



CONSEIL DE DIRECTION
99^{ème} session (B)
Rome, 23-25 septembre 2020

FR

UNIDROIT 2020
C.D. (99) B.12
Original: anglais
août 2020

Point n° 10 de l'ordre du jour: Droit privé et développement agricole

**Adoption d'un Guide juridique sur
les contrats d'investissement en terres agricoles**

(préparé par le Secrétariat d'UNIDROIT)

<i>Sommaire</i>	<i>Mise à jour sur les travaux relatifs à l'élaboration d'un document d'orientation international sur les contrats d'investissement en terres agricoles (ALIC)</i>
<i>Action demandée</i>	<i>Le Conseil de Direction est invité à adopter le Guide juridique UNIDROIT/FAO/FIDA, sous réserve d'éventuels ajustements mineurs durant le processus conduisant à son approbation par les organisations partenaires, et à prendre note du programme d'activités pour la mise en œuvre du Guide juridique en 2020-2021</i>
<i>Mandat</i>	<i>Programme de travail 2017-2019 reconduit par le Programme de travail 2020-2022</i>
<i>Degré de priorité</i>	<i>Elevé</i>
<i>Documents connexes</i>	<i>UNIDROIT 2016 - C.D. (95) 7(b); UNIDROIT 2017 - C.D. (96) 6(b); UNIDROIT 2018 - C.D. (97) 19, Point n°7(b); UNIDROIT 2018 - C.D. (97) 7(b); UNIDROIT 2019 - C.D. (98) 5(a) rév.</i>

INTRODUCTION

1. Le présent document propose une mise à jour sur les travaux d'élaboration d'un document d'orientation international sur les contrats d'investissement en terres agricoles (CITA) composé de quatre parties. La première partie rappelle l'historique des travaux d'UNIDROIT dans ce domaine. La deuxième partie décrit les développements récents, notamment le processus de consultation sur le projet ALIC Zero, qui a impliqué les États membres d'UNIDROIT, d'autres organisations et des parties prenantes, puis la finalisation du Guide juridique. La troisième partie offre un aperçu du futur Guide juridique sur les contrats d'investissement en terres agricoles - dont le texte se trouve en Annexe II

- après les révisions effectuées sur la base des commentaires reçus au cours du processus de consultation. La quatrième partie définit les étapes futures de la mise en œuvre et la cinquième partie invite le Conseil de Direction à adopter le Guide juridique ALIC et à prendre note du programme des activités futures pour la mise en œuvre du Guide juridique en 2020-2021.

I. HISTORIQUE

2. A la suite de l'adoption du Guide juridique sur l'agriculture contractuelle lors de sa 94^{ème} session (Rome, 6-8 mai 2015), le Conseil de Direction "a donné instruction au Secrétariat d'entreprendre un inventaire et une étude de faisabilité sur les contrats d'investissement foncier, pour décider si les compétences spécifiques d'UNIDROIT pouvaient représenter un atout supplémentaire dans ce domaine" ¹. Conformément aux instructions du Conseil de Direction, le Secrétariat a préparé l'étude demandée, effectué l'état des lieux requis et examiné si un éventuel instrument d'UNIDROIT représenterait un apport supplémentaire utile dans ce domaine. Il a conclu qu'"étant donné qu'une lacune sembl[ait] exister" sur les aspects de droit privé des contrats d'investissement en terres agricoles, UNIDROIT semblait tout indiqué pour préparer un instrument sur ces aspects et "pourrait user de son expertise en matière de droit privé en se basant sur les initiatives existantes, et préparer en collaboration avec les organisations agricoles et alimentaires basées à Rome du système des Nations Unies et d'autres institutions, des conseils précieux pour les agriculteurs, les investisseurs, les gouvernements et les autres parties prenantes à cet égard" ².

3. Après avoir examiné l'étude de faisabilité, le Conseil de Direction, à sa 95^{ème} session (Rome, 18-20 mai 2016), a recommandé d'inclure dans le Programme de travail d'UNIDROIT pour la période triennale 2017-2019 la préparation d'un document international d'orientation sur les contrats d'investissement en terres agricoles avec un degré de priorité élevé. Conformément à la recommandation du Conseil de Direction, le Secrétariat a organisé, avec la FAO et le FIDA, une réunion informelle avec des experts et des parties prenantes intéressées, à la FAO le 20 octobre 2016 ³, en marge de la 43^{ème} session plénière (Rome, 17-21 octobre 2016) du Comité de la sécurité alimentaire mondiale (CSA). L'objectif de la réunion était de sensibiliser les participants aux travaux d'UNIDROIT dans ce domaine et de solliciter des commentaires sur la portée, le contenu et la forme d'un instrument éventuel sur les contrats d'investissement en terres agricoles. En outre, les commentaires formulés ont été examinés en vue de la formation d'un Groupe de travail et ont été communiqués au Groupe à sa première réunion.

4. À la suite de la réunion informelle, à sa 75^{ème} session (Rome, 1^{er} décembre 2016), l'Assemblée Générale a approuvé le Programme de travail pour la période triennale 2017-2019, qui incluait les travaux sur les contrats d'investissement en terres agricoles avec un niveau de priorité élevé. Après la session de l'Assemblée Générale, le Secrétariat a formé le Groupe de travail sur les contrats d'investissement en terres agricoles ⁴ et le projet a progressé conformément à sa priorité élevée.

¹ [UNIDROIT 2015 – C.D. \(94\) 13, para. 68.](#)

² [UNIDROIT 2016 – C.D. \(95\) 7\(b\), para. 103.](#)

³ Le projet d'ordre du jour de la réunion est disponible sur: <https://www.unidroit.org/english/documents/2016/study80b/s-80b-inf-e.pdf> (en anglais). Ont participé à la réunion des représentants de la FAO, du FIDA, de la Banque mondiale, du Ministère français des affaires étrangères et du développement international, du Ministère fédéral allemand pour la coopération et le développement international (BMZ), de l'Agence de coopération internationale japonaise (JICA), de l'Agence des Etats-Unis pour le développement international, de la *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit* (GIZ); du *Columbia Center on Sustainable Investment* (CCSI); de l'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED); de l'Institut international du développement durable (IISD); et de la *International Land Coalition* (ILC).

⁴ Le Groupe de travail est présidé par M. José Antonio Moreno Rodríguez, membre du Conseil de Direction d'UNIDROIT, et est actuellement composé de: M. Lorenzo Cotula, Chercheur principal en droit et développement durable, Institut international pour l'environnement et le développement (IIED); M. Daryono, Professeur,

5. À sa première réunion (Rome, 3-5 mai 2017), le Groupe de travail a commencé par discuter de quatre aspects principaux des travaux. Tout d'abord, concernant sa portée, le Groupe de travail a recommandé que l'instrument futur se présente sous la forme d'un guide juridique et se concentre sur les baux et les contrats de concession, mais il pourrait, le cas échéant, traiter aussi d'autres types de contrats. Il pourrait également inclure des dispositions types ou s'orienter vers cette forme, lors d'une étape successive des travaux. Deuxièmement, concernant les initiatives existantes, le Groupe de travail a discuté de la manière dont celles-ci pourraient orienter les travaux, en mettant l'accent particulièrement sur 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 (VGGT)), les Principes "RAI" du CSA, les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international et le Guide juridique sur l'agriculture contractuelle UNIDROIT/FAO/FIDA. Troisièmement, les travaux devraient tirer parti de la coopération sur laquelle la préparation du Guide juridique sur l'agriculture contractuelle avait reposé et devraient être en parfaite harmonie avec les politiques de la FAO, car l'expertise d'UNIDROIT concerne strictement le droit privé en soutien aux instruments de la FAO. Pour la coopération avec les ONG, la société civile et le secteur privé, le Groupe de travail a envisagé la meilleure façon de consulter leurs représentants, afin que le futur instrument puisse tenir compte des points de vue des divers acteurs et formule des recommandations utiles. Quatrièmement, concernant le public ciblé, le Groupe de travail a reconnu que le futur instrument visait à contribuer à la mise en œuvre des Directives Volontaires (VGGT) et des Principes "RAI" du CSA, en fournissant des orientations de droit privé pour les contrats d'investissement en terres agricoles et des recommandations sur l'insertion des mécanismes de protection nécessaires; ainsi, il pourrait s'adresser, au premier chef, aux conseils juridiques, en particulier ceux qui représentent les investisseurs, mais il serait également rédigé à l'usage d'un plus vaste public. En ce qui concerne les Directives Volontaires (VGGT) en particulier, le futur instrument pourrait fournir des indications utiles sur la consultation et la conclusion d'accords avec les détenteurs de droits fonciers légitimes dans le processus de négociation⁵.

