes rapidement et de façon constructive. Les personnes qui servent de points d'accès sont plus efficaces si elles sont dignes de confiance, bien formées et bien informées et accessibles sans égard à l'origine ethnique, au sexe ou à la religion du plaignant.
- *Rendre compte à la communauté*: l'entreprise devrait informer régulièrement les parties prenantes concernées de ce qui est fait ou pas, encourager les personnes à utiliser le mécanisme, présenter les résultats et recueillir des commentaires pour améliorer le système. L'information communiquée pourrait comprendre les affaires soumises et la façon dont elles ont été réglées, ainsi que la façon dont la réclamation a influencé les politiques, les procédures, les opérations et le mécanisme de réclamation de l'entreprise.
- *Utiliser un registre des réclamations pour suivre les cas et améliorer l'organisation*: outre traiter les différends individuels ou communautaires, le mécanisme de réclamation est une occasion de promouvoir des améliorations au sein de l'entreprise. Un cahier des réclamations (ou registre) peut être utilisé pour analyser les informations sur les tendances en matière de réclamations et de conflits, les questions communautaires et les opérations du projet afin d'anticiper les types de conflits auxquels on pourrait s'attendre dans l'avenir, à la fois pour s'assurer que le mécanisme est mis en place pour traiter ces questions et pour proposer des changements organisationnels ou opérationnels. Parfois, l'adoption de politiques ou d'autres types de changements structurels peuvent résoudre des réclamations sur une base commune, plutôt que de continuer à régler chaque plainte au cas par cas.
- *Évaluer et améliorer le système*: l'entreprise devrait procéder périodiquement à une évaluation interne du mécanisme de réclamation afin d'évaluer et d'améliorer son efficacité. Les éléments importants de l'évaluation comprennent: la connaissance générale du mécanisme; son utilisation et ses utilisateurs; les types de questions abordées; la capacité du mécanisme à résoudre les conflits de manière précoce et constructive; les résultats réels (incidences sur les opérations du projet, les systèmes de gestion et les avantages pour les communautés); son efficacité; et, surtout, la capacité à atteindre ses buts et objectifs déclarés. A certains moments, l'entreprise devrait également solliciter et inclure les points de vue des représentants des parties prenantes pour évaluer l'efficacité du mécanisme dans la pratique..

6.14. *Poursuite des meilleures pratiques*. Un autre exemple se trouve dans la *Good Practice Note on Addressing Grievances from Project-Affected Communities* de la Société financière internationale (IFI), qui identifie cinq étapes clés dans le processus de gestion des réclamations.⁷

⁷ Société financière internationale : IFI. 2009. *Good Practice Note. Addressing Grievances from Project-Affected Communities*, pp. 16-28. (en anglais)

- *Étape 1*: faire connaître les procédures du mécanisme de réclamation;
- *Étape 2*: réception et suivi des réclamations;
- *Étape 3*: examen et enquête sur les réclamations;
- *Étape 4*: élaboration d'options de résolution et préparation d'une réponse; et
- *Étape 5*: suivi, compte-rendu et évaluation du mécanisme de réclamation.

6.15. *Efficacité*. En outre, les parties contractantes et les non-parties devraient adopter les "critères d'efficacité" des Principes directeurs des Nations Unies selon lesquels, pour assurer un fonctionnement optimal, les mécanismes de réclamation doivent être:⁸

- *Légitimes*: ils suscitent la confiance des groupes d'acteurs auxquels ils s'adressent et doivent répondre du bon déroulement des procédures de réclamation;
- *Accessibles*: ils sont communiqués à tous les groupes d'acteurs auxquels ils sont destinés et fournissent une assistance suffisante à ceux qui se voient opposer des obstacles particuliers pour y accéder;
- *Prévisibles*: ils prévoient une procédure clairement établie assortie d'un calendrier indicatif pour chaque étape, et un descriptif précis des types de procédures et d'issues disponibles et des moyens de suivre la mise en œuvre;
- *Équitables*: ils s'efforcent d'assurer que les parties lésées ont un accès raisonnable aux sources d'information, aux conseils et aux compétences nécessaires à la mise en œuvre d'une procédure de réclamation dans des conditions équitables, avisées et conformes;
- *Transparents*: ils tiennent les requérants informés du cours de la procédure et fournissent des informations suffisantes sur la capacité du mécanisme à susciter la confiance dans son efficacité et à répondre à tous les intérêts publics en jeu;
- *Compatibles avec les droits*: ils veillent à ce que l'issue des recours et les mesures de réparation soient compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus;
- *Une source d'apprentissage permanent*: ils s'appuient sur les mesures pertinentes pour tirer les enseignements propres à améliorer le mécanisme et à prévenir les réclamations et atteintes futures;
- *Fondés sur la participation et le dialogue*: consulter les groupes d'acteurs auxquels ils s'adressent au sujet de leur conception et de leurs résultats en mettant l'accent sur le dialogue concernant les moyens d'examiner et de résoudre les plaintes.

II. DIFFÉRENDS DANS LE CONTEXTE DES CONTRATS D'INVESTISSEMENT EN TERRES AGRICOLES

6.16. *Introduction*. Le différend naît d'une exécution non satisfaisante, d'un ajustement unilatéral ou d'une inexécution par une ou plusieurs des parties contractantes. Toutefois, tout manquement aux conditions du contrat ne se transforme pas en conflit. S'agissant de différends entre parties contractantes seulement, les parties peuvent convenir de renoncer aux conditions d'exécution pertinentes ou de les réviser. Dans le cas de différends impliquant des tiers non-parties, la ou les parties dont les actions ou omissions toucheront des tiers bénéficiaires et d'autres parties prenantes peuvent consulter et s'entendre avec ces derniers sur un plan d'action qui atténuerait ou éviterait d'éventuels effets négatifs. Si des mesures sont prises pour

⁸ Principes directeurs des Nations Unies, Principe 31; voir aussi Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour un engagement constructif des parties prenantes dans le secteur extractif, p. 76 (Tableau 8).

empêcher que ne se forme un différend, ni les parties contractantes ni les non-parties ne devront procéder au règlement du différend.

6.17. *Accord entre les parties.* Les parties contractantes peuvent convenir du mode de règlement des différends qui leur convient, à condition qu'un tel accord soit valable en vertu du droit de l'État hôte. Les parties contractantes peuvent également convenir des formalités et des règles régissant la procédure de règlement des différends. Certains aspects de leur relation contractuelle pourraient être particulièrement problématiques. Cela pourrait être le cas notamment des droits concurrents sur les terres agricoles concédées, des normes de respect des obligations sociales, économiques et environnementales, des cas exceptés de responsabilité en cas de non-exécution et des motifs de résiliation. Les non-parties dont les droits ou intérêts fonciers se superposent à ceux des parties contractantes pourraient également être particulièrement touchées. Par conséquent, lorsque les parties contractantes négocient et rédigent leur contrat, il est recommandé de prévoir un mécanisme de règlement des différends permettant une ou plusieurs formes de participation des non-parties.

6.18. *Pouvoir de négociation inégal.* Le choix final du mécanisme de règlement des différends peut refléter l'inégalité du pouvoir de négociation des parties contractantes. Par exemple, un investisseur ayant un plus grand pouvoir de négociation pourrait préférer le règlement des différends par l'arbitrage international, tandis qu'un gouvernement concédant avec un plus grand pouvoir de négociation pourrait préférer le règlement des différends dans un cadre judiciaire ou non judiciaire national. En outre, les détenteurs de droits fonciers légitimes ou une communauté locale sans le pouvoir de négociation de l'investisseur ou du gouvernement, pourraient devoir accepter le mécanisme imposé de règlement des différends. Quel que soit le mécanisme choisi, il devrait protéger de manière adéquate les droits et intérêts de toutes les parties contractantes, ainsi que des non-parties. L'accès à des voies de recours efficaces est d'autant plus essentiel pour favoriser l'établissement d'une relation contractuelle fonctionnelle ainsi que la stabilité et la prévisibilité contractuelles, lorsque le choix du mécanisme de règlement des différends a été stipulé par une partie contractante. C'est une garantie contre un comportement déloyal de la part de la partie contractante la plus forte qui garantit que la ou les parties contractantes les plus faibles, ainsi que les non-parties, disposent d'un recours effectif.

