



CONSEIL DE DIRECTION
89^{ème} session
Rome, 10-12 mai 2010

UNIDROIT 2010
C.D. (89) 7 Add. 4
Original: anglais
avril 2010

Point No. 8 de l'ordre du jour: Programme de travail triennal de l'Organisation (2009-2011)

d) Travaux futurs éventuels dans le domaine du droit privé et du développement

(i) Aspects de droit privé du financement agricole

(Note préparée par le Secrétariat)

<i>Sommaire</i>	<i>Examen de travaux futurs éventuels dans le domaine du droit privé et du développement</i>
<i>Action demandée</i>	<i>Demande d'autorisation du Conseil de poursuivre les recherches préliminaires</i>
<i>Mandat</i>	<i>Futur Programme de travail</i>
<i>Degré de priorité</i>	<i>A déterminer</i>
<i>Documents connexes</i>	<i>C.D. (88) 7 Add. 6; C.D. (88) 17</i>

INTRODUCTION

1. Lors de sa 88^{ème} session, le Conseil de Direction a examiné une note préparée par le Secrétariat contenant un certain nombre de réflexions quant à la possibilité pour UNIDROIT de se lancer dans un nouveau domaine d'activités spécialement centré sur les interactions entre le droit privé et le développement économique et social (C.D.(88) 7 Add. 6).

2. En examinant ces propositions, le Conseil de Direction a fait état des appels réitérés au cours des années précédentes pour qu'UNIDROIT examine de façon attentive les besoins des pays en développement lors de la formulation de recommandations pour le Programme de travail d'UNIDROIT à l'attention de l'Assemblée Générale. Le Conseil a convenu que le mandat large d'UNIDROIT dans le domaine du droit privé offrait à l'Institut un large éventail d'opportunités lui permettant de contribuer aux objectifs de développement établis par la communauté internationale. Un nouveau volet d'activités spécifiquement tournées vers l'interaction entre le droit privé et le développement économique et social, en particulier dans le domaine des investissements et de la production agricoles, mais aussi dans celui des aspects juridiques de l'entreprise sociale, pourrait également

permettre de mieux explorer des synergies avec d'autres organisations intergouvernementales et de développer des projets conjoints avec certaines d'entre elles ¹.

3. La présente note présente les résultats d'une recherche préliminaire menée par le Secrétariat dans un domaine particulier décrit dans le document C.D. (88) 7 Add. 6, à savoir l'interaction entre le droit privé et les investissements et la production agricoles. Il conclut en suggérant ce sur quoi en particulier les travaux d'UNIDROIT pourraient porter, afin qu'ils constituent un complément utile, et non une duplication des travaux déjà entrepris par d'autres organisations, telles que l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et le Fonds international de développement agricole (FIDA).

4. Le Secrétariat relève qu'une grande partie des travaux effectués par des organisations internationales sur les aspects juridiques liés aux investissements et à la production agricoles se sont concentrés sur la mise en œuvre d'objectifs politiques larges, tels que la promotion de l'agriculture afin de réduire la pauvreté, le renforcement des droits des petits agriculteurs, en particulier des femmes, le développement humain et social des populations rurales ², le respect des normes en matière de protection de l'environnement et de sécurité alimentaire ³. Le Secrétariat propose que les travaux qu'UNIDROIT pourrait entreprendre ne touchent pas à ces domaines, mais mettent au contraire clairement l'accent sur les questions de droit privé qui touchent aux besoins des entreprises agricoles commerciales. Etant donné les travaux antérieurs effectués par UNIDROIT portant sur les aspects juridiques des opérations de financement, notamment du matériel d'équipement, il est suggéré qu'UNIDROIT pourrait utilement se pencher sur la question spécifique des instruments et mécanismes juridiques en matière d'investissement et financement agricoles, tant pour ce qui est des implications juridiques de modalités particulières d'investissement et de financement ou de types d'opérations récemment apparues, qu'en ce qui concerne le cadre juridique à long terme pour l'investissement et la production du secteur commercial agricole. L'on suggère qu'UNIDROIT pourrait aborder ce domaine en examinant les éléments fondamentaux d'un environnement de droit privé favorable aux investissements agricoles et à une production et gestion commercialement saine, et quel type d'orientations UNIDROIT pourrait fournir pour aider les pays à mettre en place un tel environnement.

A. TENDANCES RECENTES EN MATIERE D'INVESTISSEMENT ET DE FINANCEMENT AGRICOLES

5. La production agricole a attiré l'attention de la communauté internationale et des media ces dernières années. Les augmentations soudaines des produits agricoles, en particulier en 2007 et 2008, associées à l'expansion prévue de la demande de ce type de produits en raison de la croissance démographique et de la hausse du niveau de vie dans certaines parties du monde, ont suscité une préoccupation générale concernant la capacité du secteur agricole à assurer un niveau de production suffisant pour satisfaire la demande future de la planète en matière d'alimentation. Les terres cultivables et l'eau – les deux ressources fondamentales pour la production agricole – étant par nature limitées, de graves préoccupations ont été soulevées quant à savoir si la façon dont ces ressources sont utilisées est suffisamment efficace pour assurer les besoins d'une population

¹ Voir le document C.D. (88) 17, Rapport de la session, paragraphes 87 – 98.

² On peut trouver une grande quantité d'informations sur les réformes agraires, en particulier en ce qui concerne son impact social, l'interaction avec les politiques d'établissements humains et de réduction de la pauvreté dans la série des publications de la FAO intitulée "Réforme agraire – Colonisation et coopérative agricoles" (<<http://www.fao.org/sd/itdirect/landrf.htm>>, 15 mars 2010).

³ Des conseils juridiques sur ces domaines spécifiques sont fournis par le Bureau juridique de la FAO et dans le cadre de projets régionaux de l'Organisation. Des études générales sont régulièrement publiées dans la série des "Études législatives" (<<http://www.fao.org/legal/pub-f.htm>>, 15 mars 2010).

mondiale croissante. En même temps, la forte augmentation des prix des sources d'énergie et les préoccupations concernant l'effet des combustibles minéraux sur l'environnement (et le "changement climatique") ont fait augmenter la demande de sources d'énergies renouvelables et détourné certains investissements agricoles de la production alimentaire vers la production de ce que l'on appelle les "biocarburants", exacerbant encore la pénurie perçue des approvisionnements alimentaires ⁴.

6. La sécurité alimentaire est rapidement devenue un point à l'ordre du jour de réunions politiques de haut niveau ⁵. Il n'y a pas eu d'extension particulière de la notion de "sécurité alimentaire" vers le domaine du droit privé, qui est celui qui revêt un intérêt spécifique pour UNIDROIT. Les questions soulevées dans le débat autour de la sécurité alimentaire révèlent cependant un certain nombre de préoccupations qui peuvent avoir des implications dans le domaine du droit privé et qu'il peut être utile d'approfondir. En effet, l'augmentation de la demande globale portant sur des produits de la Terre et les ressources naturelles génère une "demande à finalité commerciale de nouvelles terres" ⁶. Au même moment, les marchés financiers semblent avoir découvert l'agriculture comme domaine d'investissement potentiellement rentable. Le résultat a été une croissance rapide des investissements étrangers directs dans l'agriculture et la création d'une variété d'instruments et d'outils financiers pour mobiliser les capitaux pour le secteur rural.