6. Après ces discussions d'ordre général, le Groupe de travail a examiné et discuté un avant-projet du futur instrument sur les contrats d'investissements en terres agricoles, préparé par le Secrétariat d'UNIDROIT. Le Groupe a amendé le texte et apporté des contributions sur la structure initiale, qui a été jointe au rapport de la première réunion⁶ en vue d'une révision continue. La structure initiale consistait en une préface décrivant l'objectif du futur instrument, une introduction aux contrats d'investissement en terres agricoles et des chapitres couvrant: a) le cadre juridique pertinent; b) la négociation et la formation, comprenant la question importante de l'identification des détenteurs de droits fonciers légitimes; c) les obligations des parties, comprenant les obligations de

Universitas Terbuka, Jakarta; Mme Bénédicte Fauvarque-Cosson, Professeure, Université Panthéon-Assas, Paris 2; M. James Gathii, Chaire Wing-Tat Lee de droit international et Professeur de droit, Faculté de droit, Université Loyola de Chicago; Mme Jean Ho, Professeure assistante, Faculté de droit, Université nationale de Singapour; M. Pierre-Etienne Kenfack, Professeur, Université Yaoundé 2; Mme Yuliya Panfil, Associée, Investissements, Omidyar Network et M. Virgilio de los Reyes, Professeur, Université De La Salle, Manille. Le Groupe a également bénéficié de la participation de représentants de la FAO, du FIDA, de la *International Land Coalition* (ILC); de l'Organisation Mondiale des Agriculteurs (OMA); du Mécanisme du secteur privé du Comité de la sécurité alimentaire mondiale (CSA); du *Columbia Center for Sustainable Investment* (CCSI); de l'Institut international du développement durable (IIDDD) et du Welthungerhilfe.

⁵ Les droits fonciers légitimes sont des droits qui, sans être actuellement protégés par la loi, sont considérés comme socialement légitimes dans les sociétés locales. Le régime foncier, en terme général, est la façon dont les terres sont détenues ou appartiennent à des individus, familles, entreprises ou groupes. Le régime foncier peut englober un "faisceau de droits" divers (par exemple, le droit d'occuper, utiliser, développer, jouir et tirer des bénéfices des ressources naturelles; le droit de restreindre l'accès de tiers à ces ressources; et/ou le droit de gérer, vendre ou léguer les ressources). FAO, *La gouvernance responsable des régimes fonciers et le droit - Un guide à l'usage des juristes et autres fournisseurs de services juridiques, Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers No. 5*, p. 19, disponible sur <http://www.fao.org/3/a-i5449f.pdf>.

⁶ Rapport de la première réunion du Groupe de travail (Rome, 3-5 mai 2017), UNIDROIT 2017 – Study 80B – Doc. 2, disponible sur: <http://www.unidroit.org/english/documents/2017/study80b/wg/s-80b-02-e.pdf>. (en anglais seulement).

développement, financières, sociales et environnementales des investisseurs; d) l'inexécution; e) le transfert, la restitution et la résiliation et f) la résolution des différends.

7. Lors de sa deuxième réunion (Rome, 13-15 septembre 2017), le Groupe de travail a discuté des développements récents et de questions d'ordre général relatives au projet, comme sa portée et le public ciblé par le futur instrument ainsi que sa conformité aux initiatives existantes. À cet égard, le Groupe de travail a recommandé que, sous réserve des discussions à venir, le futur instrument soit un Guide juridique centré sur les baux et les concessions de terres agricoles et que les orientations ne doivent pas s'adresser uniquement aux conseillers juridiques des investisseurs, mais plus largement aux conseillers des différentes parties aux contrats. Le Groupe de travail a ensuite examiné en détail le projet de plan actualisé du futur instrument, qui a été révisé sur la base des contributions du Groupe et joint au rapport de la deuxième réunion ⁷, et des contributions préliminaires de rédaction de certains chapitres. Quant à l'organisation des travaux futurs, le Groupe de travail a examiné la possibilité d'organiser des réunions et d'autres moyens de sensibilisation au futur instrument, en consultant les parties prenantes et en sollicitant leur contribution.

8. Le Secrétariat a organisé une deuxième réunion informelle, en collaboration avec la FAO et le FIDA, avec des experts et des parties prenantes intéressées, à la FAO, le 11 octobre 2017, lors de la 44^{ème} session plénière du CSA (Rome, 9-13 octobre 2017) ⁸. Comme pour la précédente réunion informelle tenue à la FAO le 20 octobre 2016 lors de la 43^{ème} session plénière du CSA, cette réunion a permis de sensibiliser les participants aux travaux d'UNIDROIT dans ce domaine et de solliciter des commentaires sur la portée, le public ciblé, la forme et le contenu du futur instrument sur les contrats d'investissement en terres agricoles. Les participants ont examiné le projet de plan et présenté des observations. Le 8 février 2018, le Groupe de travail s'est réuni en vidéoconférence pour discuter des contributions parvenues, examiner un avant-projet de Préface et d'Introduction du futur Guide juridique ainsi que les questions et les observations des experts concernant leurs tâches respectives en matière de rédaction.

9. Lors de sa troisième réunion (Rome, 25-27 avril 2018), le Groupe de travail a discuté des développements récents, notamment la présentation du projet par le Secrétariat à la Conférence annuelle de la Banque mondiale sur la terre et la pauvreté (Washington, 19-23 mars 2018), et de questions générales relatives aux travaux (par exemple, la portée et les principaux sujets). Le Groupe de travail a ensuite approfondi les projets de chapitres et les questions identifiées dans le projet de plan en cours du futur Guide juridique sur les contrats d'investissement en terres agricoles et a examiné, dans ce cadre, diverses questions rédactionnelles pour faciliter les révisions (par exemple, la terminologie à utiliser, les orientations à proposer, le niveau de détail à fournir et les références à d'autres instruments et sources). Enfin, le Groupe de travail a discuté des prochaines étapes (à savoir, les parties restant à rédiger et les révisions, la participation des parties prenantes et les consultations, et le calendrier des travaux) ⁹.

10. Lors de la 97^{ème} session du Conseil de Direction (Rome, 2-4 mai 2018), le Secrétariat a fait le point sur les travaux relatifs aux contrats d'investissement en terres agricoles, en particulier ceux

⁷ Rapport de la deuxième réunion du Groupe de travail (Rome, 13-15 septembre 2017), UNIDROIT 2017 – Study 80B – Doc. 3, disponible sur: <https://www.unidroit.org/english/documents/2018/study80b/s-80b-03-e.pdf>. (en anglais seulement).

⁸ Le projet d'ordre du jour de la réunion est disponible sur: <https://www.unidroit.org/english/news/2017/171011-agric-land-inv-contracts-fao/agenda-e.pdf> (en anglais seulement). Ont participé à la réunion des représentants de la FAO, du FIDA, de la Banque mondiale, du Département britannique pour le développement international (DFID), de l'Agence des Etats-Unis d'Amérique pour le développement international, du Mécanisme du secteur privé de la FAO, de l'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED), de l'Institut international du développement durable (IISD); et de la *International Land Coalition* (ILC).

⁹ Rapport de la troisième réunion du Groupe de travail (Rome, 25-27 avril 2018), UNIDROIT 2018 – Study 80B – Doc. 4, disponible sur: <https://www.unidroit.org/english/documents/2018/study80b/s-80b-04-e.pdf> (en anglais seulement).

de la troisième réunion du Groupe de travail - qui avait eu lieu la semaine précédente - et sur l'état du projet de Guide juridique, dont certains chapitres avaient été distribués aux membres du Conseil¹⁰. À la suite de la présentation du Secrétariat, le Conseil de Direction a examiné l'état d'avancement du projet et a fourni des orientations sur sa portée, sur la formulation des orientations du futur Guide juridique, sur la nature des obligations auxquelles il était fait référence et sur le traitement de la compétence des tribunaux de l'État où se trouvent les terres agricoles - que le Secrétariat s'est engagé à référer au Groupe de travail¹¹.

11. À la suite de la 97^{ème} session du Conseil de Direction (Rome, 2-4 mai 2018), le Groupe de travail a tenu une vidéoconférence le 2 juillet 2018 pour discuter des orientations reçues du Conseil de Direction, de la rédaction et de la révision des notes préparées par le Secrétariat à l'usage des experts pour la révision de leurs projets, et de diverses questions concernant les projets et les prochaines étapes. Sur cette base et celle des travaux antérieurs, les experts et le Secrétariat ont procédé à la préparation et à la révision de divers projets de chapitres et de sections du futur Guide juridique.

12. Lors de sa quatrième réunion (Rome, 9-11 octobre 2018), le Groupe de travail a tout d'abord discuté des développements récents, avec notamment une présentation des travaux par le Professeur James Gathii intitulée "Sustainable Investment in Agriculture" (Rome, 8 octobre 2018) pendant la conférence annuelle de l'IBA et l'événement parallèle intitulé "*Improving Agricultural Investment Contracts and the Contracting Process*" qui a eu lieu pendant la 45^{ème} session plénière du CSA (Rome, 15-19 octobre 2018). Le Groupe a ensuite effectué un examen détaillé des projets de tous les chapitres et sections du futur Guide juridique, qui devaient être consolidés en un projet combiné et complet pour janvier 2019. Enfin, le Groupe a discuté des prochaines étapes, notamment du plan de consultations vastes sur le projet de Guide juridique, de l'intégration des contributions reçues et de la finalisation du Guide juridique¹².

13. Lors de l'événement parallèle du CSA (Rome, 18 octobre 2018), organisé conjointement avec la FAO et le FIDA, le Secrétaire Général, le Professeur Ignacio Tirado, a animé une discussion d'experts - Mme Margret Vidar (FAO), M. Charles Forrest (FIDA), M. Lorenzo Cotula (IIED), M. Brian Baldwin (PSM/CFS) et Mme Ilaria Bottigliero (OIDD) - sur des questions clés abordées dans le Guide juridique. Les contributions des participants ont été transmises au Groupe de travail¹³.