A. L'importance de l'accès à des voies de recours efficaces

6.19. *En général.* L'accès à un recours effectif est un principe fondamental des Principes directeurs des Nations Unies ⁹. Même soigneusement négocié et rédigé, aucun contrat ne peut envisager toutes les éventualités. L'évolution des circonstances peut entraver l'exécution du contrat dans ses conditions initialement prévues. En outre, la renégociation contractuelle peut ne pas permettre la poursuite de l'exécution du contrat à des conditions différentes. Dans ce cas, la résolution efficace des différends entre les parties contractantes ou avec des non-parties est prioritaire. En particulier, l'investisseur qui peut avoir engagé d'importantes ressources en capital attend un certain degré de prévisibilité et de certitude quant à la façon dont les différends seront réglés. Par conséquent, les clauses contractuelles qui stipulent qu'une ou plusieurs parties contractantes, ou toutes les parties non contractantes, renoncent à leur droit d'accès à un recours effectif, sont peu susceptibles d'être valables.

6.20. *Aspects de fond et de procédure.* L'accès à un recours effectif comporte à la fois des aspects de fond et de procédure. Au fond, l'objectif est de réparer le préjudice subi, ce qui peut être fait par une indemnisation financière ou non financière, ainsi que par des sanctions punitives ou préventives. La procédure se réfère à la mise en œuvre de voies de recours au moyen d'un processus juridictionnel indépendant, impartial et exempt de corruption. Compte tenu de la diversité des différends dans le cadre des contrats d'investissement en terres agricoles, la connaissance des différentes options de règlement non judiciaire et judiciaire des différends permettra aux parties contractantes d'incorporer au contrat un ou plusieurs mécanismes qui répondent le mieux à leurs besoins, ainsi qu'à ceux des non-parties.

⁹ Principes directeurs des Nations Unies, p. 31-2.

6.21. *Forums et participation de non-parties.* Alors que certaines parties contractantes peuvent choisir de porter leur différend devant un tribunal national, d'autres peuvent consentir à l'arbitrage de leur différend devant un tribunal international, et d'autres encore peuvent convenir de mécanismes alternatifs de règlement des différends. Les parties contractantes devraient également envisager ou prévoir la participation de non-parties aux procédures de règlement des différends. Dans les litiges internes, et sous réserve de la loi du for, cette participation peut prendre la forme d'observations écrites ou orales d'*amicus curiae* (ou "ami du tribunal"). Dans l'arbitrage international, et sous réserve de la loi régissant l'arbitrage, les non-parties peuvent également présenter des observations écrites au tribunal. A cette fin, les parties contractantes peuvent envisager d'adopter ou d'adapter la procédure prévue dans les Règles de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités pour recevoir les soumissions de "tiers"¹⁰. Dans les procédures de règlement des différends moins institutionnalisées, telles qu'une audience devant les anciens d'une communauté autochtone, les anciens peuvent souhaiter entendre toutes les parties intéressées avant de prendre une décision finale qui lie les parties contractantes et les non-parties.

B. Existence effective de voies de recours efficaces

6.22. *For par défaut.* Lorsqu'un contrat ne contient pas de clause attributive de juridiction, une partie contractante n'a pas à obtenir le consentement préalable de l'autre ou des autres parties contractantes pour soumettre son litige aux tribunaux de l'État d'accueil. En effet, les tribunaux nationaux peuvent exercer une compétence personnelle et matérielle obligatoire à l'égard des personnes et des litiges situés sur le territoire de l'État. Par conséquent, une procédure judiciaire peut être intentée unilatéralement par un demandeur, qu'il soit partie contractante ou non contractante. La compétence obligatoire permet aux tribunaux nationaux d'obliger un défendeur à comparaître au procès et d'imposer des sanctions punitives, comme l'outrage au tribunal si l'accusé refuse de se présenter.

6.23. *Consentement pour d'autres fora.* En revanche, les mécanismes non judiciaires de règlement des différends doivent être prévus dans le contrat. Par exemple, l'arbitrage est une forme de règlement consensuel et non judiciaire des différends. Les parties contractantes doivent consentir à se soumettre à l'arbitrage avant que l'arbitrage puisse avoir lieu. Le consentement à l'arbitrage peut être exprimé dans une clause compromissoire du contrat ou dans un échange de lettres entre les parties contractantes.

6.24. *Consentement en dehors du contrat.* Les parties contractantes peuvent également convenir d'un règlement non judiciaire des différends en dehors du contrat d'investissement en terres agricoles. L'accord peut porter sur des différends futurs ou sur le différend existant et sera enregistré séparément du contrat principal. Lorsque le contrat ne prévoit pas de mode de règlement des différends, l'accord séparé l'emporte. Lorsque le contrat prévoit déjà un mode de règlement des différends, la primauté de l'accord séparé sur la clause contractuelle dépend du libellé de cet accord et de la clause contractuelle. Afin de réduire autant que possible l'incertitude sur le mode choisi de règlement des différends ou la priorité des différents modes choisis, les parties contractantes devraient être convenablement conseillées et représentées non seulement pendant le processus de rédaction du contrat, mais aussi pendant les échanges précontractuels et post-contractuels.

6.25. *Circonstances du litige.* Les Parties suivantes décrivent les formes que peut prendre le règlement non judiciaire et judiciaire des différends. Aucune préférence n'est exprimée quant à une forme ou une autre de règlement, ni entre le règlement non judiciaire plutôt que le règlement judiciaire. La forme la plus appropriée de règlement des différends dépendra des circonstances de chaque situation ou différend ainsi que de la manière et de l'étendue de l'implication des non-parties.

¹⁰ CNUDCI. 2018. Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, Art. 4.

III. RÈGLEMENT NON JUDICIAIRE DES DIFFÉRENDS

6.26. *Introduction.* Les procédures de règlement non judiciaire des différends sont souvent plus rapides et plus souples que les procédures de règlement judiciaire. Les parties contractantes peuvent choisir une ou plusieurs options adaptées à leurs besoins. Les parties contractantes, par exemple, qui souhaitent anticiper les différends factuels liés à l'environnement, tels que la qualité, la gestion et la dégradation des sols, peuvent tirer le plus grand profit d'un avis d'expert rapide; les parties souhaitant préserver autant que possible leurs relations contractuelles peuvent préférer la négociation, la médiation ou la conciliation; et s'agissant de règlement de différends soulevant des questions de droit, les parties auraient avantage à soumettre ces questions à des arbitres ayant une solide formation juridique.

A. Avis d'experts

6.27. *En général.* Le recours à l'avis d'expert peut permettre le règlement rapide d'un différend qui ne soulève que des questions de fait. Toutefois, la nature du différend factuel doit être simple pour qu'une décision d'expert suffise à résoudre le différend. Un exemple de simple différend factuel dans le cadre d'un contrat d'investissement en terres agricoles est la réalité contestée de la dégradation des sols. Une expertise peut suffire aux parties pour établir si les dispositions contractuelles en matière d'indemnisation et de mesures de réparation pour la dégradation des sols peuvent être invoquées à l'encontre de la partie défaillante. Un contre-exemple d'une simple question de fait est un différend portant sur la mesure dans laquelle un investisseur s'est conformé à ses obligations contractuelles de conserver la qualité du sol, et qui lui, implique une question de droit. En effet, ce différend soulève des questions juridiques d'interprétation du contrat et de preuve qui nécessitent l'intervention d'un conseil juridique, et qu'il est peu probable qu'une expertise seule puisse résoudre.

6.28. *Procédures de nomination.* Lorsqu'un différend peut être réglé par un avis d'expert, l'expert ou le groupe d'experts chargé de se prononcer est normalement nommé d'un commun accord par les parties au différend, qui peuvent être des parties contractantes ou non contractantes. Chaque partie peut aussi nommer un expert, et les experts nommés peuvent convenir d'un autre expert. Les parties au différend peuvent également demander la nomination d'un expert ou d'un groupe d'experts auprès d'une institution arbitrale ou d'un organisme professionnel compétent. Dans ce cas, le ou les experts seront nommés conformément aux règles ou procédures institutionnelles.

6.29. *Qualifications de l'expert.* Lorsqu'elles nomment des experts, les parties au différend devraient s'assurer que les qualifications, l'expérience et la réputation professionnelle de ces experts font preuve de leur haut niveau d'aptitude dans le domaine ou l'affaire en cause. Sauf accord contraire des parties au différend, les experts doivent être indépendants des parties (c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas, par exemple, être des employés par l'une des parties au différend). Lorsqu'elles nomment des experts, les parties au différend peuvent également tenir compte de leur disponibilité, de leur lieu de résidence au cas où une inspection sur place serait nécessaire, de leurs compétences linguistiques et du coût de leurs services.