1. L'INVESTISSEMENT ETRANGER DIRECT (IED)

7. L'investissement étranger direct (IED) dans l'agriculture peut revêtir différentes formes, à savoir une participation indirecte, sans acquisition de parts de capital, impliquant des relations étroites avec l'application de normes et autres prescriptions, par lesquelles un exploitant agricole se conforme aux instructions d'une STN (société transnationale) étrangère, ou une participation directe sans acquisition de parts de capital par le biais d'arrangements agricoles contractuels, ou encore une prise de participation en capital propres par des IED, où la coordination et le contrôle

⁴ Selon la FAO, la production de biocarburants liquides dérivés de produits agricoles a plus que triplé entre 2000 et 2008, date à laquelle elle représentait près de 10% de l'utilisation totale de céréales secondaires dans le monde (document préparatoire pour le Sommet mondial sur la sécurité alimentaire, FAO, Rome 16 – 18 novembre 2009: *Nourrir le monde, Eliminer la faim*). "[D]ans le contexte de la demande alimentaire croissante et de la rareté des terres agricoles, la valeur des terres devrait augmenter, ce qui laisse la place à la spéculation. En 2007, par exemple, les prix des terres agricoles au Brésil et en Pologne ont augmenté de 16% et 31% respectivement. Les terres agricoles sont en train de devenir une classe d'actifs très particulière et les investissements fonciers ont récemment attiré l'intérêt des investisseurs. Le regroupement de petites parcelles en surfaces plus grandes dans le but d'augmenter la productivité et le rendement est devenue une opportunité d'investissement pour les investisseurs agroindustriels. On assiste parmi les tendances récentes à une participation accrue des investisseurs dans des montages agricoles comprenant des investissements dans les intrants, le matériel d'équipement et les installations de stockage, avec des apports horizontaux dans la filière agricole" [*traduction non officielle du Secrétariat d'UNIDROIT*] (Calvin Miller and Sylvia Richter, *Agricultural Investment Funds for Developing Countries*, ConCap/FAO 2009, 39).

⁵ "Sécurité alimentaire" est un concept complexe composé de diverses facettes inter-disciplinaires. Dans son sens le plus élémentaire, cela signifie l'accès physique et économique à une alimentation suffisante, saine et nutritive pour satisfaire les besoins énergétiques et les préférences alimentaires pour mener une vie saine et active (Sommet mondial de l'alimentation, 1996). La notion de "sécurité alimentaire" est une expression du concept plus large de "droit à l'alimentation", entendu comme étant "le droit de chaque personne à disposer d'un accès permanent aux ressources nécessaires pour produire, gagner ou acheter une quantité suffisante d'aliments non seulement pour prévenir la faim, mais aussi pour assurer la santé et le bien-être." FAO et PAM, *L'état de l'insécurité alimentaire dans le monde, crises économiques – répercussions et enseignements*, Rome 2009, 48-50. La notion de "droit à l'alimentation" ou "droit à la nourriture" dérive de la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 25) et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (art.11).

⁶ On estime que sur les 515 millions d'hectares de terres nécessaires pour la production de produits de base dans les domaines de l'agriculture, de l'énergie et des forêts, seuls 250 à 300 millions d'hectares de terres sont disponibles au niveau mondial, les 200 millions restants devront être obtenus à partir des terres forestières (L'Initiative pour les droits et ressources, *Seeing People Through the Trees: Scaling Up Efforts to Enhance Rights and Address Poverty, Conflict and Climate Change*, juillet 2008 <http://www.rightsandresources.org/documents/files/doc_791.pdf>, 11 mars 2010 – anglais seulement).

des transactions sont entièrement internalisés au sein de la société transnationale⁷. On peut identifier au moins deux motivations principales distinctes pour l'EID agricole⁸:

a) *Investissements axés sur l'exportation.* Il semblerait que des investissements de grande envergure en milieu rural aient été réalisés ces dernières années dans le but exclusif de produire des cultures d'exportation. Parfois, les cultures sont principalement conçues comme des réserves pour garantir les approvisionnements en nourriture ou en biocarburants du pays d'origine de l'investissement. Dans d'autres cas, l'intention est simplement d'alimenter le marché international, sans qu'il y ait un lien commercial spécifique avec un pays particulier; ou

b) *Investissements axés sur le marché interne.* La plupart des investissements agricoles sont cependant d'origine interne. Même lorsque le financement est international, il ne vise pas nécessairement l'approvisionnement des marchés étrangers. L'investissement interne dans l'agriculture s'est développé dans de nombreux pays, et de la même façon, des investisseurs étrangers soutiennent par des prêts ou des prises de participation des entreprises agricoles qui produisent des produits de base sans que ceux-ci soient nécessairement destinés à l'exportation.

8. La presse quotidienne et hebdomadaire se fait régulièrement l'écho de l'acquisition de grandes superficies de terres dans les pays en développement par des investisseurs étrangers⁹. De nombreuses critiques portent sur ce qui est qualifié d' "accaparement des terres", c'est-à-dire que les terres sont, dit-on, cédées à moindre coût et sans tenir compte suffisamment des droits des locataires ou des propriétaires et sans évaluation appropriée sur le plan de l'environnement ou de la viabilité économique. Les Gouvernements, les organisations internationales et la société civile sont également de plus en plus préoccupés du fait que "des investissements mal conçus ou mal exécutés, en particulier ceux impliquant de vastes étendues de terres dans les pays en développement, pourraient avoir des répercussions négatives imprévues en termes de stabilité politique, de cohésion sociale, de sécurité humaine, de production alimentaire durable, de sécurité alimentaire des ménages ou de protection de l'environnement pour le pays où l'investissement est réalisé"¹⁰. Les craintes que la population locale "pourrait perdre l'accès aux ressources dont elle dépend" renforcent le sentiment que "des mesures visant à atténuer les effets négatifs associés aux investissements internationaux à grande échelle dans les pays en développement sont nécessaires d'urgence"¹¹. Un consensus se développe également sur la nécessité de formuler des lignes directrices ou des codes de conduite pour régir l'EDI à grande échelle dans le secteur agricole des pays en développement autour d'un ensemble de principes de base¹². La Banque

⁷ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), Rapport sur l'investissement dans le monde, 2009, Sociétés transnationales, production agricole et développement. New York et Genève, CNUCED 2009 [la version française est en cours d'élaboration] (<http://www.unctad.org/en/docs/wir2009_en.pdf, dernière visite : 11 mars 2010).

⁸ Voir Carin Smaller and Howard Mann, *A Thirst for Distant Lands: Foreign investment in agricultural land and water*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, Manitoba (Canada), 2009.

⁹ "Corsa alla terra, ultimo investimento", Corriere della Sera 31 décembre 2008; "La terra in svendita", La Repubblica 31 janvier 2009; "S Koreans to lease farmland in Madagascar", Financial Times 19 novembre 2008; "Land leased in Africa to secure crops for South Korea", The Malaysia Insider, 18 février 2009; "Daewoo leases African plantation", BBC NEWS 19 novembre 2008; "Land leased in Africa to secure crops for South Korea", The Malaysian Insider 18 février 2009; Carlo PETRINI, "Chi ruba la terra e il cibo ai contadini d'Africa", La Repubblica 26 janvier 2010; Andrew MICKEY, "Peak Soil Investment: This Quiet Land Grab is Just Beginning", Wall Street Pit 12 juin 2009; Carlotta MISMETTI CAPUA, *Reportage on the food crisis and land grabbing*.

¹⁰ Promoting Responsible International Investment in Agriculture *Roundtable concurrent with the 64th United Nations General Assembly*, Chair's Summary, para. 4, <<http://www.mofa.go.jp/policy/economy/fishery/agriculture/summary0909.pdf>>, 11 mars 2010.

¹¹ *Ibid.*

¹² Ainsi, la reconnaissance des droits existants à la terre et aux ressources naturelles ("Droits à la terre et aux ressources"); le fait que les investissements ne mettent pas en péril la sécurité alimentaire mais la renforcent ("Sécurité alimentaire"); le fait que les processus d'accès à la terre et la réalisation d'investissements associés

mondiale, l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), le Fonds international de développement agricole (FIDA) et la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) sont les principaux organismes impliqués dans ce processus qui devrait impliquer un large éventail de parties prenantes, notamment les investisseurs et les organisations de la société civile.