14. Par la suite, le Secrétariat a également participé et présidé deux sessions lors de la Semaine du Droit, de la Justice et du Développement (GFLJD) de la Banque mondiale (5-9 novembre 2018) poursuivant ainsi sa collaboration avec le Groupe de la Banque mondiale et le Forum mondial sur la GFLJD et les sensibilisant aux travaux d'UNIDROIT. Tout d'abord, lors d'une séance intitulée "*UNIDROIT Secretary-General's Vision on Law and Development*", le 7 novembre, il a discuté sur la façon dont UNIDROIT pourrait soutenir l'autonomisation économique et la réalisation des objectifs de développement durable, avec Mme Nathalie Rey (Conseillère principale, *Export-Import Bank of the United States of America*) à propos du futur Protocole MAC et avec Mme Yuliya Panfil (Responsable Investissements, *Property Rights Initiative*, Réseau Omidyar) à propos du futur Guide juridique sur

¹⁰ Voir [UNIDROIT 2018 – C.D. \(97\) 7\(b\)](#); UNIDROIT 2018 – [C.D. \(97\) 19](#), paras. 96-120 (rappelant la présentation du Secrétariat et notant que les projets des Chapitres 1 (Le cadre juridique, WP.2), 4 (Inexécution contractuelle, WP.11), 5 (Transfert et retour, WP.12) et 6 (Règlement des différends, WP.13) avaient été distribués).

¹¹ [UNIDROIT 2018 – C.D. \(97\) 19](#), paras. 110 et seq.

¹² Rapport de la quatrième réunion du Groupe de travail (Rome, 9-11 October 2018), UNIDROIT 2018 – Study 80B – Doc. 5, disponible sur: <https://www.unidroit.org/english/documents/2018/study80b/wg04/s-80b-wg04-05-e.pdf> (en anglais seulement).

¹³ Voir CFS 45 *Improving Agricultural Investment Contracts and the Contracting Process*, <http://www.fao.org/cfs/home/plenary/cfs45/side-events/085/en/> (en anglais seulement - dernier accès 17 mars 2019) (contenant un résumé de l'événement).

les contrats d'investissement en terres agricoles. Puis, le 8 novembre, lors d'une séance intitulée "*Community of Practice on Private Law and Agricultural Development*", il a examiné, avec le Professeur Thomas McInerney (*Rule of Law for Development Institute*, Faculté de droit, Université Loyola Chicago), comment la Communauté de Pratique du Forum mondial pourrait promouvoir les travaux d'UNIDROIT dans ce domaine, contribuer à un environnement juridique plus équitable et plus sûr et répondre aux défis économiques et sociaux de l'agriculture.

15. À la suite de la quatrième réunion du Groupe de travail et sur la base des événements promotionnels, le Secrétariat a travaillé à la consolidation et à la révision des différents projets du futur Guide juridique en coordination avec les membres du Groupe de travail. Un projet consolidé a été mis à la disposition du Groupe de travail en janvier 2019, qui a examiné et inséré des commentaires et des modifications. Le Groupe de travail a ensuite organisé une autre vidéoconférence sur l'avancement de ce processus de consolidation et de révision, notamment sur des questions en suspens sur la structure du Guide juridique, son contenu, son style et sa présentation, et d'autres questions, ainsi que sur le calendrier proposé par le Secrétariat pour les consultations en ligne et régionales pour recueillir les commentaires des parties prenantes et pour les prochaines étapes concernant l'examen et la finalisation du Guide juridique. Le processus de consolidation a abouti au projet ALIC Zéro qui a servi de base au processus de consultation.

16. Compte tenu des questions importantes traitées par le projet de Guide (par exemple, le régime foncier, les droits de l'homme, l'investissement, le développement durable), il a été décidé de le soumettre à de vastes consultations afin de mieux le faire connaître et de solliciter les contributions des parties prenantes pour garantir un produit de haute qualité qui réponde aux besoins réels et soit conforme aux meilleures pratiques. Sur la base des commentaires reçus, le projet serait ensuite révisé en coordination avec le Groupe de travail avant la finalisation et l'adoption du Guide. Ce plan d'action a été approuvé par le Conseil de Direction lors de sa 98^{ème} session (Rome, 8-10 mai 2019).

II. DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS – CONSULTATIONS ET FINALISATION

17. Le processus de consultation sur le projet ALIC Zéro a comporté diverses activités, comme des événements régionaux en Asie, en Amérique latine, en Afrique et des consultations en ligne. Du 1^{er} juin au 31 octobre 2019, le projet ALIC Zéro a été mis à disposition pour commentaires et observations dans le cadre d'une consultation en ligne sur le site web d'UNIDROIT, comme cela avait été fait pour le Guide juridique UNIDROIT/FAO/FIDA sur l'agriculture contractuelle.

18. Outre les consultations en ligne sur le site web d'UNIDROIT, le projet ALIC Zero a également été présenté sur un certain nombre d'autres plateformes en ligne importantes dans ce domaine, notamment le Forum mondial sur la sécurité alimentaire et la nutrition (FSN Forum)¹⁴ organisé par la FAO (consultations en ligne du 4 septembre au 8 octobre), le *LandPortal.org*¹⁵ et le site web *Afronomics law*¹⁶. Les réseaux sociaux d'UNIDROIT, de la FAO et du FIDA, comme Facebook, LinkedIn, Twitter, ont également recueillis des commentaires.

19. Dans le cadre des consultations en ligne, les personnes et les institutions intéressées ont été invitées à faire part de leurs observations et de leurs contributions sur le projet ALIC Zéro en

¹⁴ Voir <http://www.fao.org/fsnforum/activities/discussions/ALIC>. Le Secrétariat tient à remercier la FAO pour son soutien financier à la couverture des frais liés à la consultation du FSN Forum, et ce rendu possible grâce à M. Michael Riggs de l'Unité Secteur privé et investissement agricole responsable (RAI) de la FAO, ainsi que M. Max Blanck du FSN Forum et son équipe pour leur soutien dans la conduite des discussions du FSN Forum.

¹⁵ Voir <https://landportal.org/news/2019/08/online-consultation-review-draft-legal-guide-agricultural-land-investment-contracts>.

¹⁶ Voir <https://www.afronomicslaw.org/2019/09/29/symposium-on-unidroit-fao-ifad-draft-legal-guide-on-agricultural-land-investment-contracts-alic/>.

envoyant des commentaires sur son approche générale ou sur des chapitres, sections ou questions spécifiques. Les participants aux consultations en ligne ont été invités à évaluer si certaines sections du projet de Guide leur semblaient non exhaustives ou présenter des lacunes et à expliquer comment ils se proposaient de les combler ou de les clarifier. Les participants ont également été invités à indiquer si le projet de Guide présentait des sections dont le contenu était redondant.

20. Au total, plus de 50 commentaires ont été reçus en ligne. Des commentaires sont parvenus des ambassades de la République argentine, des Etats-Unis d'Amérique et de la République Populaire de Chine, ainsi que de la FAO, de l'Organisation des Etats américains (OEA), de l'Association du Barreau de Beyrouth et d'ONG (par exemple, FIAN International - Pour le droit à l'alimentation et à la nutrition). Des commentaires et recommandations détaillés ont également été reçus de la part de professeurs et de chercheurs de plusieurs universités, telles que l'Université de Groningue, l'Université Erasme de Rotterdam, la *Southwest University of Political Science and Law-China*, l'Université d'Ottawa, l'Université d'Aberdeen, l'Université Loyola de Chicago, l'Université de Durham, le *Columbia Center on Sustainable Investment* et l'Université Dalhousie.

21. Grâce à la généreuse "micro-subvention" du FIDA, trois événements de consultation régionaux se sont tenus en collaboration avec le FIDA et la FAO. Le premier événement régional (Asie) s'est tenu à Beijing (Chine) le 9 juillet 2019 à la *University of International Business and Economics* (UIBE). Il a réuni des représentants gouvernementaux, des universitaires, des experts juridiques, des organisations internationales et des acteurs du secteur privé pour examiner les questions clés abordées par le futur Guide juridique. La première session de l'atelier a concentré ses travaux sur la présentation du Guide, l'examen des questions relatives aux droits de propriété foncière et aux investissements responsables en tant que principes fondateurs et a abordé le thème du contexte juridique chinois de l'agriculture et des investissements fonciers. La deuxième session a permis d'approfondir d'autres questions importantes, notamment les obligations des parties, l'expérience du FIDA dans la région Asie et les recours en cas d'inexécution ainsi que le règlement des différends.

22. Le deuxième événement régional (Amérique) s'est tenu à São Paulo (Brésil) le 9 août 2019 à l'Université de São Paulo (USP). Il a réuni 40 participants des pays d'Amérique latine, notamment d'Argentine, de Bolivie, du Brésil, du Chili, du Guatemala, du Mexique, du Paraguay et de l'Uruguay ainsi que des acteurs du secteur privé comme la *Brazilian Rural Society*. L'atelier a été organisé en deux sessions avec des orateurs et des intervenants qui ont partagé leurs points de vue sur les contrats d'investissement en terres agricoles au Brésil et en Amérique latine (session 1) et ont présenté leurs commentaires et contributions pour l'amélioration du Guide (session 2).