6.30. *Rapport de l'expert.* L'avis de l'expert peut être rendu dans un rapport écrit. Un projet de rapport peut être distribué aux parties au différend pour commentaires, et le rapport final devrait traiter ces commentaires. Bien que le rapport final vise à résoudre le différend, le recours à l'avis d'expert n'empêche généralement pas les parties au différend d'avoir accès ultérieurement à d'autres formes de règlement non judiciaire ou judiciaire des différends.

B. Négociation et médiation

6.31. *En général.* La négociation et la médiation sont des formes de règlement amiable non judiciaire des différends. La médiation comprend la conciliation et toute autre procédure dans le cadre de laquelle un tiers neutre est nommé pour diriger, mais non contraindre, les parties au différend à un règlement. La *négociation* et la médiation peuvent être engagées par des parties contractantes et des non-parties, à condition que toutes les parties à la négociation et à la médiation acceptent que le différend soit réglé de la manière proposée et s'engagent à respecter tout règlement auquel elles pourraient parvenir sur une base volontaire.

La négociation diffère de la médiation dans la mesure où celle-ci est normalement menée par une tierce personne, le médiateur, qui aide les parties en litige à parvenir à un compromis ¹¹. Le médiateur n'a toutefois pas le pouvoir d'imposer une solution si les parties en litige n'y parviennent pas. Ni la négociation, ni la médiation ne garantissent le règlement définitif du différend. Les parties au différend qui ne parviennent pas à un règlement par la négociation ou la médiation sont libres d'explorer d'autres moyens pour régler leur différend.

6.32. *Négociation*. La négociation est un processus relativement informel et confidentiel au cours duquel les parties tentent de parvenir à un règlement par des discussions sans l'intervention d'un tiers. Les parties contractantes qui entretiennent des relations de longue date et qui connaissent bien leurs activités respectives peuvent considérer la négociation comme un moyen de préserver de bonnes relations de collaboration. En revanche, certaines parties contractantes peuvent trouver plus difficile de *négoier* avec une entité avec laquelle elles ont un désaccord, mais qu'elles connaissent peu. Les non-parties qui ont une relation préexistante avec les parties contractantes peuvent aussi trouver la négociation plus attrayante que les non-parties qui n'ont pas de relation préexistante. Si la négociation n'aboutit pas à un règlement entre les parties en litige, l'étape successive est habituellement la médiation.

Médiation. Contrairement à la négociation, la médiation est un processus plus formel dans le cadre duquel les parties en litige tentent d'arriver à un règlement avec l'aide d'un médiateur ¹². La médiation peut intéresser les parties au différend parce qu'elle peut être menée sur une courte période, qu'elle est peu coûteuse et qu'en raison de sa nature confidentielle, elle permet généralement de garder les différends de petite et de grande envergure hors de la vue du public. Les parties au différend doivent expressément accepter de soumettre leur différend à la médiation. Cela peut se faire soit dans une clause contractuelle, soit hors contrat. La médiation peut être effectuée selon une procédure *ad hoc* ou conformément aux règles institutionnelles conçues pour les médiations. Dans le premier cas, les parties au différend déterminent la procédure et conviennent d'un médiateur dont les qualités correspondent à leur situation particulière. Dans le deuxième cas, les parties au différend ont recours à la médiation sous les auspices d'une institution qui désigne les règles de procédure et recommande un médiateur. Les parties contractantes peuvent également stipuler que le recours à la médiation est une condition préalable à la soumission du différend à des procédures obligatoires de règlement des différends telles que l'arbitrage ou les litiges devant les tribunaux nationaux. Sauf accord contraire des parties, le médiateur n'agit pas comme arbitre du différend et ne rend pas une décision qui lie les parties à la médiation ¹³.

C. Arbitrage

6.33. *En général*. L'arbitrage est une forme consensuelle de règlement non judiciaire des différends. Bien que le consentement à l'arbitrage vise le consentement des parties contractantes, les non-parties ayant des intérêts en jeu peuvent souhaiter participer à la procédure arbitrale. Les non-parties au différend qui sont également parties contractantes peuvent participer en demandant à être associées à la procédure. La participation de non-parties à la procédure arbitrale requiert généralement le consentement des parties contractantes. Les différends découlant des contrats d'investissement en terres agricoles peuvent être soumis à un arbitrage prévu par le contrat ou en vertu d'un traité.

6.34. *Arbitrage contractuel*. Dans l'arbitrage contractuel, le consentement des parties contractantes à l'arbitrage peut être consigné dans une clause compromissoire du contrat ou dans un accord séparé après la naissance du litige. Un accord d'arbitrage peut être consigné par écrit, verbalement ou par d'autres

¹¹ CNUDCI. 2018. Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlements internationaux issus de la médiation (modifiant la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale de 2002), Art.1, note 2.

¹² OHADA. 2017. Acte uniforme relatif à la médiation, arts. 1,4, 7-9.

¹³ CNUDCI. 2018. Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlements internationaux issus de la médiation (modifiant la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale de 2002), art. 13.

moyens¹⁴. Il devrait définir clairement les questions que les parties contractantes consentent à soumettre à l'arbitrage *et*, si elles souhaitent recourir à l'arbitrage sous les auspices d'une institution arbitrale, identifier correctement cette institution. Un accord d'arbitrage devrait également préciser le siège de l'arbitrage et peut indiquer la langue de l'arbitrage ainsi que le nombre d'arbitres chargés d'examiner et de statuer sur le litige. Une fois que le consentement à l'arbitrage est donné par les parties contractantes, il ne peut être retiré unilatéralement. Un accord d'arbitrage valable crée une obligation qui lie toutes les parties de se soumettre à l'arbitrage et empêche généralement toute partie de demander un règlement judiciaire du différend.

6.35. *Autonomie*. Dans l'arbitrage contractuel, un accord d'arbitrage est séparable du contrat principal¹⁵ et permet au tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence sans avoir recours aux tribunaux.¹⁶ En vertu du principe d'autonomie, le fait qu'un tribunal arbitral constate la nullité du contrat *ab initio* ou sa résiliation ultérieure n'affecte pas la validité d'une clause compromissoire¹⁷. En vertu du principe dit de la « *kompetenz-kompetenz* », un tribunal arbitral est seul juge de sa compétence pour connaître d'un différend. Une partie contractante peut contester la décision du tribunal arbitral devant les tribunaux de l'État dans lequel l'arbitrage a son siège. La procédure et l'issue de la contestation sont déterminées par le droit interne de cet État. Si le tribunal conclut que la convention d'arbitrage est valide, il ordonne la suspension des procédures judiciaires et renvoie les parties contractantes à l'arbitrage. Dans le cas contraire, les parties contractantes ne seront pas contraintes de se soumettre à l'arbitrage, et les parties contractantes pourront envisager une forme de règlement non judiciaire autre que l'arbitrage ou le règlement judiciaire de leur différend. Afin de minimiser les conflits de compétence entre les tribunaux arbitraux et d'autres organes de règlement des différends, les parties contractantes devraient rédiger une clause compromissoire exprimant clairement leur intention d'arbitrer.

6.36. *Participation de non-parties*. Dans l'arbitrage contractuel, les non-parties au contrat peuvent, à titre exceptionnel, participer à la procédure en soumettant des observations au tribunal arbitral ou en assistant à une audience. Les non-parties au différend peuvent participer en demandant à être associées à la procédure. Une demande de jonction peut être soumise à des délais et être prescrite après une certaine date, et peut être rejetée par le tribunal arbitral si elle porte préjudice à l'une quelconque des parties en litige existantes¹⁸. Lorsqu'un arbitrage est conduit conformément aux règles de procédure conçues par les parties contractantes au différend, la possibilité et les modalités de la participation d'un tiers (qu'il s'agisse du contrat ou du différend) relèvent d'un accord entre les parties contractantes en litige. Lorsqu'un arbitrage est mené conformément aux règles de procédure d'une institution arbitrale choisie, la possibilité et les modalités de la participation de tiers peuvent être précisées dans les règles institutionnelles applicables.