9. En laissant de côté pour un instant les préoccupations sociales et politiques susmentionnées, il est important de relever que l'IED pour la production agricole n'est pas forcément un facteur négatif. En effet, l'investissement étranger a souvent un rôle stimulateur et offre un potentiel important pour compléter les fonds publics¹³. De nombreux pays dont les marchés réalisent des performances raisonnables en ont tiré des bénéfices considérables en termes de meilleur accès aux capitaux, avancées technologiques et des compétences, de création d'emplois et d'augmentation de la productivité¹⁴. En outre, les nouvelles technologies, l'émergence des chaînes de valeur, les exigences en matière de traçabilité, la nécessité de respecter des normes rigoureuses, et la demande des consommateurs plaident probablement en faveur et de niveaux d'intégration et d'échelle plus élevés. Certains gros investissements ont produit des retombées importantes par le biais de contrats agricoles et des partenariats avec les collectivités locales, par la location plutôt que par l'acquisition des terres, ou en formulant des projets innovateurs permettant le partage tant des risques que des bénéfices¹⁵.

10. Il va de soi que les décisions d'investissement sont prises après l'évaluation d'un certain nombre de conditions économiques fondamentales (par exemple les infrastructures de transport, la stabilité monétaire et économique, la taille du marché), ainsi que de certains aspects cruciaux de l'environnement juridique, notamment le niveau de protection juridique offerte aux investisseurs. Le droit privé peut ne pas être un élément évident dans cette équation, mais la viabilité à long terme de l'IED exigera un cadre juridique favorable. Des lois obsolètes ou inefficaces pourraient décourager la production agricole ou priver les agriculteurs ou les entreprises agricoles de la sécurité juridique et la prévisibilité nécessaires à leur investissement. Elles peuvent également poser des obstacles à la commercialisation des produits agricoles ou limiter l'accès au crédit nécessaire à la modernisation ou à l'expansion de la production agricole.

soient transparents, contrôlés et garantissent une responsabilité financière ("Transparence, bonne gouvernance et environnement favorable"); le fait que ceux qui sont matériellement concernés soient consultés et que les accords issus de ces consultations soient enregistrés et mis en œuvre ("Consultation et participation"); le fait que les projets soient viables sur le plan économique, respectent la règle de droit, reflètent les meilleures pratiques de l'industrie et produisent une valeur partagée durable ("Viabilité économique et investissement agroalimentaire responsable"); le fait que les investissements aient des répercussions en matière sociale et sur la répartition et n'augmentent pas la vulnérabilité ("développement social durable"); et le fait que les répercussions sur l'environnement soient mesurés et que des mesures soient prises pour encourager l'utilisation durable des ressources, tout en réduisant et atténuant leurs effets négatifs ("viabilité environnementale") (*ibid.*, para.6).

¹³ *Principles for Responsible Agricultural Investment that Respect Rights, Livelihoods and Resources* (Note de discussion – en anglais seulement - préparée par le Groupe de la Banque mondiale, la CNUCED, la FAO et le FIDA, afin de contribuer à un dialogue global permanent, 25 janvier, 2010), p. 1.

¹⁴ Outre les effets positifs indirects (tels que le transfert de savoir-faire, une meilleure intégration de l'économie locale dans les chaînes de valeur ajoutée ou autres retombées bénéfiques pour l'économie locale), il peut y avoir des effets socio-économiques positifs directs parmi lesquels: l'augmentation de la productivité des terres agricoles; la mise en valeur ou l'augmentation de terres marginales par des mesures d'amélioration (systèmes d'irrigation, barrages, terrassements, etc.); l'accès aux marchés pour les agriculteurs dans les zones rurales des pays en développement; la production de revenus par la mise en location; la production de revenus fiscaux par l'imposition foncière et les taxes sur les transferts de propriété foncière, la mise en place de nouvelles entreprises, le renforcement de l'emploi et de la consommation; l'amélioration des infrastructures avec la construction de routes, et les investissements dans les transports et les communications; ou encore l'augmentation des exportations agricoles dérivant de l'amélioration des rendements globaux et de la qualité des produits (Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Foreign Direct Investment (FDI) in Land in developing countries*, GTZ, Eschborn, 2009, pp. 21-22).

¹⁵ *Principles for Responsible Agricultural Investment that Respect Rights, Livelihoods and Resources* (Note de discussion – en anglais seulement - préparée par le Groupe de la Banque mondiale, la CNUCED, la FAO et le FIDA, afin de contribuer à un dialogue global permanent, 25 janvier, 2010), p. 1.

2. PRETS COMMERCIAUX ET CAPITALISATION PAR LE BIAIS DES MARCHES FINANCIERS

11. Les marchés financiers ruraux dans la plupart des pays sont constitués de divers intermédiaires: banques de développement agricole, banques commerciales, banques rurales à guichet unique, coopératives, ONG, institutions financières informelles et prêteurs individuels¹⁶.

12. Les banques commerciales ont une longue tradition dans la fourniture de crédit aux entreprises agricoles, et un certain nombre de produits et d'instruments financiers ont été spécialement élaborés pour répondre aux besoins du secteur rural. La récente augmentation des prix des produits agricoles, les besoins alimentaires croissants de la population mondiale et le potentiel de croissance du marché des sources d'énergie renouvelable ont entraîné les banques commerciales internationales spécialisées dans l'agriculture à "donner une forte impulsion dans le secteur de la microfinance, et leurs filiales de gestion d'actifs investissent, comme le font d'autres investisseurs institutionnels, dans le secteur agricole des marchés émergents"¹⁷. Les banques internationales d'investissement sont actives dans le secteur agricole des pays en développement surtout à travers leurs organes de gestion de capital, leurs "prop desks", leurs services d'investissements en fonds propres, et grâce à leurs fortes capacités dans les marchés de négociation des produits de base¹⁸.

13. La pénétration des banques commerciales dans de nouveaux segments de marchés dans les pays en développement a également stimulé le développement de produits et d'instruments financiers spéciaux¹⁹. En même temps cependant, des études récentes indiquent que les banques commerciales plus traditionnelles peuvent se montrer réticentes à prêter de l'argent pour l'agriculture, notamment dans les pays en développement, et que des inadéquations de l'environnement juridique empêchent un certain nombre de pays d'utiliser les instruments financiers innovateurs qui permettent de mobiliser des fonds pour le secteur rural²⁰. L'exposition à haut risque en raison de garanties inadéquates est un problème fréquemment cité par les banques commerciales à propos de leurs activités de prêt à l'agriculture (voir ci-dessous, paras. 25 à 36).

14. Outre les banques commerciales, les fonds d'investissement mobilisent de plus en plus de capitaux pour l'investissement et le financement agricoles. Il en existe différents types dont la plupart diversifie leurs financements, y compris dans l'agriculture. L'investissement dans les terres agricoles est de plus en plus attrayant, particulièrement après la crise des marchés financiers en 2008/2009: "l'idée est d'acheter des terres agricoles dans des zones dans lesquelles le sol est peu coûteux et fertile [...], de regrouper de petites parcelles en unités productives plus grandes et de cultiver les terrains achetés, tout en introduisant de nouvelles technologies et en investissant dans de l'infrastructure et du matériel d'équipement supplémentaires. [...] Dans l'ensemble, on assiste actuellement à un nombre croissant de fonds d'investissement qui investissent dans les terres agricoles dans le monde"²¹.

¹⁶ Thorsten Giehler, *Sources of Funds for Agricultural Lending*, Agricultural Finance Revisited Study No. 4, publié sous les auspices conjointes de la FAO et de l'Agence de coopération technique allemande (GTZ), 1999, ix.

¹⁷ Patrick E. McNellis, *Foreign Investment in Developing Country Agriculture – The Emerging Role of Private Sector Finance*, Documents de travail de la FAO sur les politiques commerciales et les produits de base No. 28, Rome, 2009, 20.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ E.g. *Cashless micro-credit programmes*, DrumNet (un nouveau réseau de centres de soutien aux activités agricoles en milieu rural qui fournissent des services de vulgarisation agricole, de crédit et de commercialisation aux petits exploitants horticoles) – voir World Bank, Agriculture And Rural Development Department, *Rural Finance Innovations Topics and Case Studies*, Report No. 32726-GLB, Washington 2005, 28.

²⁰ Voir *Rural Finance Innovations Topics and Case Studies*, Report No. 32726-GLB of the Agriculture and Rural Development Department of The World Bank, 2005.

²¹ Miller and Richter, *supra note 4*, 39.