23. Enfin, un troisième événement régional (Afrique) s'est tenu à la Faculté de droit de l'Université Strathmore à Nairobi (Kenya), rassemblant plus de 40 experts de nombreux États africains, dont l'Afrique du Sud, l'Éthiopie, le Kenya, le Nigeria, l'Ouganda, le Soudan et la Tanzanie, ainsi que des experts juridiques d'organisations internationales telles que l'ONU Environnement. Cet atelier s'est articulé en quatre sessions: la première session a donné un aperçu du Guide et de ses principaux objectifs; la deuxième session a approfondi les questions de rédaction et de mise en œuvre des contrats d'investissement responsables en terres agricoles; la troisième session a examiné le meilleur équilibre possible entre les droits et les obligations des parties en Afrique; et la quatrième session s'est penchée sur les recours et la résolution des différends dans le contexte des contrats d'investissement en terres agricoles.

24. Les principales recommandations recueillies au cours de toutes les consultations ont été résumées et classées selon les questions soulevées et réparties dans les chapitres du Guide susceptibles d'être les plus pertinents. Un certain nombre de recommandations de nature rédactionnelle ont encouragé à rationaliser le contenu du Guide afin d'éliminer les répétitions inutiles

et à revoir les mots clés insérés au début de chaque paragraphe pour mettre l'accent sur les principaux sujets abordés.

25. En ce qui concerne des recommandations générales substantielles, certains contributeurs ont mentionné la nécessité d'approfondir l'histoire différente des régimes fonciers dans les divers pays et régions et le chevauchement entre la propriété, la possession, les droits patrimoniaux et la légitimation des territoires pour garantir que le Guide ALIC puisse faire face aux défis susceptibles de devoir affronter dans les différentes régions du monde. Par exemple, les défis rencontrés en Amérique latine peuvent être différents de ceux rencontrés en Afrique. Certains contributeurs ont souligné qu'il faudrait mettre davantage l'accent sur les activités économiques informelles et sur les chaînes de valeur mondiales lors de l'analyse de l'impact des accords d'investissement, tandis que d'autres ont recommandé d'étendre les devoirs et responsabilités découlant d'un contrat à toutes les relations d'affaires existantes. Par exemple, les parties contractantes devraient s'intéresser aux sociétés mères, aux filiales, aux sociétés affiliées, etc., lorsqu'elles procèdent à des vérifications préalables. La nécessité de revoir la présentation faite dans le Guide du droit à une alimentation adéquate et son lien avec d'autres droits de l'homme a également été soulignée comme révision éventuelle.

26. Des recommandations spécifiques ont également été reçues chapitre par chapitre. Plusieurs contributeurs ont mentionné que le premier Chapitre du Guide ("Le cadre juridique") devrait être élargi pour y inclure plus d'informations sur l'application de la compétence extraterritoriale et du droit étranger lorsque la conformité avec l'ordre public et les règles impératives d'un ou plusieurs autres États est nécessaire et non disponible dans le pays d'accueil. D'autres contributeurs ont souligné la nécessité d'inclure davantage d'indications concernant les "clauses de choix de la loi" et les "clauses de prévalence" afin d'approfondir les implications qu'elles peuvent avoir lorsque la partie contractante la plus puissante pourrait, par exemple, pousser à la sélection d'une loi d'un pays tiers très favorable à ses intérêts, mais n'a aucun lien avec l'investissement concerné.

27. Le deuxième Chapitre, consacré aux "Parties, dispositions contractuelles, diligence requise et formation", a fait l'objet de plusieurs recommandations. Il a été noté que ce Chapitre pourrait expliquer davantage les responsabilités des parties non contractantes et donner des indications sur la manière de tenir ces autres acteurs responsables des effets négatifs des investissements fonciers. En outre, l'inclusion d'orientations supplémentaires sur la manière de traiter les obligations des entreprises et des filiales a également été signalée.

28. Certains participants ont souligné la nécessité d'attirer l'attention sur les différences entre les peuples autochtones et les groupes minoritaires, car la notion juridique de peuples autochtones peut ne pas s'appliquer dans tous les pays. En ce qui concerne les dispositions contractuelles, certains commentateurs ont insisté sur la nécessité d'inclure une référence aux contrats d'exploitation agricole familiale en plus des accords de développement communautaire, en tant que contrats connexes au contrat d'investissement en terres agricoles principal. Plusieurs commentaires ont également porté sur les orientations du projet ALIC Zéro quant à la conduite des analyses d'impact. Par exemple, l'un d'eux a fait remarquer qu'il devrait inclure des orientations sur une analyse régulière des droits de l'homme et que l'approche sur l'analyse de la durabilité pourrait fournir une plate-forme pour la prise en compte intégrée des différents niveaux d'analyse d'impact (par exemple, droits de l'homme, environnement, social, etc.).

29. LesC du Guide consacrés à l'inexécution contractuelle, aux recours, aux mécanismes de réclamations et aux règlements des différends, respectivement les Chapitres 5, 6 et 7, ont suscité un grand nombre de commentaires. Il a notamment été indiqué que le Guide ne devrait pas se concentrer uniquement sur l'"inexécution contractuelle" comme base des recours, car cela pourrait limiter l'accès au recours des communautés ou des individus concernés, soit parce qu'ils ne sont pas parties contractantes, soit parce que le préjudice subi ne se réfère pas à l'objet du contrat. Des

explications supplémentaires sur les règles de droit international privé et de conflit de lois ont été recommandées à l'intention de ceux qui ne les connaissent peut-être pas et certains contributeurs ont également suggéré de mentionner que les mécanismes de réclamation devraient inclure des critères sexospécifiques pour vérifier que l'accès à la justice est adapté et approprié aux besoins des femmes - notamment à celles qui sont confrontées à des formes multiples de discrimination.

30. Les rapports contenant les commentaires et les recommandations reçus lors de la consultation en ligne et des consultations régionales ont été soumis aux membres du Groupe de travail en février 2020 (voir l'Annexe I pour la liste des rapports de consultation). Un Comité de rédaction, réuni les 2 et 3 mars 2020 physiquement et virtuellement, a été mis en place afin d'intégrer les contributions reçues dans la version finale du Guide. Les membres du Comité de rédaction ont examiné chacune des observations et des commentaires reçus tout au long du processus de consultation, chapitre par chapitre, et ont décidé comment adapter en conséquence les différents chapitres du projet ALIC Zéro. En vue de la finalisation du Guide juridique, un certain nombre de points ont été examinés, comme a) la terminologie; b) la formulation des orientations; c) le niveau de détail approprié; d) les références à d'autres instruments et sources et e) les révisions de nature rédactionnelle sur la clarté d'expression et la facilité d'utilisation. Le Secrétariat a ensuite révisé le projet ALIC Zéro afin de tenir compte des décisions prises par le Comité de rédaction sur la base des contributions reçues tout au long du processus de consultation.

III. LE FUTUR GUIDE JURIDIQUE SUR LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT EN TERRES AGRICOLES

31. Comme indiqué dans le document en Annexe II, le futur Guide juridique sera à l'usage des conseils juridiques traitant de baux en terres agricoles (par exemple, contrats d'investissement, concessions, baux) afin d'aider à la préparation, à la négociation et à la mise en œuvre de contrats d'investissement en terres agricoles de façon conforme aux Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, aux Directives volontaires (VGGT), aux Principes "RAI" du CSA et aux autres instruments internationaux. Le Guide, qui bénéficie du succès du Guide juridique sur l'agriculture contractuelle UNIDROIT/FAO/FIDA et des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, n'entend pas encourager les acquisitions de terres à grande échelle, mais prend acte que les baux de terres agricoles continuent d'intervenir, et que ces opérations posent de nombreux défis. Ainsi, le Guide tentera de répondre à la demande croissante d'investissements agricoles responsables, tout en sensibilisant aux modèles d'investissement alternatifs (par exemple, l'agriculture contractuelle) et en contribuant à assurer que les droits des parties prenantes, y compris ceux des détenteurs légitimes de droits fonciers, sont à la fois protégés et respectés.

32. En outre, le Guide juridique a pour objet de fournir des orientations juridiques concises et novatrices qui concrétisent les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, les Principes VGGT, les Principes "RAI" du CSA et d'autres principes et normes internationaux dans les sept domaines principaux suivants:

- *Chapitre 1 – Le cadre juridique:* le futur instrument présentera différentes sources de droit interne (par exemple législation, décisions judiciaires, réglementations et, dans certains cas, règles coutumières) et des sources de droit international (par exemple traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, traités d'investissement ou instruments juridiques non contraignants) qui constituent le cadre juridique applicable, ainsi que le contrat d'investissement en terres agricoles. Dans certains cas, cependant, il peut y avoir des failles dans le droit interne ou dans son application qui, par exemple, ne respecte pas les droits des titulaires de droits fonciers légitimes ou ne protègent pas suffisamment l'environnement.

L'orientation du Guide vise à faciliter l'évaluation du cadre juridique applicable, l'identification des insuffisances de celui-ci et la compréhension des systèmes et règles coutumiers.