6.37. *Arbitrage fondé sur des traités*. Dans l'arbitrage fondé sur un traité, il doit y avoir consentement entre l'investisseur et l'État hôte (c'est-à-dire l'État de l'investissement), et ce consentement est donné séparément. Premièrement, le consentement de l'État à l'arbitrage se trouve dans un accord international d'investissement (AII) bilatéral ou multilatéral. Les AII sont conclus entre États et confèrent une protection aux investissements éligibles des investisseurs qui sont des ressortissants de l'autre État contractant ou des autres États contractants. Dans la plupart des AII, l'État contractant consent à soumettre à l'arbitrage une catégorie donnée de différends relatifs à des investissements éligibles avec des investisseurs éligibles. Deuxièmement, le consentement de l'investisseur à l'arbitrage, donné après la naissance d'un différend avec l'État hôte, est contenu dans une demande d'arbitrage avec l'État qui renvoie à l'AII applicable. Une fois que l'État hôte et l'investisseur ont donné leur consentement à l'arbitrage, l'arbitrage se déroule conformément à la procédure définie ou aux règles institutionnelles citées en référence dans l'AII applicable. Au moment de la rédaction du présent Guide, les rédacteurs prennent note des travaux en cours du Groupe de travail

¹⁴ CNUDCI. 2006. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, art. 7 (Option 1).

¹⁵ CNUDCI. 2006. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, art. 16(1); accompagné de Note Explicative, para. 25.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Voir Le Guide juridique sur l'agriculture contractuelle, 2015, p. 202.

¹⁸ CNUDCI. 2010. Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 17(5).

III de la CNUDCI sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États. Les propositions de réforme vont de modifications mineures à une refonte du régime actuel d'arbitrage fondé sur les traités. Sans préjuger ou exprimer une préférence pour une éventuelle recommandation finale du Groupe de travail, le présent Guide note le point actuellement atteint, à savoir la confirmation du recours à l'arbitrage basé sur les traités pour le règlement des différends entre investisseurs et États.

6.38. *Aspects procéduraux particuliers de l'arbitrage fondé sur des traités.* Les différends dans le cadre des contrats d'investissement en terres agricoles peuvent être soumis à un arbitrage fondé sur des traités lorsque l'AII applicable reconnaît expressément que les contrats ou les droits créés par contrat sont des investissements protégés. Les différends entre investisseurs et États d'origine contractuelle peuvent également être soumis à un arbitrage en vertu du traité lorsque l'AII applicable n'énumère pas expressément les contrats ou les droits inscrits par contrat comme étant des investissements protégés, mais confère une protection aux droits et intérêts ayant une valeur économique, quelle que soit leur fondement. En revanche, les différends entre investisseurs et États d'origine contractuelle ne peuvent être soumis à un arbitrage en vertu du traité si l'AII applicable exclut expressément de la protection les contrats et les droits contractuels. Bien que la plupart des actions formées par des investisseurs contre des États dans le cadre d'un arbitrage en vertu d'un traité allègue la violation de l'AII applicable (qui sont donc des actions fondées sur le traité), certains investisseurs peuvent également alléguer la violation du contrat sous-jacent (comme actions contractuelles). La question de savoir si un tribunal arbitral en vertu d'un traité est habilité à connaître tant des demandes contractuelles que des demandes fondées sur le traité dépend de la portée du consentement à l'arbitrage des États contractants dans l'AII applicable.

6.39. *Aspects de fond particuliers de l'arbitrage fondé sur des traités.* Dans l'arbitrage fondé sur un traité, l'investisseur est le demandeur, tandis que l'État est le défendeur. Ceci est différent de l'arbitrage contractuel où l'une ou l'autre des parties contractantes peut être le demandeur ou le défendeur. En effet, la plupart des AII, qui se limitent à énoncer les obligations des États contractants en matière de protection des investissements, ne peuvent être invoqués que par les investisseurs contre ces États, et non l'inverse. Selon l'AII, l'État peut être en mesure d'introduire une demande reconventionnelle contre l'investisseur. Certains AII plus récents imposent aux investisseurs l'obligation de respecter les droits de l'homme et de respecter des normes élevées de responsabilité sociale des entreprises lorsqu'ils opèrent dans l'État hôte. Toutefois, ces nouveaux AII ne permettent pas expressément aux États d'engager des actions contre les investisseurs qui ne respectent pas ces obligations. Lorsqu'il invoque un AII, l'investisseur prétend que l'État a violé des obligations internationales qui lui sont dues à lui-même ou à son investissement. Les obligations communes en matière d'AII comprennent l'octroi d'un traitement juste et équitable aux investisseurs protégés et à leurs investissements¹⁹, la garantie que les investissements protégés ne seront pas expropriés en l'absence d'une utilité publique, d'une indemnisation appropriée et d'une procédure régulière²⁰, et l'engagement - quoique moins fréquent dans les nouveaux et récents AII - de respecter toutes les obligations contractées par l'État hôte avec les investisseurs²¹. La demande et toute demande reconventionnelle seront entendues par un tribunal arbitral constitué conformément à la procédure définie ou aux règles institutionnelles citées en référence dans l'AII applicable. Tout comme les tribunaux arbitraux qui tiennent leurs pouvoirs d'un contrat, les tribunaux arbitraux qui tiennent leurs pouvoirs des AII peuvent se prononcer sur leur propre compétence juridictionnelle et, lorsque la compétence est établie, se prononcer sur le fond de l'action.

6.40. *Intérêt public et transparence.* Dans l'arbitrage basé sur les traités, les investisseurs contestent la légalité des mesures prises par l'État hôte, et partant, l'opportunité de l'exercice de la souveraineté, qui affecte leur investissement. Le fondement de l'intérêt général invoqué dans l'arbitrage entre investisseurs et États a conduit à réclamer une plus grande transparence dans les procédures d'arbitrage qui sont traditionnellement confidentielles. À cet égard, le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités prévoit que les documents essentiels tels que

¹⁹ La clause AII qui établit cette obligation est également connue comme une clause FET (Fair and Equitable Treatment- Traitement juste et équitable).

²⁰ La clause AII qui établit cette obligation est également connue comme une clause d'expropriation.

²¹ La clause AII qui établit cette obligation est également connue comme clause-parapluie.

les mémoires des parties et les déclarations des témoins doivent être mis à la disposition du public sur demande ²² et que les parties autres que les investisseurs demandeurs et les États défendeurs peuvent soumettre des observations sur les questions s'inscrivant dans le cadre du litige ²³, pour autant que la publication des documents et leur participation ne compromettent ni la protection des informations confidentielles ni l'intégrité du processus arbitral ²⁴. Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence permet la participation des détenteurs de droits fonciers légaux non étatiques, des détenteurs de droits fonciers légitimes et des membres de la communauté locale dans un arbitrage investisseur-État. En dehors du Règlement sur la transparence de la CNUDCI, la publication de documents importants et la participation de ces détenteurs et participants à des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités peuvent être réglementées par des règles d'arbitrage institutionnel. Dans d'autres arbitrages ou en l'absence de règles d'arbitrage institutionnel applicables, ces questions sont tranchées par les tribunaux arbitraux, avec le consentement de l'investisseur et de l'État, au cas par cas.

6.41. *Règles de procédure.* Bien que les parties à un arbitrage, qu'elles soient des parties contractantes ou non, soient libres de convenir d'une procédure arbitrale, de recourir à des règles de procédure institutionnelle ou à des règles de procédure pour les arbitrages *ad hoc* ²⁵, elles peuvent également adopter des règles déjà établies. Ces règles fixent les délais de dépôt des demandes et des mémoires en défense, la constitution des tribunaux, les dispositions à prendre pour obtenir des mesures provisoires, le déroulement des audiences et la possibilité d'exercer un recours contre une sentence arbitrale rendue par le tribunal. Les parties à l'arbitrage ont un droit égal d'être entendues. Le non-respect de cette règle peut affecter la validité de la sentence.

6.42. *Sentences.* L'arbitrage se conclut avec la sentence finale rendue par le tribunal. La sentence lie les parties au litige. Dans un arbitrage fondé sur le contrat requis par une partie contractante contre une autre, et auquel participeraient des membres de la communauté locale affectée, la sentence rendue liera les parties contractantes en litige, mais pas les membres de la communauté locale. Dans un arbitrage fondé sur un traité entre un investisseur et l'État, et dans lequel un détenteur de droits fonciers légitimes aurait présenté des observations écrites, la sentence rendue liera l'investisseur plaignant et l'État, mais non le détenteur de droits fonciers légitimes. Une sentence arbitrale peut être exécutée volontairement par la partie qui a succombé et est tenue à indemniser. Si celle-ci ne s'exécute pas volontairement, la partie qui a eu gain de cause peut demander l'exécution de la sentence devant les tribunaux nationaux. L'exécution de la sentence est régie par des instruments internationaux, tels que la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York) ²⁶ ainsi que par la législation nationale. Les motifs de refus de l'exécution ou d'annulation d'une sentence arbitrale se limitent à ceux prévus par les traités et le droit interne, ce qui garantit le caractère définitif du règlement des différends par voie d'arbitrage (voir aussi la partie V ci-dessous concernant l'exécution).