15. Les fonds de capital-investissement “représentent la plus grande part des fonds identifiés, tant au regard de l’assise financière que de nombre de fonds”²². Généralement, ils ciblent les besoins en capitaux de la “tranche intermédiaire”²³ ou ceux des grandes sociétés agro-alimentaires ou de production agricole, et surtout ces dernières. Selon le marché visé, “la stratégie de base de l’investisseur et de l’investissement, les fonds identifiés concernent aussi bien les fonds qui investissent dans un type d’activité étroitement défini, que les fonds qui relèvent d’une conception plus large de l’investissement agricole, qui apportent du capital dans toute la chaîne de valeur agricole : approvisionnement en intrants, production et transformation, distribution, infrastructure agricole, terres agricoles et conservation des produits, et même distribution agricole de détail”²⁴. Il y a aussi des fonds de créances, et des fonds hybrides en fonds propres et quasi-fonds propres, et des fonds de garantie²⁵ qui fournissent des capitaux pour le secteur rural, et même quelques nouveaux fonds spéculatifs (*hedge funds*)²⁶.

16. Il va sans dire que l’investissement étranger direct et d’autres formes durables d’investissement agricole par le biais des marchés financiers exigent un environnement juridique général favorable qui aide à mobiliser les capitaux et à réduire le risque juridique auquel les investisseurs en fonds propres et quasi-fonds propres sont exposés. Sous l’angle du droit privé, il est particulièrement important que soient garantis les droits de propriété ainsi que l’exécution des contrats et des droits, qui ont une place essentielle dans les marchés fonciers des pays en développement²⁷. Toutefois, des études récentes ont identifié un certain nombre de faiblesses dans le cadre de droit privé qui entravent le développement de marchés financiers ruraux efficaces²⁸.

B. LES OPERATIONS DE FINANCEMENT ET LEURS RISQUES JURIDIQUES

17. La section précédente a brièvement décrit le rôle de plus en plus important de l’investissement agricole transnational ainsi que des marchés financiers internes pour le secteur rural. Ces sources de financement peuvent viser un large éventail d’opérations dans le secteur agricole. Aux fins de la présente note, on peut généralement regrouper ces opérations en trois principaux domaines : le financement de l’acquisition de terres et le développement des

²² Miller and Richter, *supra note 4*, 10. L’étude intitulée “*Foreign Investment in Developing Country Agriculture – The Emerging Role of Private Sector Finance*” souligne que les stratégies d’investissement les plus répandues dans les prises de participation en fonds propres sont : les acquisitions par emprunt (*leveraged buyouts*), l’investissement de capital risque, de capital de croissance, les rachats d’actifs d’entreprises en difficulté (*distressed investments*) et l’investissement en capital mezzanine. En règle générale, les sociétés d’investissement en fonds propres cherchent à acquérir un contrôle majoritaire d’une entreprise existante ou développée par le biais de l’effet de levier (en ayant recours à l’emprunt). Cette technique est différente du capital risque ou de l’investissement en capital de croissance, dans lequel la société d’investissement en fonds propres investit plutôt dans des entreprises récemment créées ou émergentes, et dont elle obtiennent rarement le contrôle majoritaire. [...] il semble exister un intérêt croissant dans les fonds de capital-investissement à injecter davantage d’argent dans les marchés émergents et un certain nombre de ces fonds se tournent spécifiquement vers le secteur agricole (McNellis, *supra note 17*, 14).

²³ C’est-à-dire des besoins en capitaux entre US\$ 10.000 et US\$ 1 million (Miller and Richter, *supra note 4*, 10).

²⁴ *Ibid.*, 30 – 31.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ McNellis, *supra note 17*, 13. L’auteur cite l’exemple de la société BlackRock Inc., basée à New York, l’une des plus grandes sociétés de gestion de capitaux au monde, qui a constitué en septembre 2008 un fonds spéculatif agricole (“*hedge fund*”) de USD200 millions, dont il est dit que USD30 millions seront utilisés “pour acquérir des terres agricoles dans le monde.” (*ibid.*)

²⁷ Miller and Richter, *supra note 4*, 53.

²⁸ Voir, par exemple, Haywood W. Fleisig and Nuria de la Peña, *Legal and Regulatory Requirements for Effective Rural Financial Markets*, Center for the Economic Analysis of Law, Washington D.C. (USA), Lead Theme Paper 2003.

installations; l'achat de matériel d'équipement, de bétail et de machines; le financement des intrants et des cultures.

18. Un certain nombre de structures et d'outils de financement peuvent être utilisés, individuellement ou de façon combinée, dans chacun de ces domaines. En effet, la plupart de ces outils et structures ne sont pas spécifiques; ils peuvent être utilisés pour le financement de matériel d'équipement aussi bien que pour les terres ou les cultures. De la même façon, alors que chacun de ces domaines d'opération peut avoir des exigences spécifiques en terme de garanties ou avoir recours de préférence à un type particulier de sûreté, divers types d'instruments peuvent être utilisés pour garantir les prêteurs et autres créanciers dans chacun de ces domaines.

1. STRUCTURES DES OPERATIONS

a) Acquisition de terres et développement des installations

19. Le premier groupe d'opérations auxquelles le financement agricole s'adresse est l'équipement agricole lourd portant par exemple sur les installations de stockage, les améliorations des sols, des achats de terres pour augmenter la taille des exploitations agricoles. Les prêts commerciaux pour ces types d'investissement sont généralement à long terme et sont assortis d'un éventail de garanties. A côté des garanties personnelles qui peuvent être demandées aux prêteurs, ou le nantissement d'actions de la société qui contrôle l'activité agricole, la garantie est souvent fournie sous forme d'hypothèque sur le terrain ou les installations.

b) Prêts d'exploitation

20. Les prêts d'exploitation, habituellement accordés sur le moyen terme, servent généralement à investir dans l'achat de bétail, d'outillage agricole, de machines ou de matériel d'équipement, pour l'amélioration des installations (par exemple, le forage de puits) ou autres buts analogues. Outre le prêt hypothécaire ou d'autres types de garanties financières qui sont également disponibles pour le financement de l'acquisition de terres ou l'expansion d'une exploitation agricole existante, il existe un certain nombre d'instruments financiers et de garanties qui sont spécifiques au financement de matériel d'équipement, comme les solutions locatives pour le matériel professionnel (*equipment leasing*).

c) Financement des intrants et des récoltes

21. Enfin, le financement de l'agriculture saisonnière – et par conséquent à court terme (souvent jusqu'à la récolte seulement) est en général recherché par les exploitants agricoles pour faire face à des besoins temporaires comme l'achat de semences, d'engrais ou pour couvrir des dépenses liés aux travaux saisonniers.

22. La structure juridique la plus élémentaire pour le financement saisonnier est le prêt assorti d'une forme classique de garantie. Toutefois, il semblerait que les difficultés des exploitants agricoles pour financer l'acquisition d'intrants pour la production de céréales alimentaires constituent un problème majeur qui limite la croissance agricole dans de nombreuses régions des pays en développement²⁹. Ce problème est particulièrement aigu pour les petits exploitants, alors que les exploitants qui opèrent à échelle commerciale sont généralement plus en mesure d'offrir

²⁹ Andrew Dorwald, Colin Poulton et Jonathan Kydd, *Rural and Farmer Finance: An International Perspective*, Imperial College Wye. Document présenté lors d'un Atelier sur le financement rural, South African Association of Agricultural Economists, 19 septembre 2001, 2.

une garantie acceptable aux prêteurs. Néanmoins, des législations inefficaces ou obsolètes en matière d'opérations garanties sont susceptibles de limiter l'accès au crédit ou d'augmenter son coût pour l'ensemble du secteur rural.