- *Chapitre 2 – Parties et dispositions contractuelles:* les contrats d'investissement en terres agricoles peuvent impliquer différentes parties, et de nombreux acteurs qui pourraient être concernés par ces contrats. Le Chapitre 2 examine qui sont les "parties contractantes" potentielles et autres "acteurs" concernés (communauté locale, peuples indigènes, organismes gouvernementaux, prestataires de services), puis expose certaines des dispositions contractuelles (par exemple les contrats entre investisseurs-concédants, les contrats multipartites, l'accord d'intérêt communautaire) qu'ils peuvent décider d'adopter. Des questions importantes sont soulevées en vue d'indications à donner sur la manière de procéder au "recensement des parties prenantes" et pour aider à identifier les investisseurs et les concédants potentiels.
- *Chapitre 3 - Aspects précontractuels importants pour les contrats d'investissement en terres agricoles:* lors d'un investissement foncier agricole, différentes successions de contrats peuvent être envisagées (par exemple, d'un contrat de bail important au départ à une série d'accords de développement du projet) et chaque étape contractuelle peut être soumise à certaines conditions en fonction du cadre juridique applicable. Le processus contractuel peut également varier en fonction de l'identité des parties (par exemple, processus contractuel dirigé par le gouvernement ou détenteur légitime du droit de propriété en tant que principal concédant), qui est également fortement influencée par le droit national (par exemple, qui devra déterminer qui a le pouvoir légal d'attribuer les terres). Vu l'importance d'obtenir les informations essentielles relatives à l'investissement en terres agricoles avant la signature d'un contrat, le troisième Chapitre du Guide présente les éléments fondamentaux des processus précontractuels concernant la diligence requise, les études de faisabilité et la préparation de projets commerciaux, ainsi que les analyses d'impact.
- *Chapitre 4 - Droits et obligations des parties:* le contrat d'investissement en terres agricoles, qui peut consister en un contrat unique ou en contrats connexes, peut contenir des dispositions concernant non seulement le droit foncier conféré par le bail et les droits y afférents, mais aussi les restrictions nécessaires pour combler les insuffisances du droit de l'État hôte et leurs effets possibles pour l'investissement. Le Chapitre 4 assiste pour négocier les dispositions dans divers domaines, comme le régime foncier, les droits de l'homme et sociaux, - notamment les questions de sécurité alimentaire, de genre et les jeunes - l'environnement, les aspects financiers, la protection des investissements et la liberté réglementaire des Etats, ainsi que le suivi, la mise en œuvre et la transparence du contrat. Le document fournit, notamment, des orientations sur les mesures de restrictions, offertes par exemple par des instruments innovants assurant le respect des normes environnementales ou garantissant que les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales reçoivent une part des revenus des baux fonciers - y compris des accords ou des fiducies pour le développement communautaire, des clauses relatives à l'emploi ou au contenu et des programmes impliquant des cultivateurs sous-traitants.
- *Chapitre 5 – Gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre: inexécution et moyens contractuels:* comme les baux de terres agricoles impliquent généralement des relations contractuelles à long terme, il est important de comprendre les risques inhérents à un investissement donné et de promouvoir la coopération entre les parties et les parties prenantes. Le Guide offre une analyse des cas d'exonération de responsabilité et des recours possibles en cas d'inexécution, contribuant ainsi à garantir un contrat plus équilibré et durable et à prévenir les conflits.
- *Chapitre 6 – Transfert des droits et obligations en vertu du contrat et restitution des droits fonciers:* le transfert de terres agricoles louées par un investisseur à un autre investisseur peut soulever diverses questions, notamment de savoir si les droits fonciers conférés sont

réellement transférables, si le transfert respecte toutes les restrictions contractuelles et si le transfert est rendu public. La restitution des terres agricoles louées peut également soulever diverses questions, notamment, sur l'état dans lequel sont restituées les terres et l'existence éventuelle d'obligations de replantation. Le document entend analyser les dispositions contractuelles éventuelles pour y remédier ou atténuer toute inquiétude à ce sujet.

- *Chapitre 7 – Mécanismes de réclamations et règlement des différends*: comprendre les types de réclamations et de différends qui surviennent couramment dans le cadre des contrats d'investissement en terres agricoles et les divers mécanismes de règlement des différends judiciaires et non judiciaires peut également permettre de créer un contrat plus équilibré et plus durable. Par exemple, l'élaboration et la mise en œuvre de mécanismes de réclamations, notamment pour les employés, les titulaires de droits fonciers légitimes et les communautés locales, peuvent réduire les risques afférents à un investissement agricole donné et prévenir les conflits. En cas de différend, le fait d'avoir défini une procédure de règlement des différends et les obligations y afférentes dans le contrat – par voie d'avis d'experts, de négociation, médiation, conciliation, arbitrage ou de procédures judiciaires – peut garantir que les différends soient réglés rapidement et que les terres agricoles louées ne restent pas en jachère pendant le conflit. Le document aide à comprendre les diverses possibilités de règlement des réclamations et des différends et à établir des procédures efficaces à cet égard.

IV. ÉTAPES FUTURES POUR LA MISE EN ŒUVRE DU GUIDE JURIDIQUE SUR LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT EN TERRES AGRICOLES 2020-2021

33. Sous réserve de l'approbation finale du Guide juridique par les organisations partenaires respectives, le Secrétariat envisage le programme d'activités suivant (sachant que de nombreux réunions, conférences et événements promotionnels ont été annulés ou reportés en raison de la pandémie actuelle).

A. Partenariat avec des organisations multilatérales et autres

34. Les principaux acteurs pour la mise en œuvre du Guide sont les organisations partenaires - dans la préparation du Guide, la FAO et le FIDA - qui sont impliquées dans les activités de développement au niveau national. Des discussions auront lieu avec les organisations partenaires sur les activités requises pour la préparation d'outils de mise en œuvre et pour l'organisation des projets de renforcement des capacités.

35. La nature et la portée de la participation d'UNIDROIT dépendront des activités particulières à développer et des ressources nécessaires pour les mettre en œuvre.

B. Réunions, conférences et événements de promotion

36. Parmi les événements futurs où le Guide juridique sera présenté et discuté, on peut citer :
- l'organisation d'un Atelier de lancement d'une journée avec la participation des experts du Groupe de travail, qui aura lieu à Rome, de préférence à UNIDROIT (à définir si physiquement ou à distance, en raison de la pandémie du COVID-19);
 - un événement parallèle dans le cadre de la réunion du Comité de la sécurité alimentaire, Rome, CSA 47, reprogrammé du 8 au 12 février 2021;
 - la 21^{ème} Conférence annuelle de la Banque mondiale sur la terre et la pauvreté, renvoyée du 22 au 26 mars 2021;

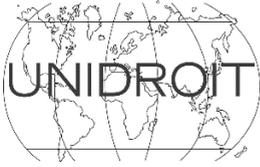
- des réunions organisées par le Ministère italien des Affaires étrangères avec d'autres organisations juridiques internationales ayant leur siège en Italie.

V. ACTION DEMANDEE

37. *Le Conseil de Direction est invité à examiner et à adopter le Guide juridique UNIDROIT/FAO/FIDA sur les contrats d'investissements en terres agricoles sous réserve d'éventuels ajustements mineurs durant le processus conduisant à son approbation par les organisations partenaires.*

ANNEXE I**Liste Rapports de Consultation
(en anglais seulement)****(disponibles sur le site Internet d'UNIDROIT)**

1. [Consultation en ligne](#) (1 juin - 31 octobre 2019)
2. [Atelier de Beijing](#) (9 juillet 2019)
3. [Atelier de São Paulo](#) (9 août 2019)
4. [Atelier de Nairobi](#) (23 octobre 2019)
5. [Rapport consolidé](#)



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 2020
Étude 80B
Original : anglais

**Guide juridique sur les contrats d'investissement
en terres agricoles**

UNIDROIT/FAO/FIDA

PROJET CITA

Août 2020

AVANT-PROPOS

Il est essentiel d'investir davantage et plus judicieusement dans l'agriculture afin de parvenir à la sécurité alimentaire, à une nutrition adéquate et à la réduction de la pauvreté. Pour attirer les investissements agricoles, de nombreux gouvernements et communautés locales ont conclu des contrats d'investissement en terres agricoles (CITA) dans le but de transférer le droit d'utiliser - dans certains cas par la vente, mais plus communément par un bail à long terme - de grandes parcelles de terre à des investisseurs et de leur accorder un droit foncier étendu et des droits connexes. En pratique, la mise en œuvre de certains de ces contrats peut être problématique, révélant diverses lacunes et engendrant parfois des effets plus négatifs que positifs. Dans ce contexte, ces contrats ont donné lieu à d'intenses débats.

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 (VGGT) 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 (CSA) en 2012 et 2014 respectivement, définissent des principes et des normes pour la promotion de la sécurité des droits fonciers et l'accès équitable aux terres et d'investissements agricoles responsables qui soutiennent la réalisation progressive du droit à une alimentation adéquate et la protection de l'environnement. Dans le cadre de la promotion d'un plus grand respect des droits fonciers, il existe une pléthore de modèles opérationnels ainsi que divers aménagements contractuels, dont chacun présente des avantages et des inconvénients différents. Cependant, le processus de préparation, de négociation et de mise en œuvre des contrats d'investissement en terres agricoles dans le respect de ces principes et normes peut être complexe et présenter des défis pour les investisseurs, les gouvernements et les communautés locales.

Conscient des défis contractuels liés à la mise en œuvre du VGGT et des principes du CSA-RAI et considérant l'importance d'améliorer la connaissance du régime juridique applicable aux opérations d'investissement en terres agricoles, l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), en collaboration avec l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et le Fonds international de développement agricole (FIDA), a élaboré le présent Guide juridique UNIDROIT/FAO/FIDA sur les contrats d'investissement en terres agricoles (le Guide CITA).