IV. RÈGLEMENT JUDICIAIRE DES DIFFÉRENDS

6.43. *Introduction.* Les parties en conflit qui choisissent d'intenter une procédure judiciaire seront assujetties aux lois du for. Si les tribunaux de l'État d'accueil ont compétence exclusive sur les litiges concernant les terres qui s'y trouvent situées ²⁷, les parties en conflit doivent porter leur litige devant ces tribunaux. Si les tribunaux de cet État n'ont pas compétence exclusive, les parties en litige peuvent porter leur litige devant un tribunal de leur choix.

²² Règlement de la CNUDCI sur la transparence, art. 3.

²³ *Id.*, arts. 4-5.

²⁴ *Id.*, arts. 7.

²⁵ Voir par exemple CNUDCI. 2010. Règlement sur l'arbitrage.

²⁶ Signé le 10 juin 1958, entrée en vigueur le 7 juillet 1959.

²⁷ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 24(1).

6.44. *Sélection du for.* Lorsqu'elles choisissent le tribunal, les parties en conflit devraient tenir compte des droits procéduraux sur les délais de prescription et la réglementation des litiges, ainsi que de toute pratique pertinente, qui peut varier considérablement d'un système juridique à l'autre. Par exemple, les litiges portant sur les effets des activités agricoles sur les enfants de la communauté locale, et pour autant que les parties puissent choisir le tribunal compétent, devraient être portés devant une juridiction où les délais de prescription sont plus longs pour les revendications liées à la terre. Cela tient à ce que les conséquences dommageables peuvent prendre de nombreuses années avant de se manifester, et une telle action pourrait être prescrite dans une juridiction où les délais de prescription sont plus courts pour les revendications liées à la terre. D'autres critères pertinents dans le choix du tribunal pour le règlement judiciaire des litiges, par exemple, peuvent être le lieu de constitution ou le siège social de l'investisseur, les conditions de validité de la demande pour la saisine du tribunal ainsi que les lois prévoyant des procédures spéciales. Ces différentes considérations auront un poids variable selon les circonstances du différend et de l'identité des parties en conflit. Par conséquent, un tribunal choisi au regard des aspects pertinents d'un différend pourrait ne pas convenir à un autre différend.

6.45. *Procédures.* Les procédures judiciaires se distinguent de la plupart des formes de règlement non judiciaire des litiges par le niveau élevé de formalité. Le droit fondamental de chaque partie à un procès équitable devant des juges indépendants et impartiaux exige le strict respect des garanties procédurales. Les parties peuvent être tenues d'agir par l'intermédiaire d'avocats rompus aux règles de procédure complexes qui les aideront à soumettre la meilleure réclamation ou défense possible. Lorsqu'elles recourent à une représentation juridique, les parties doivent être conscientes des frais encourus. A l'issue du règlement du litige, les tribunaux peuvent condamner chaque partie à supporter ses propres frais de justice ou la partie perdante aux dépens de la partie gagnante.

6.46. *Tribunaux compétents.* Les parties qui choisissent le règlement judiciaire des différends peuvent saisir les tribunaux de l'État hôte ou saisir un tribunal international ou régional. Le choix de saisir des tribunaux nationaux ou des tribunaux internationaux ou régionaux dépend de la nature de la demande et de la compétence juridictionnelle du tribunal. Etant donné que les tribunaux internationaux et régionaux ont une compétence juridictionnelle plus restreinte que les tribunaux nationaux - cette compétence se limitant généralement aux actions pour violation des droits de l'homme ou soulevant des questions de droit international - il existe une plus grande variété de litiges concernant les contrats entre investisseurs et gouvernements ou entre investisseurs et communautés qui sont portés devant les tribunaux nationaux.

A. Tribunaux nationaux

6.47. *En général.* Les parties contractantes peuvent intenter une action et être poursuivies en vertu du contrat devant des tribunaux nationaux. La partie demanderesse devant les tribunaux nationaux n'a pas besoin de l'approbation ou du consentement préalable de la partie défenderesse pour intenter l'action. Dès lors que la demande est conforme aux règles de procédure pertinentes du for, elle sera recevable.

6.48. *Investisseurs.* Un investisseur national qui est partie à un contrat sans clause compromissoire peut porter son différend avec l'autre ou les autres parties contractantes devant les tribunaux de l'État hôte (c'est-à-dire l'État dans lequel les terres sont situées). Un investisseur étranger qui est partie à un contrat sans clause compromissoire peut également porter son différend avec des parties nationales contractantes (par exemple, le gouvernement de l'État hôte ou une collectivité locale de cet État) devant les tribunaux de l'État hôte. Lorsque le défendeur est l'État d'origine de l'investisseur, celui-ci peut être tenu par le droit interne de porter son litige devant les tribunaux nationaux.

6.49. *Autres parties contractantes.* D'autres parties contractantes peuvent également poursuivre un investisseur en vertu du contrat devant les tribunaux nationaux. Lorsque le demandeur est le gouvernement concédant ou une communauté locale, il est probable que l'action sera intentée devant les tribunaux de l'État hôte. Les investisseurs, tant nationaux qu'étrangers, peuvent être poursuivis devant les tribunaux du pays dans lequel l'investissement est situé pour non-exécution, exécution insatisfaisante ou toute autre violation du contrat, ou pour violation des lois nationales dans l'exécution du contrat.

6.50. *Non-parties.* Les non-parties, telles que les détenteurs de droits fonciers légitimes et les membres de la communauté locale, affectées par les activités menées par les parties contractantes et pouvant même avoir des droits en tant que tiers bénéficiaires, peuvent également poursuivre ces dernières devant les tribunaux nationaux. Lorsque le défendeur est un investisseur national ou un gouvernement concédant ou une communauté locale, le différend est de nature interne et les tribunaux de l'État hôte sont le for compétent.

B. Tribunaux régionaux et internationaux

6.51. *En général.* Les parties contractantes et les non-parties peuvent soumettre leurs différends découlant d'un contrat à des tribunaux internationaux ou régionaux pour règlement. A l'heure actuelle, à l'exception de la responsabilité individuelle pour crimes internationaux²⁸, seuls les États peuvent être poursuivis devant les tribunaux internationaux et régionaux.

6.52. *Tribunaux régionaux.* Les investisseurs nationaux et les non-parties de certains pays ont la possibilité de poursuivre l'État dont ils sont ressortissants ou l'État hôte pour violation des droits de l'homme ou dommages environnementaux devant un tribunal sous-régional ou régional. La Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest est un exemple de tribunal sous-régional qui peut statuer sur des plaintes pour violation des droits de l'homme dans les États membres. La Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui applique la Convention américaine relative aux droits de l'homme, est un exemple de tribunal régional qui peut statuer sur des plaintes déposées par des ressortissants et des non-ressortissants contre des États signataires. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour européenne des droits de l'homme sont d'autres exemples de tribunaux régionaux.

6.53. *Protection diplomatique.* Outre agir en vertu des accords internationaux d'investissement applicables à l'encontre des États d'accueil, comme expliqué plus haut dans la partie III.C., les investisseurs étrangers peuvent demander la protection diplomatique de leur État d'origine. Comme l'octroi de la protection diplomatique pour les différends contractuels est peu fréquent et discrétionnaire, peu d'investisseurs sollicitent l'assistance de leur pays d'origine s'ils peuvent tenter une action directement contre l'État hôte. La protection diplomatique consiste "en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité"²⁹. L'action diplomatique peut consister en des négociations au niveau interétatique, tandis que le règlement pacifique peut consister pour l'État d'origine à porter plainte contre l'État hôte devant la Cour internationale de Justice. Toutefois, la compétence de la CIJ est limitée aux différends concernant "l'interprétation d'un traité, tout point de droit international, la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait une violation d'un engagement international, et la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international"³⁰. A moins qu'un différend né d'un contrat ne satisfasse clairement à l'un des critères de compétence restreinte de la CIJ, la probabilité que l'État d'origine d'un investisseur accepte d'intenter une action devant la CIJ contre l'État hôte est très faible.

V. EXÉCUTION DES RÈGLEMENTS OU DÉCISIONS RÉGLANT UN DIFFÉREND

6.54. *Introduction.* Lorsqu'un différend a été réglé par des moyens non judiciaires ou judiciaires, les parties au différend doivent se conformer aux modalités de l'accord, du règlement, de la décision, de la sentence ou du jugement. Si la partie au litige qui a reçu l'ordre de prendre ou de s'abstenir de prendre une mesure ou d'indemniser l'autre partie pour son préjudice ne satisfait pas volontairement au règlement ou à la décision rendue, la partie créancière devra engager des procédures d'exécution. Les régimes d'exécution

²⁸ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 25.