23. En dehors des types de garanties qui sont également utilisés pour structurer les opérations de financement à long et moyen terme, un certain nombre d'instruments spéciaux jouent un rôle particulier dans le financement agricole. Les récépissés d'entrepôt, par exemple, sont utilisés depuis longtemps pour garantir des crédits au secteur agricole. En tant qu'instruments négociables, les récépissés d'entrepôt peuvent être négociés, vendus, échangés, utilisés en tant que garantie pour soutenir les emprunts, ou être remis contre un instrument dérivé tel qu'un contrat à terme. Les récépissés d'entrepôt permettent l'utilisation des biens stockés comme garantie d'emprunt. En règle générale, un document est délivré par un entrepôt indiquant les biens ou les marchandises déposées dans l'entrepôt. Le déposant peut alors utiliser ce reçu comme un gage pour obtenir un prêt auprès d'une banque ou d'un autre prêteur. Le prêteur détient un privilège sur la marchandise de sorte que les produits de la vente sont imputés en premier lieu au remboursement du prêt. Les récépissés d'entrepôt peuvent être utilisés comme garanties pour soutenir la négociation sur le marché boursier des matières premières, mais aussi pour développer le crédit par la titrisation d'actifs agricoles. En effet, les investisseurs peuvent ne pas se montrer très enthousiastes à l'idée de financer, à faible rentabilité, des entreprises nationales qui se consacrent à la production, à la transformation ou au commerce de produits de base, mais la revalorisation du crédit fournie par l'utilisation de récépissés d'entrepôt peut faire la différence ³⁰.

24. Dans un certain nombre de pays, d'autres catégories d'instruments négociables ont été créés pour faciliter l'accès des exploitants agricoles commerciaux aux marchés de capitaux. En règle générale, ces nouveaux instruments sont garantis par un nantissement de créances et autres actifs appartenant à l'exploitant agricole ou aux intermédiaires de commercialisation (comme une coopérative, un commerçant ou un acheteur en gros des produits en question) qui négocient ce type de produits. Dans certains pays, des véhicules de titrisation ont été créés pour l'émission de titres adossés à des actifs ou des créances provenant de l'agriculture ³¹. Ces types d'opérations soutiennent des accords de commercialisation et de distribution à long terme dans le secteur agricole, comme les ventes directes des droits sur la production future aux investisseurs ³². On a dit que la titrisation est un mécanisme utile pour réduire le coût des programmes de prêts à l'agriculture sponsorisés par les Gouvernements ³³.

³⁰ Lamon Rutten, *Local market opportunities with respect to warehouse receipt finance – tapping into the local capital market*, document présenté au ESCAP-ADB Joint Workshop on Mobilizing Domestic Finance for Development: Reassessment of Bank Finance and Debt Markets in Asia and the Pacific, Innovative Vehicles for Mobilizing Domestic Funds for Agricultural Development, Bangkok 22-23 novembre 2001, 6.

³¹ Par exemple, l'un des nouveaux instruments financiers introduits au Brésil par la Loi F 11.076/04 du 31 décembre 2004, les "certificats de créances agroalimentaires" (CCA) ne peuvent être émis que par des entités *ad hoc* (*special purpose vehicle*) enregistrées comme sociétés anonymes aux fins d'acquies et de placer en bourse des instruments du secteur agroalimentaire. Pour émettre ces instruments, habituellement la société de titrisation négocie et acquiert les droits de créances agroalimentaires détenus par des producteurs agricoles, des sociétés agroalimentaires et des institutions financières ; elle associe ces droits à des portefeuilles particuliers de CCA en convenant d'un instrument de titrisation ; et elle place les portefeuilles de CCA auprès d'investisseurs publics (voir Ronald Herscovici, Eduardo J Herszkowicz and Frederico M Stacchini, "Securitisation of agribusiness financial instruments in Brazil: an expanding market," *Global Securitisation and Structured Finance 2008*, London: Globe White Page Ltd (2008), pp. 32-36).

³² Lamon Rutten, *Local market opportunities with respect to warehouse receipt finance – tapping into the local capital market*, document présenté au ESCAP-ADB Joint Workshop on Mobilizing Domestic Finance for Development: Reassessment of Bank Finance and Debt Markets in Asia and the Pacific, Innovative Vehicles for Mobilizing Domestic Funds for Agricultural Development, Bangkok 22-23 novembre 2001, 3.

³³ Pour un aperçu général de l'utilisation possible et des implications juridiques de la titrisation dans le secteur agricole, voir Galen E. Boerema, "Turning Straw into Gold: Federal Securitization of Agricultural Commodities", *North Carolina Law Review* No. 83 (mars 2005), pp. 691-734.

2. **OBSTACLES JURIDIQUES A UN FINANCEMENT AGRICOLE EFFICACE**

25. La fourniture de crédit pour financer les investissements et la production agricoles expose le prêteur à un risque de défaillance qui peut être plus élevé que dans d'autres domaines des prêts commerciaux. De par leur nature même, les flux de revenus générés par les entreprises agricoles sont saisonniers et parfois irréguliers. Une propriété agricole peut avoir une valeur nominale élevée, mais ne pas toujours être en mesure de générer un flux de trésorerie stable, ce qui réduit la valeur réelle de la terre comme garantie. Les baisses de rendements dus à des événements climatiques comme des sécheresses ou des inondations, à des phénomènes à grande échelle de parasites et de maladies, ou encore le risque commercial dû à une chute brutale des prix ou des changements radicaux des paramètres macro-économiques influant sur la demande de produits agricoles sont autant de facteurs qui accroissent le risque inhérent au financement de l'agriculture. Ces risques conduisent les investisseurs tenus par des disponibilités limitées de capitaux à faire des investissements moins onéreux, mais souvent moins rentables, avec des périodes de gestation plus courtes.

26. Les capitaux destinés à financer l'emprunt ne suffisent pas à satisfaire la demande, notamment dans les pays en développement, où de nombreuses banques conservent 50% ou plus de leurs dépôts totaux en avoirs liquides et fournissent des crédits minimaux au secteur privé³⁴. La politique restrictive de crédit de ces banques est due pour une part à un risque de défaillance plus élevé en raison de procédures d'exécution des contrats longues et coûteuses. On a fait état du fait que les prêteurs imposent des conditions de garanties très contraignantes que les emprunteurs ne peuvent souvent pas satisfaire parce qu'ils ne détiennent pas de titre de propriété adéquat sur les biens³⁵.

27. Comme cela est indiqué dans les paragraphes qui suivent, les exploitants agricoles dans les pays en développement ne retirent guère d'avantages à offrir des garanties sur leurs biens pour obtenir des prêts en raison de la nature fragmentaire des réglementations qui régissent la constitution de sûretés et des problèmes liés à l'inscription des titres de propriété³⁶. Les systèmes de registres n'existent parfois que pour certains types d'actifs et sont souvent situés dans des grandes villes, loin des zones rurales. Même si une garantie portant sur un actif peut être constituée et exécutée, on a relevé qu'il existe des risques liés aux coûts de transaction élevés et aux retards dans les saisies et les ventes³⁷. L'inefficacité des procédures d'exécution des décisions et des saisies est particulièrement problématique s'agissant de biens meubles soumis à dépréciation tels que les machines, le matériel d'équipement et le bétail.

a) *Limitations juridiques à la remise en garantie de biens immobiliers*

28. Les biens fonciers sont souvent la forme de garantie préférée pour les crédits les plus importants, à long terme, car les actifs sont davantage susceptibles de maintenir leur valeur pendant la durée du prêt. Toutefois, plusieurs problèmes peuvent venir compliquer l'utilisation des immeubles donnés en garantie de prêts.

29. Les exploitants agricoles peuvent ne pas disposer de droits à la terre formels (légalement reconnus et exécutoires) ou d'actifs fixes, comme c'est souvent le cas dans les systèmes fonciers coutumiers. Dans d'autres cas, des titres fonciers existent, mais des restrictions légales relatives

³⁴ Paul L. Freedman, *Designing Loan Guarantees to Spur Growth in Developing Counties*, USAID, 2004, 3.

³⁵ Paul L. Freedman 3 – 4.