Le Guide CITA est le deuxième instrument international adopté dans le cadre du partenariat en vigueur dans le domaine du droit privé et du développement agricole, après la fructueuse collaboration trilatérale entre UNIDROIT, la FAO et le FIDA, dans le domaine de l'agriculture contractuelle. En s'appuyant sur les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats commerciaux internationaux (UPICC) et

Préface

le Guide juridique UNIDROIT/FAO/FIDA sur l'agriculture contractuelle, le Guide CITA vise à fournir des conseils concis et novateurs pour améliorer ces contrats et rendre opérationnels les principes et normes internationaux établis par les VGGT et le CSA-RAI, ainsi que par les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.

Un groupe de travail a été créé sous les auspices d'UNIDROIT en 2017, comprenant des juristes de renommée internationale, des avocats praticiens, des représentants d'organisations internationales, des représentants de l'agroalimentaire et d'autres parties prenantes. Le groupe s'est réuni en personne à Rome à quatre reprises, ainsi que deux fois virtuellement pour discuter et rédiger le Guide CITA. Les experts chevronnés qui ont contribué au processus d'élaboration du Guide sur trois ans représentent un éventail de milieux et de cultures juridiques différents. En outre, afin de proposer un instrument d'orientation de haute qualité qui réponde aux besoins réels et soit conforme aux meilleures pratiques établies, des consultations larges et étendues ont été organisées au cours de l'année 2019 avec les parties prenantes à Pékin (Chine), São Paulo (Brésil), Nairobi (Kenya), ainsi que par le biais de consultations en ligne.

Conformément aux Directives VGGT et aux Principes du CSA-RAI, le Guide CITA encourage les investissements à la fois par les petits exploitants agricoles et avec eux, ainsi que les partenariats avec eux et les communautés locales. Plutôt que de proposer aux investisseurs des transactions définitives de droits fonciers et droits connexes par le biais de ventes, le Guide CITA favorise des modèles alternatifs d'investissement agricole impliquant une transaction pour une période de temps déterminée, tels que les baux. Le Guide CITA fournit un cadre qui peut être utilisé lors de l'élaboration de contrats, de politiques nationales, de cadres réglementaires et de programmes de responsabilité sociale des entreprises, de manière responsable et inclusive.

Nous tenons également à remercier tous ceux qui ont soumis des commentaires, formulé des suggestions et contribué, à différents stades, à l'élaboration de ce Guide.

Nous sommes convaincus que le Guide CITA sera un outil pratique et un point de référence pour un large éventail d'utilisateurs impliqués dans le développement agricole, et nous espérons qu'il contribuera à créer des relations plus responsables, équitables et durables dans le domaine des investissements en terres agricoles.

UNIDROIT
Rome, août 2020

FAO

FIDA

**GROUPE DE TRAVAIL CHARGÉ DE PRÉPARER
LE GUIDE JURIDIQUE SUR LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT
EN TERRES AGRICOLES**

LISTE DES PRINCIPAUX CONTRIBUTEURS

[à compléter]

Projet

LISTE DES ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES

[à compléter]

Projet

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	iii
GROUPE DE TRAVAIL	v
LISTE DES PRINCIPAUX CONTRIBUTEURS	v
LISTE DES ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES	vii
TABLE DES MATIÈRES	ix
INTRODUCTION	1
I. CONTRATS D'INVESTISSEMENT EN TERRES AGRICOLES ET INVESTISSEMENTS AGRICOLES RESPONSABLES	1
II. UN BREF APERÇU DE L'OBJECTIF ET DU PROCESSUS DE DÉVELOPPEMENT DU GUIDE CITA	4
III. UN APERÇU DU CHAMP D'APPLICATION DU GUIDE CITA	7
IV. LES FORMES CONTRACTUELLES COUVERTES DANS LE GUIDE CITA	9
V. LES PARTIES ET ACTEURS IMPLIQUÉS DANS LES CITA	11
VI. UN RÉSUMÉ DU CONTENU DES DIFFÉRENTS CHAPITRES DU GUIDE CITA	13
CHAPITRE 1 LE CADRE JURIDIQUE	19
I. SOURCES DU DROIT LAW	22
A. Sources internes	22
B. Sources internationales	24
II. DOMAINES PERTINENTS DU DROIT	27
CHAPITRE 2 PARTIES CONTRACTANTES ET AUTRES PARTIES PRENANTES: STRUCTURES CONTRACTUELLES	33
I. LA NOTION DES DÉTENTEURS DE DROITS FONCIERS LÉGITIMES	33
II. PARTIES CONTRACTANTES ET AUTRES PARTIES PRENANTES	35
A. Investisseurs	38
B. Concédants	41
C. Détenteurs de droits fonciers légitimes en tant que parties contractantes	42
D. Autres parties prenantes	43
III. STRUCTURES CONTRACTUELLES	44
A. Contrats multipartites	45
B. Accord de développement communautaire	46

Table des matières

C.	Contrats avec les détenteurs de droits fonciers légitimes comme tiers bénéficiaires	47
CHAPITRE 3	QUESTIONS PRÉCONTRACTUELLES IMPORTANTES EN CONTRATS D'INVESTISSEMENT EN TERRES AGRICOLES	51
I.	DILIGENCE REQUISE	51
II.	CONSULTATIONS	52
A.	Qualité des consultations	54
B.	Consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLCC)	56
III.	LES ÉTUDES DE FAISABILITÉ, LES PLANS D'ENTREPRISE, LES PROJETS D'INVESTISSEMENT ET L'ÉVALUATION DES TERRAINS	58
A.	Études de faisabilité	58
B.	Plans de développement commercial	60
C.	Propositions d'investissement	61
D.	Évaluation des terrains	63
IV.	ANALYSES D'IMPACT	67
A.	L'environnement	69
B.	Social	71
C.	Droits de l'homme	71
V.	FORMATION DU CONTRAT	77
A.	Négociations	77
1.	Validité	78
2.	Représentation et assistance dans les négociations	81
B.	Forme, contenu et conditions	83
CHAPITRE 4	LES DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES	87
I.	RÉGIME FONCIER	88
A.	Identification du terrain	88
B.	Droits fonciers et droits connexes	90
1.	Droits fonciers	91
2.	Octroi de droits connexes	93
a)	<i>Accès aux installations et aux services publics</i>	93
b)	<i>Infrastructure</i>	95
c)	<i>Importation, exportation, accès au marché et transport</i>	98

Table des matières

C.	Développement de projets	99
D.	Durée et renouvellement	102
II.	LES QUESTIONS SOCIALES ET ÉCONOMIQUES	104
A.	Contributions monétaires	105
B.	Création d'emplois, accès à l'emploi et droits du travail	109
C.	Contenu local et traitement	112
D.	L'agriculture contractuelle, les programmes de sous-traitance et les relations dans la chaîne d'approvisionnement	115
E.	Fonds de développement communautaire et infrastructures sociales	119
III.	ENVIRONNEMENT	120
A.	Considérations générales	121
B.	Questions et obligations	121
IV.	LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ET DE L'AUTONOMIE RÉGLEMENTAIRE	127
A.	Expropriation	129
B.	Sécurité physique	130
C.	Stabilisation et sécurité des droits	131
V.	LA MISE EN ŒUVRE ET LE SUIVI	133
A.	Mise en œuvre	134
1.	Permis et licences	134
2.	Assurance	135
3.	Garanties de performance	136
4.	Garanties de performance environnementale	137
5.	Avis et réexamen périodique	138
B.	Suivi	138
1.	Arrangements	139
2.	Rapports et transparence	141
a)	<i>Investisseurs</i>	142
b)	<i>Concédants</i>	143
c)	<i>Informations confidentielles</i>	144
CHAPITRE 5 LA GESTION DE LA RELATION CONTRACTUELLE PENDANT LA MISE EN ŒUVRE : INEXÉCUTION ET MOYENS CONTRACTUELS		147
I.	CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	148
II.	CAS EXCEPTES DE RESPONSABILITÉ	151
A.	Force majeure	152

Table des matières

1.	Événements constitutifs de force majeure	152
2.	Conséquences de la reconnaissance de la force majeure	154
B.	Changement de circonstances	155
C.	Considérations concernant les contrats entre investisseur et gouvernement	158
III.	MOYENS EN CAS DE CONTRAVENTION AU CONTRAT	159
A.	Rôle du comportement de la partie lésée	159
B.	Aperçu des moyens	161
1.	Moyens en nature	161
2.	Moyens pécuniaires	164
a)	<i>Réduction de prix</i>	164
b)	<i>Dommmages-intérêts</i>	165
c)	<i>Intérêts et indemnités de retard</i>	167
3.	Renégociation et adaptation du contrat	168
4.	Résiliation	169
C.	Cas d'inexécution et moyens correspondants dans le contexte des contrats d'investissement en terres agricoles	171
1.	Moyens du concédant et des détenteurs de droits fonciers légitimes et communautés locales pour l'inexécution par l'investisseur de ses obligations	172
	OBLIGATIONS RELATIVES AUX DROITS FONCIERS	172
	Création d'emplois, accès à l'emploi et droits sociaux	174
	Agriculture contractuelle, programmes de sous-traitance et relations de chaînes d'approvisionnement	175
	Fonds de développement communautaire et infrastructures sociales	175
2.	Moyens de l'investisseur pour l'inexécution par le concédant de ses obligations	178
	OBLIGATIONS RELATIVES AUX DROITS FONCIERS	178
CHAPITRE 6	TRANSFERT DES DROITS ET OBLIGATIONS EN VERTU DU CONTRAT ET RESTITUTION DES DROITS FONCIERS	181
I.	TRANSFERT	181
A.	Légalité de la validité du transfert et efficacité du transfert, formalités requises et restrictions	184
B.	Transfert de la personne de l'investisseur	189
C.	Importance de la divulgation	190
II.	RESTITUTION DES TERRES EN FIN DE CONTRAT ET RÉSILIATION DU CONTRAT	190