²⁹ ILC. 2006. Projet d'articles de la Commission du droit international sur la protection diplomatique, art. 1

³⁰ Statut de la Cour internationale de justice, art. 36(2)(a)-(d).

pouvant varier d'un État à l'autre, la partie créancière devrait connaître les lois applicables du for devant lequel l'exécution est demandée.

6.55. *Exécution par l'intermédiaire des autorités publiques.* Pour obtenir exécution d'un règlement ou d'une décision à l'encontre d'entités privées, le créancier peut avoir recours aux autorités publiques. S'agissant d'une sentence arbitrale, il lui faudra faire demande à un tribunal d'un État dans lequel la partie débitrice a des actifs connus de reconnaître d'abord la sentence conformément à la Convention de New York ou à la loi nationale applicable, puis d'exécuter la sentence sur les actifs connus du débiteur. Il peut arriver que le créancier doive demander une ordonnance au tribunal pour empêcher le débiteur de disposer de ses biens. Satisfaction est obtenue lorsque le tribunal ordonne la saisie et la vente des biens du débiteur.

6.56. *Exécution par des moyens privés.* Une autre méthode consiste à poursuivre l'exécution par des moyens privés. De tels moyens peuvent être inscrits dans le contrat. En outre, le créancier peut envisager d'inscrire le débiteur sur une "liste noire", par une annonce officielle ou autrement. Une sanction touchant à la réputation est susceptible de miner les possibilités de contrats et les profits futurs du débiteur. Une partie réagira positivement aux moyens privés d'exécution si les avantages qui en découlent l'emportent sur les coûts de l'inexécution.

6.57. *Exécution à l'encontre du gouvernement.* Pour exécuter un règlement ou une décision à l'encontre d'un gouvernement, la partie créancière peut également avoir recours aux autorités publiques. Les sentences rendues dans le cadre d'un arbitrage investisseur-État peuvent être reconnues et exécutées contre les actifs de l'État défendeur devant les tribunaux nationaux conformément à la Convention de New York ou à la loi nationale applicable. Si l'arbitrage investisseur-État a été mené conformément à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI), la sentence est reconnue et exécutée par les tribunaux de tout État signataire de la Convention comme un jugement définitif rendu par un tribunal de cet État³¹. La Convention de New York et de la Convention CIRDI, qui facilitent toutes deux l'exécution des sentences arbitrales, pourront être applicables si l'État auprès duquel l'exécution est demandée est partie à l'une ou l'autre de ces Conventions.

6.58. *Immunité souveraine.* Les États peuvent invoquer l'immunité souveraine d'exécution sur les biens de l'État. De nombreux États reconnaissent une immunité souveraine d'exécution limitée, tandis qu'un petit nombre d'État reconnaît l'immunité souveraine absolue. Dans le premier cas, seuls les actifs de l'État expressément affectés ou jugés par les tribunaux comme servant des fins étatiques, tels que les aéronefs militaires et les fonds détenus par la banque centrale, sont à l'abri de toute exécution. Dans le deuxième cas, tous les biens de l'État, qu'ils servent à des fins étatiques ou commerciales, sont protégés contre l'exécution. La reconnaissance de l'immunité limitée ou absolue est laissée à la discrétion de chaque État.

6.59. *Importance d'une application efficace de la loi.* Que l'exécution d'un règlement, d'une sentence ou d'une décision judiciaire soit demandée par un investisseur national, un investisseur étranger, un concédant ou des non-parties à l'encontre de parties contractantes, tous les États doivent veiller à ce qu'il existe un régime d'exécution efficace pour assurer une véritable réparation³².

³¹ Signé le 18 mars 1965, entré en vigueur le 14 octobre 1966, art. 54(1).

³² Principes directeurs des Nations Unies, pp. 3-12, 27-35.

ANNEXE I: RÉCAPITULATION DES QUESTIONS CLÉS

INTRODUCTION

- Lors de la programmation d'un investissement dans un nouveau projet agricole ou dans un projet agricole existant, tenir compte qu'il existe des besoins en investissements agricoles plus importants et plus responsables, envisager les objectifs clés de l'investissement et les diverses formes possibles en mettant l'accent sur des modèles qui protègent les droits fonciers existants et incluent les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales (Partie I), comme le prévoient en général les Principes directeurs des Nations Unies, les Directives volontaires et les Principes CSA-RAI (Intro. 3 et Préface, Partie I, Vue d'ensemble et objectifs).
- Considérer le rôle important des contrats et des accords connexes dans les investissements en terres agricoles et la meilleure façon de préparer, négocier et mettre en œuvre ces contrats et accords pour atteindre ces objectifs clés (Intro. 4 à 6), notamment en envisageant divers arrangements contractuels potentiels (Partie II.A), en négociant et en consultant les diverses parties et les parties prenantes possibles (Partie II.B) concernant un projet potentiel ou en cours.

CHAPITRE 1 – LE CADRE JURIDIQUE

- Examiner et comprendre les sources du droit, nationales et internationales, en collaboration avec les conseils juridiques locaux (Partie I), notamment:
 - en tenant compte de la hiérarchie des règles au sein de l'État dans lequel l'investissement est ou sera effectué (Partie I.A);
 - en analysant s'il existe des règles coutumières applicables et, dans l'affirmative, si elles sont reconnues et compatibles avec d'autres sources (par exemple, non discriminatoires en raison du genre) (paras. 1.11-1.12);
 - en identifiant les traités internationaux applicables: ceux qui sont contraignants et auxquels les parties doivent se conformer et ceux qui ne le sont pas mais auxquels les parties doivent se conformer, ainsi que les traités d'investissement (para. 1.13), les instruments intergouvernementaux (par exemple les Principes directeurs des Nations Unies, les Directives volontaires, les Principes CSA-RAI et les instruments pertinents d'UNIDROIT) et les documents d'orientation (paras. 1.16-1.17) qui pourraient être applicables; et
 - en ayant connaissance des décisions judiciaires pertinentes, qu'elles soient nationales (paras. 1.10 à 1.12) ou internationales (para. 1.15).
- Évaluer le cadre juridique, notamment les domaines pertinents du droit (Partie II), afin d'identifier les règles impératives auxquelles les parties doivent se conformer (para. 1.4) et toute lacune ou insuffisance dans ce droit et, en ce qui concerne ces lacunes:
 - examiner si ces lacunes (par exemple, l'absence de protections pour les détenteurs de droits fonciers légitimes) peuvent être comblées par des dispositions contractuelles; et
 - si ce n'est pas le cas, évaluer s'il n'y aurait pas lieu de renoncer à l'investissement proposé (para. 1.6).