³⁶ Fleisig et De la Peña, *supra note 28*, 4 *et seq.*

³⁷ Frank Hollinger, "Financing Agricultural Term Investments," Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO) - Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Agricultural Finance Revisited*, No. 7 (janvier 2004), section 7.1 (<<http://www.fao.org/documents/>>, 11 mars 2010).

au transfert des droits de propriété ou des préoccupations sociales concernant la dépossession des petits agriculteurs peuvent faire en sorte que les immeubles sont inadaptés en tant que garantie³⁸. Pour les exploitations agricoles plus grandes, il est peut-être moins probable qu'il n'y ait pas de titres fonciers valables, mais les transactions foncières peuvent encore être entravées par des registres fonciers inefficaces ou par des procédures ou des normes inadéquates en matière d'enregistrement des transferts des titres de propriété par voie de succession ou de vente³⁹.

30. Par ailleurs, des règles dépassées et coûteuses sur les sûretés portant sur des immeubles peuvent limiter la valeur de la terre à titre de garantie. Une recherche empirique faite dans certains pays a confirmé en effet que les motifs invoqués par les prêteurs pour ne pas accepter les terres agricoles à titre de garantie sont, parmi des considérations purement économiques (bas prix des terres agricoles ou absence d'un marché foncier), des lois en matière d'hypothèque inefficaces⁴⁰. Le coût élevé de la constitution d'une hypothèque dans la plupart des pays fait qu'il est peu rentable pour les petites et moyennes entreprises rurales d'utiliser leur titre de propriété pour garantir des prêts. Ce problème devient encore plus important dans les systèmes juridiques dans lesquels une nouvelle inscription est nécessaire chaque fois que le débiteur souhaite utiliser le même bien pour garantir un nouvel emprunt, augmentant ainsi le coût de perfectionnement de l'hypothèque⁴¹.

31. Un autre problème identifié dans la pratique concerne les procédures de saisie de biens hypothéqués en cas de défaillance de l'emprunteur qui sont souvent coûteuses et longues. On dit que le retard moyen dans les procédures qui peut aller jusqu'à cinq ans, selon le pays, "porte atteinte à l'utilité pratique de la garantie et, en conséquence, les prêteurs limitent le prêt assorti d'une garantie"⁴². Dans de nombreux systèmes juridiques, l'utilisation des terres à titre de garantie présuppose l'existence d'un titre de propriété clairement constatable, condition qui empêche l'utilisation d'autres droits, importants sur le plan commercial, à utiliser la terre, et il a été suggéré qu'il faudrait faire des efforts pour "codifier tous les droits en matière d'utilisation de la terre qui sont économiquement importants" et "étendre ces projets relatifs aux droits en matière

³⁸ En effet, la nature sociale du microcrédit pour les institutions du secteur rural est dite incompatible avec les principes et mécanismes de financement mis au point pour le financement de l'agriculture commerciale (Ernesto Parra Escobar Bogotá, "El impacto de la microempresa rural en la economía latinoamericana," *Revista Futuros* No. 13, 2006 Vol. IV (<www.revistafuturos.info/raw_text/raw.../microempresa%20rural.doc>, 21 mars 2010).

³⁹ Dans certaines régions du Brésil, par exemple, les registres fonciers ont omis par le passé d'ouvrir de nouveaux registres pour les fractions de terre vendues ou héritées au sein de grandes parcelles, ou n'ont pas systématiquement mis à jour la description des limites de ces fractions de terrain. Ceci a eu pour résultat d'avoir un très grand nombre d'exploitations rurales qui fonctionnent dans les limites physiques qui ne correspondaient plus aux titres de propriété enregistrés. La loi fédérale No. 10.267, du 28 août 2001, a introduit l'obligation de mesure préalable de la propriété par des méthodes géodésiques de référencement comme condition à l'enregistrement des transferts et des actes de cession (Diário Oficial da União, 29/08/2001). En général, la nouvelle loi a été bien accueillie en tant que mécanisme visant à une plus grande précision des titres de propriété foncière. La mise en œuvre du nouveau système a cependant été lente en raison de difficultés techniques, de réglementations peu claires et du coût du nouveau système de mesure. Cela a conduit au refus d'enregistrement de nombreux actes d'hypothèque, mais aussi à l'obstruction dans le déblocage de fonds pour le financement des cultures (*Burocracia jurídica "trava" uso de R\$ 1 bilhão em Mato Grosso*, Agência de notícias "Primeira Hora", 28/01/2010 (<<http://www.primeirahora.com.br/noticia-imprimir.php?intNotID=24857>>, 21 mars 2010).

⁴⁰ Renée Giovarelli, *Mortgage in the Bulgarian Agricultural Sector*, Rural Development Institute Reports on Foreign Aid and Development No. 104, Seattle 2000, 1.

⁴¹ C'est l'une des justifications données, par exemple, pour la récente réforme du système français des hypothèques qui, faisant partie de la modernisation globale de droit des opérations garanties en France, a introduit la notion de "hypothèque rechargeable" afin de permettre la réutilisation du même bien et de la même hypothèque en garantie d'un nouvel emprunt sans qu'il soit besoin d'un nouvel acte constitutif, même si le nouvel prêt est fourni par un créancier différent (voir *Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, rapport à M. le garde des Sceaux, ministre de la justice*, Paris, Ministère de la justice, 28 mars 2005, p. 18 (<<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000230/index.shtml>>, 25 mars 2010).

⁴² Frank Hollinger, *supra note 37*, section 7.1.3.

d'utilisation de la terre afin d'inclure un mécanisme juridique clair et simple pour le transfert de ces droits et leur utilisation à titre de garantie" ⁴³.

32. L'impossibilité d'utiliser leurs actifs à titre de garantie peut obliger les agriculteurs à se tourner vers d'autres sources de financement qui peuvent exiger peu ou pas de garantie matérielle, mais peuvent se lancer dans des emprunts plus limités à des taux d'intérêt plus élevés. La répartition des activités économiques bascule alors en faveur de ceux qui peuvent offrir les meilleures garanties, de préférence un bien immobilier urbain ⁴⁴.

b) Limitations juridiques à l'utilisation de biens meubles comme garantie

33. Dans les pays dans lesquels les marchés de vente ou de location foncière sont peu développés, les dispositions légales permettant d'utiliser les biens meubles à titre de garantie (machines et matériel d'équipement agricoles, automobiles ou bétail) peuvent revêtir une importance cruciale. Dans de nombreux pays toutefois, une telle base juridique n'existe pas ou des dispositions légales inadéquates limitent leur utilisation en pratique. Par exemple, les limites qui existent à la disponibilité du crédit rural sont, dans de nombreux pays, la conséquence de règles traditionnelles qui exigent que les biens donnés en garantie soient identifiés et énumérés de façon spécifique, c'est-à-dire que chaque animal d'un troupeau doit être identifié, plutôt que de constituer une sûreté sous forme de charge flottante sur l'ensemble du troupeau, décrit seulement par sa valeur monétaire totale ⁴⁵.

34. Des problèmes supplémentaires tiennent à la nature possessoire des sûretés sur les biens meubles. L'exigence du transfert physique des biens au créancier garanti prive le débiteur de l'utilisation économique du bien et rend difficile de constituer des gages sur les stocks et inventaires, le bétail ou les biens futurs. C'est pourquoi, "[a]u fil des ans, de nombreux Etats ont abandonné la règle interdisant la constitution de sûretés réelles mobilières sans dépossession." ⁴⁶ Dans plusieurs d'entre eux, cependant, seuls certains types de biens peuvent être grevés d'une sûreté sans dépossession et seuls certains types de constituants peuvent créer de telles sûretés. Une autre difficulté résulte du fait que "[d]e nombreux Etats n'autorisent pas la constitution de sûretés multiples sur les mêmes biens", ce qui signifie qu'un "constituant est donc en fait tenu de consacrer la valeur totale d'un bien à un créancier unique, même si le bien a une valeur bien supérieure au crédit qu'il garantit." ⁴⁷

35. L'intérêt primordial d'éviter les privilèges cachés en encourageant la publicité des sûretés et l'opportunité d'établir des mécanismes efficaces pour déterminer les rangs relatifs des créanciers garantis sont deux des principales raisons du consensus large qui s'est formé ces dernières années préconisant la mise en place de systèmes d'inscription pour enregistrer les sûretés sur les biens meubles ⁴⁸. L'inscription des sûretés assure qu'il n'existe pas de droit supérieur sur le bien et évite

⁴³ Fleisig et De la Peña, *supra note 28*, p. i.