Table des matières

A.	Conditions de la restitution	191
B.	Coûts et responsabilités	196
CHAPITRE 7	MÉCANISMES DE RÉCLAMATIONS ET RÈGLEMENTS DES DIFFÉRENDS	199
I.	MÉCANISMES DE RÉCLAMATIONS	200
II.	MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS	208
A.	Considérations d'ordre général	209
B.	Règlement non judiciaire des différends	211
1.	Avis d'experts	212
2.	Négociation et médiation	213
3.	Arbitrage	214
C.	Règlement judiciaire des différends	219
1.	Tribunaux nationaux	220
2.	Tribunaux régionaux et internationaux	221
III.	EXÉCUTION DES RÈGLEMENTS OU DÉCISIONS RÉGLANT UN DIFFÉREND	222
ANNEXE I - LISTE DE VÉRIFICATION DES QUESTIONS CLÉS		225
ANNEXE II - INDEX		
ANNEXE III - RESSOURCES		

INTRODUCTION

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

Intro. 1. Il faut de plus grands volumes d'investissements responsables pour atteindre les Objectifs du Développement Durable¹ qui visent à améliorer les conditions de vie des personnes tout en protégeant l'environnement. Le défi du développement durable est de savoir comment répondre "aux besoins des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs"². On estime à 140 milliards de dollars US l'investissement annuel supplémentaire - y compris de la part des autorités publiques et des investisseurs du secteur privé - nécessaire pour l'agriculture et le développement rural afin de réaliser, entre autres, l'objectif 1 (Pas de pauvreté) et l'objectif 2 (Faim zéro)³. Les investissements du secteur privé dans l'agriculture peuvent potentiellement contribuer au développement agricole et rural, mais seulement s'ils sont réalisés de manière responsable et s'ils favorisent des systèmes de production durables ainsi qu'un accès sûr et équitable aux terres, aux ressources et aux moyens de subsistance.

Intro. 2. Un certain nombre d'instruments internationaux volontaires, tels que 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" (VGGT ou les Directives volontaires) et les "Les Principes du CSA pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires" du Comité de la sécurité alimentaire (CSA) (Principes CSA-RAI), définissent des principes et des normes internationalement acceptés pour des pratiques responsables et fournissent des cadres pour l'élaboration de stratégies, de politiques et de lois. Ces instruments d'orientation reconnaissent que les investissements responsables peuvent jouer un rôle important dans le renforcement de la sécurité alimentaire, l'éradication de la faim et de la pauvreté,

¹ Ces objectifs font partie de l'Agenda 2030 pour le développement durable adopté lors du sommet des Nations Unies sur le développement durable le 25 septembre 2015.

² Voir le concept de développement durable tel que proposé par le rapport Brundtland. 1987. Chapitre 1, section 3, p. 26.

³ 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, et Programme Alimentaire Mondial (PAM). 2015. [Objectif Faim Zéro](#) - Le rôle crucial des investissements dans la protection sociale et l'agriculture, pp. iv-v, 13.

Introduction

et le soutien à la réalisation progressive du droit à une alimentation adéquate, qui est intrinsèquement lié à d'autres droits de l'homme, tels que le droit à la santé, à la vie, à l'éducation, ainsi qu'à l'emploi. Mais ils fixent également les paramètres clés d'une conduite responsable des entreprises.

Intro. 3. Selon ces instruments internationaux volontaires, l'investissement responsable dans l'agriculture nécessite un engagement soutenu dans un large éventail de domaines, notamment le respect de l'égalité de genre, la participation des jeunes, l'amélioration des opportunités de moyens de subsistance durables, en particulier pour les petits exploitants et les membres des groupes marginalisés et vulnérables, la création d'emplois décents pour les travailleurs agricoles et alimentaires, l'éradication de la faim et de la pauvreté, la promotion de l'égalité sociale, la promotion de la participation et de l'intégration, et l'augmentation de la croissance économique⁴. En outre, les investissements responsables "ne devraient pas nuire, devraient comporter des mesures de sauvegarde contre la privation de droits fonciers légitimes et contre les dommages environnementaux"⁵. Si les États doivent promouvoir et réglementer la conduite responsable des entreprises, les investisseurs ont également la responsabilité "de respecter la législation et la réglementation nationales et de reconnaître et respecter les droits fonciers d'autrui et les principes de l'État de droit"⁶.

Intro. 4. La nécessité de rehausser à la fois la quantité et la qualité des investissements concerne différents segments des chaînes de valeur agricoles (par exemple, les intrants, la production, l'agrégation, la transformation et la distribution). En cherchant à attirer les investissements dans la production et la transformation agricoles, certains gouvernements et communautés ont conclu avec des investisseurs diverses formes de contrats d'investissement en terres agricoles (CITA). Bien que ces contrats varient considérablement tant dans leur contenu que dans leur processus, ils ont généralement pour effet de transférer aux investisseurs des droits fonciers étendus - dans certains cas la propriété foncière mais plus communément des droits de location ou d'utilisation à long

⁴ Comité de la sécurité alimentaire mondiale (CSA). 2014. Les Principes du CSA pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires ([Principes CSA-RAI](#)), para. 1.

⁵ FAO. 2012. 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 ([VGGT](#)), para. 12.4.

⁶ FAO. 2012. VGGT, para. 12.12.

Introduction

terme - ainsi que divers droits connexes. Selon le cas, ces transactions peuvent concerner de grandes parcelles de terrain⁷.

Intro. 5. Bien que les investissements en terres agricoles puissent jouer un rôle dans l'amélioration de la production et de la transformation agricoles, nombre de ces investissements ont déplacé les droits fonciers et les stratégies d'utilisation des terres existants, et ont suscité des conflits concernant des revendications foncières et des visions de développement concurrentes. Cela s'explique en partie par le fait que, dans de nombreuses situations, les CITAs ont été négociés ou mis en œuvre d'une manière qui ne reconnaît pas efficacement les systèmes locaux de régime foncier, n'engage pas tous les détenteurs de droits fonciers ou ne parvient pas à équilibrer correctement les différents objectifs politiques (par exemple, promouvoir la sécurité alimentaire et l'égalité de genre, sauvegarder les droits des détenteurs légitimes de droits fonciers, protéger l'environnement et stimuler la croissance économique). Il existe une multitude de modèles économiques, ainsi qu'une série de configurations contractuelles différentes, qui permettent aux investisseurs de collaborer avec les petits exploitants ruraux. Chaque modèle présente des avantages et des inconvénients différents, et une adéquation variable à des productions, des écologies et des contextes socio-politiques divers, et le caractère équitable dépend en fin de compte des conditions spécifiques de la collaboration. Il est essentiel d'examiner attentivement l'approche et les conditions les plus appropriées pour garantir à la fois un investissement responsable et la viabilité de l'entreprise.

Intro. 6. Lorsque des investissements en terres agricoles ont lieu, des contrats bien pensés – tout comme les cadres juridiques dans lesquels ces derniers s'inscrivent – peuvent aider à relever certains des défis. Par exemple, les parties potentielles ou contractantes peuvent envisager et, si nécessaire, intégrer des dispositions dans le contrat pour rehausser la probabilité que les avantages escomptés se concrétisent et que les impacts négatifs soient évités ou atténués. Elles peuvent également structurer le processus de conclusion de contrats de manière à permettre le respect des droits fonciers légitimes et à maximiser les possibilités de participation du public à la prise de décision. Dans cette optique, les démarches de préparation et d'exécution de toutes les phases d'un contrat d'investissement sont essentielles pour parvenir à un résultat positif. Les instruments internationaux volontaires fournissent des paramètres clairs de

⁷ Le terme "grand" n'est pas absolu, et ce qui peut être qualifié de "grande parcelle de terrain" dépend, entre autres, de l'État dans lequel l'investissement est réalisé et du contexte de cet investissement.

conduite responsable des entreprises, et ceux-ci ont des implications directes sur la manière dont les CITA sont développés et formulés. Toutefois, il existe peu d'indications sur la manière de mettre en œuvre ces instruments dans les contrats d'investissement et les processus contractuels.

Intro. 7. En conséquence, l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et le Fonds international de développement agricole (FIDA) ont décidé de poursuivre leur collaboration dans le domaine du droit privé et du développement agricole, qui a débuté par l'élaboration et l'adoption d'un Guide juridique sur l'agriculture contractuelle en 2015⁸, afin d'élaborer conjointement un deuxième guide juridique – le Guide juridique UNIDROIT/FAO/FIDA sur les contrats d'investissement en terres agricoles (le Guide CITA).