CHAPITRE 2 - PARTIES, ACCORDS CONTRACTUELS, DILIGENCE REQUISE ET FORMATION

- Discuter et prendre des mesures pour comprendre, protéger et respecter les droits des détenteurs de droits fonciers légitimes (Partie I) - qui diffèrent de ceux des détenteurs de droits fonciers légaux - en les impliquant dans les opérations contractuelles, en exerçant la diligence requise et en cherchant à les faire participer à l'élaboration des contrats.
- Considérer les différentes parties et parties prenantes potentielles, en particulier les investisseurs, les concédants, les détenteurs de droits fonciers légitimes et les autres parties prenantes, comme les communautés locales, les peuples autochtones et les organismes gouvernementaux (Partie II).
- Considérer les différents accords possibles pour équilibrer les différents intérêts de ces parties et des parties prenantes, notamment les contrats entre investisseurs et concédants (Partie III.A), les contrats multipartites (Partie III.B.1), les accords connexes (Partie III.B.2) et les contrats avec des détenteurs de droits fonciers légitimes comme tiers bénéficiaires (Partie III.B.3).
- Identifier les parties et les parties prenantes possibles en procédant à un recensement de ces parties (Partie IV.A.1) et à des consultations, et:
 - en prenant des mesures pour assurer des consultations véritables (Partie IV.A.1(a)); et
 - en obtenant un consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause pour un projet ayant une incidence sur les peuples autochtones (partie IV.A.1(b)).
- Déterminer si les terres identifiées conviennent et sont disponibles et estimer leur valeur (Partie IV.B.1(a)), si les ressources nécessaires sont également disponibles (Partie IV.B.1(b)), élaborer un plan de développement pour le projet proposé ou en cours concernant les terres et les ressources (Partie IV.B.1(c)), et
 - en ce qui concerne les terres et des ressources, accorder une attention particulière aux droits existants sur ces terres, à la fois pour protéger et respecter les droits de tout détenteur de droits fonciers légitime et pour faire participer les parties prenantes concernées à l'évaluation (para. 2.82); et
 - si le projet concerne des terres qui doivent être expropriées ou qui ont déjà été expropriées - avec l'expulsion de ces détenteurs - ce projet devrait être reconsidéré (paras. 2.84-2.86).
- Effectuer les études d'impact nécessaires pour identifier les incidences potentielles d'un projet (Partie IV.B.2) - notamment en ce qui concerne les droits humains (Partie IV.B.2(a)), l'environnement (Partie IV.B.2(b)), les aspects sociaux (Partie IV.B.2(c)) ou économiques (Partie IV.B.2(d)) - en s'assurant que ces études incluent tous les éléments essentiels (para. 2.99), tout en sachant que toutes les évaluations peuvent ne pas être requises dans un contexte particulier (para. 2.100); et
 - à partir de ces évaluations, déterminer si les dispositions du contrat d'investissement en terres agricoles ou d'un accord connexe pourraient éviter ou atténuer les répercussions potentielles (voir le Chapitre 3 en général, ainsi que les Chapitres 4-6); et
 - si des incidences négatives importantes - qui ne peuvent être évitées ou atténuées par le contrat ou un accord connexe - sont envisagées, ce projet devrait être reconsidéré.
- Se conformer aux exigences et aux orientations relatives à la négociation et à la formation des contrats (Partie V), notamment:
 - pour la présentation et l'examen des propositions d'investissement, qui doivent être effectuées d'une manière transparente tenant compte des incidences, des protections et de leur conformité aux plans de développement (Partie V.A) et aboutir à la publication du contrat et des accords connexes, sous réserve des informations confidentielles (para. 2.126);

- pour les négociations ou renégociations, qui doivent être menées de manière inclusive et transparente (Partie V.B), pour assurer la validité de tout contrat, accord ou modification de ceux-ci (Partie V.B.1) et assurer que les parties et parties prenantes sont dûment représentées et bénéficient de l'aide juridique nécessaire (Partie V.B.2); et
- pour le contrat ou l'accord qui en résulte, qui doit répondre aux exigences de forme et de contenu, faute de quoi le contrat ou l'accord pourrait être nul ou comporter l'application de diverses sanctions (Partie V.B.3).

CHAPITRE 3 – DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES

- L'évaluation du cadre juridique (Chapitre 1) et l'exercice de la diligence requise (Chapitre 2) serviront de base aux dispositions contractuelles - qui peuvent donner effet au droit interne, en compléter les insuffisances éventuelles et prévoir des protections contre les incidences négatives (paras 3.1-3.6), les aspects et clauses ci-après devant être envisagés à cet égard.
- En ce qui concerne le régime foncier (Partie I), prendre en considération et préciser si nécessaire:
 - La localisation et la description des terres (Partie I.A), avec, le cas échéant, les clauses concernant l'attribution de terres supplémentaires;
 - les droits fonciers à accorder (Partie I.B.1), y compris les droits d'utilisation (para. 3.15), d'accès et de contrôle des terres (paras 3.15-3.16), des ressources (paras 3.17-3.20) et des installations (para. 3.22), ainsi que tout droit non octroyé ou réservé au concédant ou pour protéger et respecter les droits des détenteurs de droits fonciers légitimes (para. 3.21);
 - les éventuels droits connexes (Partie I.B.2), y compris l'accès aux services (Partie I.B.2(a)), l'utilisation et la construction d'infrastructures (Partie I.B.2(b)), et autres droits nécessaires aux activités du projet (concernant par exemple, l'importation, l'exportation, le transport et l'accès au marché) (Partie I.B.2(c));
 - les paramètres de développement du projet (Partie I.C), y compris les objectifs, les délais, les indicateurs de performance et les incitations, à considérer de façon conjointe, par exemple, avec les conditions de durée et de renouvellement (Partie I.D), le suivi (Partie V.A), le réexamen périodique (Partie V.B.5), les situations de force majeure (Chapitre 4.II.A) et le transfert et la restitution (Chapitre 5); et
 - les conditions de durée et de renouvellement de l'octroi de ces droits (Partie I.D), à considérer de façon conjointe avec les paramètres de développement du projet (Partie I.C) et les dispositions relatives à l'examen périodique (Partie V.B.5).
- En ce qui concerne les aspects économiques et sociaux (Partie II), prendre en considération et préciser si nécessaire:
 - les prestations monétaires en échange des droits accordés (Partie II.A), qui peuvent varier en fonction de la forme du projet et des autres prestations en vertu du contrat d'investissement en terres agricoles et de tout accord connexe, ainsi que le calendrier et la forme de ces contributions (para. 3.66) et toute exigence de capitalisation pour assurer que l'investisseur dispose des ressources adéquates (para. 3.67);
 - la création d'emplois, l'accès à l'emploi et les droits du travail (Partie II.B), qui peuvent offrir aux détenteurs de droits fonciers légitimes des emplois de qualité sur le projet (paras. 3.70-3.71), en soulignant l'importance d'inclure ces détenteurs de manière à réduire la ségrégation professionnelle (paras. 3.78-3.79) et de respecter les normes et droits internationaux en matière de travail et de conditions de travail (paras. 3.80-3.82);
 - les relations avec l'économie locale (Partie II.C), qui peuvent promouvoir un développement inclusif dans la zone du projet et peuvent comporter des incitations (para. 3.88) ou des exigences de performance (paras. 3.90-3.91) en vue d'établir davantage de liens avec l'économie locale;
 - l'agriculture contractuelle, les programmes de cultivateurs sous-traitants et les relations avec la chaîne d'approvisionnement (Partie II.D), avec différentes modalités pour que le

- projet implique les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, certains paramètres minimaux et aspects clés de ces dispositions devant être spécifiés dans le contrat d'investissement en terres agricoles ou un accord connexe (paras. 3.100-3.102); et
- les fonds de développement communautaire et les infrastructures sociales (Partie II.E), par lesquels l'investisseur fait des apports monétaires ou en nature à des fonds ou à des projets communautaires afin de partager les avantages de l'investissement et pour lesquels il existe une variété de pratiques contractuelles et de questions à aborder dans le contrat d'investissement en terres agricole ou un accord connexe (paras. 3.106-3.107).
- En ce qui concerne les questions environnementales (Partie III), prendre en considération et préciser si nécessaire:
 - Les règles de droit interne, régional et international applicable dans le cadre de l'évaluation du cadre juridique (Chapitre 1), ainsi que les instruments pertinents en matière de responsabilité sociale des entreprises et le rôle que les contrats d'investissement en terres agricoles et les accords connexes peuvent jouer dans la protection environnementale (Partie III.A);
 - les résultats des études d'impact sur l'environnement (Chapitre 2.IV.B.2(b)) et la manière dont ces impacts pourraient être traités par des dispositions contractuelles (para. 3.114); et
 - les dispositions, si nécessaire et conformément à la loi applicable, concernant la prévention de la pollution (para. 3.116), la dégradation des sols (para. 3.118), la protection de l'eau (para. 3.117) et des écosystèmes (para. 3.119), la gestion des déchets (para. 3.121) et l'atténuation du changement climatique (para. 3.120), ainsi que les dispositions relatives au suivi (para. 3.122) et à la clôture du projet (para. 3.123).
 - En ce qui concerne la protection de l'investissement et le droit de réglementer (Partie IV), prendre en considération et préciser si nécessaire:
 - la nécessité d'un équilibre entre la protection de l'investissement de la part de l'investisseur et le droit de réglementer de l'État dans lequel cet investissement est ou sera situé (paras. 3.125 à 3.129), en vertu du droit applicable (Chapitre 1) et de tout accord international d'investissement applicable (Chapitre 1.B, para. 1.13 et Chapitre 6.III.C, paras 6.39-6.41); et
 - en fonction de cet équilibre, des dispositions pour les contrats d'investissement en terres agricoles entre investisseurs et gouvernements, traitant au besoin des circonstances dans lesquelles un gouvernement peut exproprier l'investissement d'un investisseur (Partie IV.A) et la sécurité physique (Partie IV.B) et juridique de l'investissement (Partie IV.C), sans oublier qu'un projet d'investissement responsable et durable ne devrait pas exiger des dispositions de sécurité étendues.
 - En ce qui concerne le suivi et la mise en oeuvre (Partie IV), prendre en considération et préciser si nécessaire:
 - les modalités de suivi et de mise en œuvre du projet, l'accent étant mis en particulier sur l'importance d'une communication ouverte entre les parties et les parties prenantes (para. 3.146);
 - qui est responsable du suivi des différentes obligations du contrat d'investissement ou d'un accord connexe, ainsi que des méthodes et normes applicables suivi (Partie V.A.1);
 - comment les investisseurs (Partie V.A.2(a)) et les concédants (Partie V.A.2(b)) doivent rendre compte des activités de suivi et du projet dans son ensemble, entre eux et avec les parties prenantes et le grand public, en tenant compte des obligations de rendre compte prévues par la législation applicable et les normes internationales concernant les rapports, et sous réserve des informations confidentielles (Partie V.A.2(c)); et

- les conditions relatives aux autorisations et licences, aux assurances, aux garanties d'exécution et aux titres obligataires sous réserve de performance environnementale, les notifications et l'examen périodique de l'exécution du contrat (Partie V.B).