⁴⁴ Frank Hollinger, *supra note 37*, section 7.1.1.

⁴⁵ La réforme du droit des opérations garanties en France a reconnu les limites posées par l'ancien système à la disponibilité du crédit et a rendu la constitution de garantie plus souple en permettant la constitution du gage sur stocks et inventaire, y compris futurs (voir *Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, supra note 41*, p. 11.

⁴⁶ *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*, 2007, para. 60 <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/payments/Guide_securedtrans.html>, 20 mars 2010)

⁴⁷ *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*, para. 61.

⁴⁸ Instrument pionnier dans ce domaine, la Loi type sur les opérations garanties de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), par exemple "works on the principle that charges are a matter for public knowledge. Since Roman law the creation of secret rights in assets has been disfavoured. A person who gives assets as security but does not indicate this to his creditors creates an impression of 'false wealth'. The Model [Law] achieves publicity mainly by relying on registration of charges at a separate registry" (EBRD, Model

le risque que le bien soit donné en garantie à différents créanciers. Cela exige de mettre en place des lois qui définissent clairement les priorités et prévoient l'inscription des sûretés sur la base du bien dans des systèmes d'inscription appropriés.⁴⁹

36. Il conviendrait, dans ce contexte, d'examiner la proposition d'élaborer un quatrième Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement agricoles, de construction et miniers à la *Convention du Cap de 2001 relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles*. Le Commentaire officiel indique que l'objectif principal de la Convention du Cap est "le financement efficace des matériels d'équipement mobiles. [...] Le système de la Convention est destiné à apporter des avantages économiques importants aux pays de tout niveau économique et en particulier aux pays en développement en leur permettant d'accéder à des financements commerciaux pour les équipements mobiles qui étaient jusqu'ici indisponibles ou seulement disponibles à des conditions financières peu avantageuses. L'adoption d'un régime juridique international équilibré en ce qui concerne les garanties devrait encourager les financements et en améliorer les conditions"⁵⁰. Les coûts parfois considérables auxquels les agriculteurs doivent faire face lorsqu'ils envisagent l'acquisition de matériel d'équipement peuvent être un argument en faveur de l'extension du système du Cap aux matériels d'équipement agricoles. La possibilité de faciliter ainsi l'investissement étranger en raison des garanties plus importantes offertes à l'investisseur constitue un élément supplémentaire dans l'évaluation de l'avantage pour UNIDROIT d'élaborer un tel Protocole.

c) *Cadre juridique inadapté à l'utilisation d'instruments négociables*

37. Les récépissés d'entrepôt peuvent être particulièrement utiles dans les économies en développement ou en transition dans lesquelles il faut créer de nouveaux instruments de marché. Il y a dans de nombreux pays une grave pénurie de véhicules d'investissement attractifs à 3-12 mois, de sorte que l'on peut s'attendre à ce que la délivrance de ces documents suscite l'intérêt considérable de la part des trésoriers d'entreprise ainsi que des investisseurs individuels. Ce type de documents pourrait être placé sur le marché de gré à gré, ou être négocié sur des bourses de valeurs ou de marchandises⁵¹. Toutefois, leur utilisation est limitée dans de nombreux pays en développement ou en transition économique en raison de faiblesses institutionnelles et structurelles, y compris le manque de cadre institutionnel pour soutenir un système de récépissés d'entrepôt, et une familiarité limitée, ou inexistante, de la communauté commerciale, y compris bancaire, du pays avec les récépissés d'entrepôts⁵². Le défaut de cadre juridique approprié est considéré comme l'obstacle le plus important à la création et à l'acceptation des récépissés d'entrepôt dans de nombreux pays en développement et dans la plupart des pays en transition économique⁵³.

Law on Secured Transactions, London, 2004). La CNUDCI a également recommandé l'introduction d'un système de registre (*Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*, para. 54; L'Organisation des Etats américains (OEA), dans sa Loi type interaméricaine sur les opérations garanties préparée en 2002 (voir l'article 10) et par la Société Financière Internationale (SFI), l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA) et la Banque mondiale (voir SFI, *Secured Transactions Systems and Collateral Registries*, Washington, D.C. 2010).

⁴⁹ Voir *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*, recommandations 54-75. Pour une discussion des expériences pratiques concernant les registres des sûretés et leurs implications, voir IFC, *supra note*.

⁵⁰ R. Goode, *Op. cit.*, 5. Paragraphe 8 du Commentaire officiel sur la IIème Partie.

⁵¹ Richard Lacroix and Panos Varangis, *Using Warehouse Receipts in Developing and Transition Economies*, in *Finance & Development*, September 1996, 36 – 39.

⁵² *Ibid.*, 4 – 5.

⁵³ *Ibid.*, 37 – 38. Voir également la liste des questions juridiques dans Jonathan Coulter and Andrew Shepherd, "Inventory Credit: An Approach to Developing Agricultural Markets." *Bulletin des services agricoles* 120, FAO, Rome 1995, Annexe. Evidemment, les législations sur les récépissés d'entrepôts ne suffiraient pas en elles-mêmes à créer un marché pour ces instruments par exemple en l'absence d'infrastructures privées de stockage ou en cas d'interventions sur les marchés agricoles qui font obstacle à la rentabilité du stockage.

38. L'une des conditions de base pour la viabilité d'un système de récépissé d'entrepôt est que la législation doit faciliter la possibilité de le donner en garantie. Pour y parvenir, il faudrait reconnaître au titulaire d'un récépissé d'entrepôt la possession des marchandises stockées et le récépissé devrait être négociable par remise et endossement. En outre, le titulaire d'un récépissé d'entrepôt devrait être prioritaire, en cas de liquidation ou d'inexécution des obligations de l'entrepôt, sur les marchandises stockées ou leur équivalent, et l'acquéreur potentiel d'un récépissé d'entrepôt devrait pouvoir déterminer, avant d'accepter, s'il existe une créance concurrente sur la garantie sous-jacente au récépissé.

d) *Manque de législation appropriée en matière de leasing*

39. Le *leasing* est une méthode de financement du matériel d'équipement qui est particulièrement avantageuse pour des petites et moyennes exploitations nouvelles qui n'ont ni historique de crédit de longue date ni base d'actifs importante pour les garanties. On dit que l'absence de condition de garantie avec le *leasing* constitue un avantage important dans les pays ayant un faible environnement commercial, en particulier ceux dans lesquels les droits des créanciers, les législations en matière de garantie et les registres sont peu développés, par exemple dans des pays où les prêteurs garantis ne sont pas prioritaires en cas d'inexécution des obligations⁵⁴.

40. Le *leasing* connaît une importance croissante dans la microfinance⁵⁵, mais semble être sous-utilisé dans la finance rurale⁵⁶. Pourtant, le *leasing* constitue un outil important pour l'acquisition de nouveau matériel d'équipement par les agriculteurs et autres entreprises rurales qui n'ont pas accès au crédit à long terme parce qu'ils n'offrent pas assez de garanties. En effet, on a relevé que dans de nombreux pays, la plupart des actifs que les entreprises rurales possèdent ne peuvent pas être utilisés à titre de garantie: les droits fonciers sont souvent inexistantes et les biens meubles comme les animaux et les récépissés d'entrepôt ne sont pas autorisés à titre de garantie. Le *leasing* est un outil de financement qui permet de surmonter cette contrainte⁵⁷.

41. Le *leasing* exige souvent une législation spécifique. UNIDROIT a élaboré deux instruments dans ce domaine: la *Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international de 1988*, limitée au crédit-bail, et la *Loi type d'UNIDROIT sur la location et la location-financement de 2008* qui porte également sur toutes les formes de location commerciale⁵⁸. C'est surtout la Loi type qui peut aider les pays qui ne disposent pas de législation en matière de *leasing* à en préparer une.