CHAPITRE 4 – INEXÉCUTION ET MOYENS CONTRACTUELS

- Examiner, en relation avec la loi applicable, les situations possibles dans lesquelles certaines obligations pourraient ne pas être remplies et les conditions dans lesquelles l'inexécution pourrait être excusée, ou les moyens pouvant être mis en œuvre afin d'insérer les dispositions appropriées dans le contrat et promouvoir la prévisibilité, la stabilité et la flexibilité des relations contractuelles (paras. 4.1-4.5).
- En envisageant les moyens pour inexécution y compris pour les cas exceptés de responsabilité, s'assurer qu'ils sont proportionnels, favorisent la coopération entre les parties (Partie I) et sont articulés avec toute obligation de suivi convenue (Chapitre 3.V) et aux mécanismes de règlement des réclamations et des différends (Chapitre 6).
- En ce qui concerne les cas exceptés de responsabilité (Partie II), prendre en considération et préciser si nécessaire:
 - pour la force majeure (Partie II.A), les événements constitutifs de force majeure et leurs conséquences;
 - pour le changement de circonstances (Partie II.B), la diversité des approches en droit interne, les circonstances particulières donnant lieu à une situation de hardship et les conséquences de cette situation; et
 - pour les contrats entre investisseurs et gouvernements, les circonstances particulières pouvant résulter des troubles civils et des situations de nécessité (Partie II.C.).
- En ce qui concerne les moyens (Partie III), prendre en considération et préciser si nécessaire:
 - le rôle du comportement de la partie lésée dans l'inexécution, notamment l'ingérence (para. 4.44), la contribution à l'inexécution (para. 4.45) et l'obligation d'atténuation (paras. 4.46-4.47);
 - les moyens en nature (Partie III.B.1), qui comprennent la suspension de l'exécution (para. 4.50), le droit à l'exécution (paras. 4.51-4.52) et les mesures correctives et le droit à la réparation (paras. 4.53 à 4.56);
 - les moyens pécuniaires (Partie III.B.2), qui comprennent la réduction du prix (Partie III.B.2(a)) et les dommages-intérêts (Partie III.B.2(b)), ainsi que le droit aux intérêts et aux indemnités de retard (Partie III.B.2(c)).
 - la renégociation (Partie III.B.3), qui peut permettre d'atténuer les risques et de réviser le contrat ou l'accord connexe;
 - la résiliation et la restitution (Partie III.B.4), notamment les motifs de résiliation, les clauses pénales, la procédure et les effets de la résiliation, qui ne devrait être mise en œuvre qu'en dernier recours; et
 - Les inexécutions de leurs obligations par l'investisseur (Partie III.C.1) et par le concédant (Partie III.C.2) et les moyens correspondants que les autres parties contractantes, y compris les détenteurs de droits fonciers légitimes pourraient mettre en œuvre.

CHAPTER 5 – TRANSFERT ET RESTITUTION

- Aborder les questions de transfert et de restitution afin d'assurer qu'un projet continue d'être effectué de manière responsable et durable et que les terres restent productives et que tous les droits y afférents sont restitués à ceux qui les ont accordés ou cédés en faveur du projet d'investissement (para. 5.1).

- En ce qui concerne le transfert (Partie I), prendre en considération et préciser si nécessaire:
 - les modalités selon lesquelles le projet peut être transféré (Partie I.A), notamment la notification préalable, l'acceptation et le consentement au transfert, ainsi que la façon dont celui-ci affecte tout accord connexe;
 - les modalités selon lesquelles l'investisseur peut transférer ses droits et obligations à un autre investisseur (Partie I.B), y compris les changements de contrôle, les héritiers et les sociétés apparentées, les fusions et les partenariats;
 - les restrictions au transfert (Partie I.C), concernant notamment les terres appartenant à l'État, les opérations foncières à grande échelle et la nationalité de l'investisseur; et
 - l'importance de la divulgation des transferts (Partie I.D).
- En ce qui concerne la restitution, prendre en considération et préciser si nécessaire:
 - les situations donnant lieu à restitution (para. 5.28), généralement la fin du contrat, à son terme prévu ou d'un commun accord;
 - les circonstances de la restitution (Partie II.A), notamment les actifs à restituer, les distinctions entre propriété publique et propriété privée, et la façon dont doivent être traitées les terres, les arbres, les cultures, les bâtiments et les infrastructures, le matériel d'équipement, la technologie et autres actifs;
 - les coûts et les responsabilités (Partie II.B), ceux à qui ils incombent, la détérioration et le délai de la restitution.

CHAPITRE 6 - MÉCANISMES DE RÉCLAMATIONS ET RÈGLEMENTS DES DIFFÉRENDS

- Discuter la façon dont les réclamations et les différends doivent être traités - non seulement pour les parties au contrat ou à un accord connexe, mais aussi pour toutes les autres parties prenantes, y compris les tiers bénéficiaires (para. 6.2) - en vertu du droit applicable (para. 6.3) et prévoir des dispositions pour résoudre ces réclamations et différends en temps opportun afin de promouvoir un projet responsable et durable.
- ce qui concerne les mécanismes de réclamations (Partie I), prendre en considération et préciser si nécessaire:
 - les relations entre ces mécanismes et les évaluations d'impact, les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales et comment les préoccupations de ces détenteurs et communautés peuvent être mieux prises en compte (paras. 6.6-6.7);
 - les divers types de mécanismes (paras. 6.8-6.12); et
 - les meilleures pratiques, qui fournissent des orientations pour la mise en place et la mise en œuvre de mécanismes efficaces de règlement des réclamations (paras. 6.13 à 6.15).
- En ce qui concerne les différends, examiner à la fois l'importance de l'accès à des voies de recours efficaces (Partie II.A) et l'existence effective de telles voies de recours (Partie II.B), en tenant compte de ce qui peut être convenu par les parties (para. 6.17), comment un pouvoir de négociation inégal peut influencer cet accord (para. 6.18), les diverses instances possibles et la participation de tiers (para. 6.21), le for par défaut (para. 6.22) et le consentement (paras. 6.23-6.24).
- En ce qui concerne le règlement non judiciaire des différends (Partie III), prendre en considération le choix d'une ou plusieurs des options suivantes, adaptées aux circonstances particulières: l'avis d'expert pour les différends de fait (Partie III.A), la négociation ou la médiation (Partie III.B) et l'arbitrage (Partie III.C), ce dernier pouvant être fondé sur le contrat (para. 6.36) ou sur un accord international relatif aux investissements (para. 6.39) - avec une attention particulière pour inclure toute autre parties prenantes et tiers bénéficiaires (para. 6.42).

- En ce qui concerne le règlement judiciaire des différends (Partie IV), examiner si les tribunaux de l'État dans lequel les terres sont situés (c'est-à-dire l'État hôte) ont compétence exclusive pour traiter les différends fonciers (para. 6.45) et les différentes actions et procédures devant ces tribunaux nationaux (Partie IV.A) et si certaines demandes pourraient être soumises à des tribunaux internationaux ou régionaux (Partie IV.B).
- En ce qui concerne l'exécution des règlements ou décisions réglant un différend (Partie V), examiner les divers moyens par lesquels un règlement ou une décision pourrait être exécuté afin d'assurer l'existence d'un régime d'exécution efficace, si nécessaire pour assurer une véritable réparation.

ANNEXE II: RESSOURCES – A FAIRE

INDEX

[à compléter]