CONCLUSION

42. Les développements récents suggèrent qu'il y a au moins deux niveaux auxquels une organisation internationale ayant le mandat et l'expertise particuliers d'UNIDROIT pourrait contribuer à améliorer et moderniser le cadre de droit privé de l'investissement et de la production agricoles:

⁵⁴ Matthew Fletcher, Rachel Freeman, Murat Sultanov and Umedjan Umarov, *Leasing in Development Lessons from Emerging Economies*, International Finance Corporation, Washington D.C. 2005, 2.

⁵⁵ Glenn D. Westley, *Equipment Leasing and Lending: A Guide for Microfinance*, in *Finance for the Poor*, ADB (Asian Development Bank) 2004, Vol. 5, No. 2, 1 – 4.

⁵⁶ Ajai Nair, Renate Kloeppinger-Todd and Annabel Mulder, *Leasing An Underutilized Tool in Rural Finance*, Agriculture and Rural Development Discussion Paper 7, World Bank, Washington 2004.

⁵⁷ *Ibid.*, viii.

⁵⁸ Voir Brian Hauck, *The Scope of the UNIDROIT Model Law on Leasing*, *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme* 2009, 631 – 635.

- i) concernant des aspects de droit privé particuliers de l'IED dans le secteur agricole ; et
- ii) concernant la modernisation des règles de droit privé qui touchent à l'investissement et à la production agricole ou à la disponibilité de capitaux pour financer le secteur agricole.

43. Comme on l'a dit plus haut, la Banque mondiale, la FAO, le FIDA et la CNUCED sont les premières organisations à avoir élaboré des lignes directrices ou des codes de conduite régissant l'IED sur une grande échelle dans le secteur agricole des pays en développement autour d'un ensemble de principes de base. UNIDROIT n'a pas encore formellement été invité à se joindre au processus. Le Secrétariat suggère toutefois que, de par son mandat particulier et son expertise dans la formulation de règles uniformes dans le domaine du droit privé, et des méthodes de droit comparé qu'il applique dans ses travaux, UNIDROIT pourrait contribuer dans certains domaines du droit privé impliqués dans la discussion plus large sur l'IED dans le secteur agricole. Il s'agit par exemple des aspects de droit privé qui n'ont pas été traités jusqu'à présent par d'autres organismes de formulation de règles de droit privé (comme le droit de la propriété). Il peut également s'agir des aspects de droit financier et commercial que l'on trouve dans la négociation et l'exécution d'accords d'IED dans le secteur agricole. Sous réserve de l'approbation du Conseil de Direction, le Secrétariat serait prêt à examiner, avec les organisations mentionnées plus haut, dans quelle mesure une contribution d'UNIDROIT, dans les limites de son mandat, pourrait venir compléter leur propre domaine d'expertise.

44. Indépendamment d'une implication éventuelle d'UNIDROIT dans la formulation de lignes directrices pour l'IED dans le secteur agricole, le Secrétariat estime qu'UNIDROIT pourrait utilement envisager la possibilité de formuler des conseils législatifs afin d'assister le législateur et les décideurs dans la modernisation ou le développement de leur cadre juridique national en matière d'investissement dans la production agricole. Le débat général sur l'IED dans le secteur agricole se situe davantage sur le plan social et économique international, et peu d'attention a été réservée à un autre aspect qui, au moins en théorie, devrait aller de pair avec la discussion sur les aspects juridiques de l'investissement dans la production agricole, à savoir dans quelle mesure les divers domaines du droit privé qui touchent aux décisions d'investissement et aux mécanismes de financement et de distribution pour les produits de base agricoles dans la plupart des pays soutiennent l'investissement agricole durable, facilitent la mobilisation de capitaux pour les entreprises rurales ou favorisent des choix rationnels et efficaces pour la distribution des produits de base agricoles.

45. Les réformes institutionnelles et juridiques visant à améliorer la constitution, l'opposabilité et l'exécution des garanties produiront certainement des avantages importants à long terme pour l'expansion du financement, malgré le temps nécessaire pour leur mise en œuvre. Les mesures-clés portent sur les réformes qui visent à élargir l'éventail des biens pouvant être utilisés comme garanties, y compris les biens meubles tels que le matériel d'équipement, le bétail, les cultures, les stocks et inventaires et les créances. Différentes organisations internationales ont effectué ces dernières années des travaux importants pour aider les législateurs nationaux et les décideurs politiques à améliorer le cadre juridique pour les opérations garanties ⁵⁹. De même, des travaux

⁵⁹ Voir la *Model Law on Secured Transactions* de la BERD, *supra* note 48; le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, *supra* note 46; *Model Inter-American Law on Secured Transactions* de l'OEA, *supra* note 46. Voir également l'Acte uniforme portant organisation des sûretés de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), préparé en 1997 (<<http://www.ohada.com/textes.php?categorie=458>>); les études sur la réforme en Asie du droit de l'insolvabilité et des opérations garanties et le "Guide to Movable Registries" préparé par la Banque asiatique de développement (voir *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000*, Volume I (avril 2000), *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000*,

importants et utiles ont été consacrés aux différents aspects du droit privé qui touchent aux structures et aux stratégies de commercialisation des entreprises qui œuvrent dans le secteur rural, que ce soit au moyen d'activités générales de conseil ⁶⁰, au par le biais de programmes dans des pays particuliers ⁶¹ ou au niveau régional. Toutefois, le Secrétariat n'a pas connaissance qu'il existe un document d'orientation international présentant de façon globale les résultats de tous ces instruments, études et directives générales, qui s'appliquent en particulier aux aspects de droit privé des opérations dans le secteur agricole.

46. L'élaboration d'un tel instrument, si possible sous la forme d'un guide législatif, sous une forme équilibrée et qui n'empiète pas sur le travail d'autres organisations comme on peut s'attendre de la part d'UNIDROIT, pourrait fournir un complément utile aux nombreux conseils spécifiques qui existent déjà. L'instrument ici envisagé devrait présenter diverses options disponibles pour les pays de traditions juridiques différentes et discuter leurs avantages et inconvénients respectifs du point de vue de l'objectif global de promouvoir les investissements dans la production agricole et de faciliter l'accès au crédit rural.

47. Le Conseil de Direction pourrait souhaiter autoriser le Secrétariat à poursuivre ses recherches préliminaires en matière de financement agricole, en tant que premier sujet sous le titre général de "Droit privé et développement", en vue d'identifier les domaines relatifs au financement des investissements et de la production agricoles dans lesquels UNIDROIT pourrait apporter une contribution utile. Il est clair que l'implication d'UNIDROIT devrait compléter et non répéter les travaux effectués par d'autres organisations.

48. Pour ce faire, et dans un premier temps, le Secrétariat envisagerait d'organiser, en coopération avec d'autres organisations internationales, un colloque au cours du premier trimestre 2011 sur les aspects juridiques du financement agricole pour débattre des travaux déjà entrepris sur le plan international et évaluer le besoin et l'opportunité d'élaborer un guide législatif sur des domaines choisis du droit privé qui pourrait avoir un impact sur la disponibilité de financement pour la production.

=====

Volume II (décembre 2000) et *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank - A Guide to Movable Registries* (décembre 2002)); la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, adoptée en 2001 (publication des Nations Unies, Sales No. E.04.V.14).

⁶⁰ Le Bureau juridique de la FAO, par exemple, dans la série "Etudes législatives", publie régulièrement des études juridiques sur un grand nombre de questions juridiques qui portent sur les investissements et la production d'infrastructures, dont certaines traitent utilement de sujets de droit privé (comme le bail agricole et les droits à l'eau) à la lumière des objectifs politiques de la FAO convenus par les Etats membres de l'Organisation (voir <http://www.fao.org/Legal/legstud/list-f.htm>).

⁶¹ For instance, after having EBRD has funded the implementation of warehouse programmes in the Slovak Republic and Bulgaria, the EBRD approved a Regional Warehouse Receipts Programme in 2000. EBRD mobilised expertise from FAO under the EBRD-FAO Agribusiness Framework Agreement. The experts were asked to review the legislative framework in Russia and assess the feasibility of setting up a workable grain warehouse receipt system (see <<http://www.sof.ebrd.com/pubs/funding/tc00o.pdf>>, p. 109, 15 March 2010).