Intro. 8. Les sections suivantes présentent (I) un bref aperçu de l'objectif et du processus de développement du Guide CITA, (II) un aperçu du champ d'application du Guide CITA, (III) les formes contractuelles couvertes, (IV) les parties et acteurs impliqués dans les CITA, et (V) un résumé du contenu de ses différents chapitres.

II. UN BREF APERÇU DE L'OBJECTIF ET DU PROCESSUS DE DÉVELOPPEMENT DU GUIDE CITA

Intro. 9. S'appuyant sur l'expertise d'UNIDROIT en droit privé, en particulier dans le domaine du droit des contrats, ainsi que sur l'expertise juridique et politique de la FAO et du FIDA dans les domaines du régime foncier et des investissements agricoles, le Guide juridique UNIDROIT/FAO/FIDA sur les contrats d'investissement en terres agricoles fournit des conseils et des orientations sur la relation contractuelle entre les parties au CITA, ainsi que sur les relations avec les autres parties prenantes. Il couvre chaque étape du processus, des différentes phases précontractuelles à la conclusion de ces investissements, y compris l'exécution, la rupture et la résiliation du contrat.

Intro. 10. Les orientations fournies dans le présent Guide suivent et renforcent le consensus international entériné dans les principes et normes concernant les régimes fonciers, les investissements agricoles, de droits de l'homme et de

⁸ Les travaux d'UNIDROIT dans le domaine du droit privé et du développement agricole et sa collaboration avec la FAO et le FIDA trouvent leur origine dans un colloque sur la "Promotion des investissements dans la production agricole" : Aspects de droit privé" (8-10 novembre 2011). En 2015, les trois organisations ont adopté un Guide juridique sur l'agriculture contractuelle élaboré conjointement. Pour plus d'informations sur le Guide juridique UNIDROIT/FAO/FIDA sur l'agriculture contractuelle, veuillez consulter le site <https://www.unidroit.org/fr/etudes/agriculture-contractuelle>.

Introduction

principes généraux du droit des contrats, 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 (VGGT ou 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 ;
- 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 ; et
- le Guide juridique sur l'agriculture contractuelle (GJAC), élaboré en coopération entre UNIDROIT, la FAO et le FIDA et adopté en 2015 comme outil pour créer un environnement favorable, équitable et durable pour l'agriculture contractuelle ; et
- les Principes d'UNIDROIT de 2016 relatifs aux contrats du commerce international (UPICC) qui représentent une codification ou une reformulation internationale des principes généraux du droit des contrats.⁹

Intro. 11. Conformément à ces instruments, le Guide CITA encourage les investissements réalisés par et avec les petits exploitants agricoles, ainsi que les

⁹ Le Guide fera occasionnellement référence aux Principes d'UNIDROIT dans le texte comme étant représentatifs des principes généraux du droit des contrats, sans avoir l'intention de faire référence à leur application directe. De plus amples informations sur les UPICC, y compris le texte et un aperçu, sont disponibles sur le site web d'UNIDROIT à l'adresse <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016>.

Introduction

partenariats avec eux et les communautés locales. Plutôt que de proposer aux investisseurs des transactions définitives de droits fonciers et droits connexes, le Guide encourage des modèles alternatifs d'investissements agricoles impliquant une transaction pour une période de temps déterminée. En particulier, le Guide vise à fournir des orientations contractuelles - d'une manière cohérente avec les Directives volontaires (VGGT), les Principes directeurs des Nations Unies et les Principes du CSA-RAI - pour promouvoir des investissements plus responsables en soutenant, entre autres, les investissements des petits exploitants et les investissements sensibles au genre, et en recommandant l'adoption de clauses de sauvegarde qui renforcent la sécurité alimentaire et la nutrition, cherchent à éliminer la pauvreté, protègent contre la dépossession des détenteurs légitimes de droits fonciers, protègent contre les risques environnementaux et favorisent le respect des droits de l'homme. Le Guide souligne également clairement que les contrats ne peuvent pas nécessairement traiter de tous les problèmes possibles et que, dans de nombreux cas, il est préférable que certaines questions soient traitées principalement ou exclusivement dans le cadre du droit national.

Intro. 12. Le Guide CITA s'adresse aux parties et aux conseils juridiques qui s'engagent dans la préparation, la négociation, la mise en œuvre et la révision des CITA. Le Guide peut également servir de référence utile pour d'autres acteurs, notamment les législateurs, les décideurs politiques, les fonctionnaires, les autorités publiques, les juges, les arbitres, les médiateurs, les organisations de services juridiques d'intérêt public, les organisations communautaires, les sociétés de droit et les organisations internationales de développement. Le Guide a été élaboré par un groupe de travail, mis en place sous les auspices d'UNIDROIT, qui s'est réuni quatre fois en personne entre 2017 et 2018, ainsi que deux fois en ligne en 2019, et qui a réuni des experts juridiques de renom, des universitaires, des représentants de diverses organisations internationales et d'autres parties prenantes du secteur agricole et agroalimentaire, issus de différents milieux et cultures juridiques.¹⁰

Intro. 13. Le processus de rédaction a été inclusif et transparent ; le secrétariat d'UNIDROIT, ainsi que la FAO, le FIDA et les membres du groupe de travail, ont participé à diverses conférences et manifestations pour faire connaître le Guide et solliciter les contributions des parties prenantes, comme la conférence annuelle de la Banque mondiale sur la terre et la pauvreté, le Comité sur la sécurité alimentaire mondiale (43e, 44e et 45e sessions plénières), la réunion annuelle de

¹⁰ Les rapports des réunions, y compris les résumés des délibérations du groupe de travail et les listes des participants, sont disponibles sur le site web d'UNIDROIT pour le projet sur les contrats d'investissement en terres agricoles à l'adresse <https://www.unidroit.org/fr/current-studies-fr/contrats-en-terres-agricoles>.

l'Association internationale du barreau et la semaine du droit, de la justice et du développement de la Banque mondiale. En outre, le processus de préparation du Guide CITA a également pris en compte les précieuses recommandations reçues lors de vastes consultations et ateliers organisés en 2019¹¹.

III. UN APERÇU DU CHAMP D'APPLICATION DU GUIDE CITA

Intro. 14. Le Guide reconnaît que de nombreux CITA sont négociés avec une consultation, une transparence ou une responsabilité limitées, ce qui conduit souvent à des arrangements contractuels qui violent les droits fonciers légitimes ou qui ne tiennent pas suffisamment compte des dimensions sociales, environnementales ou économiques en jeu. En cherchant à améliorer le processus de conclusion des contrats et les contrats eux-mêmes, le Guide examine comment identifier et impliquer équitablement toutes les parties et acteurs concernés et comment structurer et rédiger les contrats qui en résultent de manière à ce qu'ils concrétisent efficacement le consensus international reflété dans les Principes directeurs des Nations Unies, les Directives Volontaires et les Principes du CSA-RAI. L'accent est mis sur les CITA d'une durée déterminée (par exemple, les baux, les accords de concession, les partenariats public-privé). Le Guide n'encourage pas le transfert de terres à grande échelle et exclut de son champ d'application les ventes de terres agricoles pour deux raisons principales. Premièrement, dans de nombreuses juridictions, les transactions à durée déterminée sont connues pour être plus courantes que les ventes puisque, par exemple, la propriété des terres peut demeurer entre les mains de l'État ou il peut être interdit aux investisseurs étrangers de posséder des terres. Deuxièmement, contrairement aux ventes, les transactions foncières limitées dans le temps impliquent des obligations permanentes entre le concédant du titre de propriété et les

¹¹ Le processus de consultation sur le projet de Guide a compris une série d'activités telles que des événements régionaux en Asie, en Amérique latine et en Afrique, ainsi que des consultations en ligne. Du 1er juin au 31 octobre 2019, le projet de Guide a été mis à disposition pour commentaires et réactions dans le cadre d'une consultation en ligne organisée sur le site web d'UNIDROIT, ainsi que sur un certain nombre d'autres plateformes en ligne importantes, notamment le Forum mondial sur la sécurité alimentaire et la nutrition (FSN Forum) hébergé par la FAO, le LandPortal.org, et le site web Afronomics law. Les commentaires ont également été accueillis par l'intermédiaire d'UNIDROIT, de la FAO et des réseaux de médias sociaux du FIDA. Tous les rapports de consultation sont disponibles sur le site web d'UNIDROIT : <https://www.unidroit.org/fr/current-studies-fr/contrats-en-terres-agricoles>.

Introduction

investisseurs qui reçoivent ces droits en échange d'un paiement et d'autres obligations, ce qui nécessite des dispositions contractuelles efficaces pour préciser les droits et obligations des parties pendant la durée du contrat.

Intro. 15. Ces orientations peuvent s'appliquer à des investissements de différentes tailles et aux investisseurs nationaux et étrangers. Elles peuvent également être utilisées pour soutenir le développement des capacités au sein des gouvernements et pour sensibiliser les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales à leurs droits. Un CITA peut être constitué d'un seul contrat ou d'une série de contrats. Dans ce dernier cas, les contrats peuvent se rapporter à diverses étapes du processus d'investissement et peuvent comprendre des accords connexes. Dans le cadre de la promotion de modèles économiques inclusifs, le Guide CITA couvre les dispositions qui visent à partager les bénéfices de l'investissement avec les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, que ce soit par le biais de dispositions contractuelles ou d'accords connexes. Il s'agit notamment des accords ou des fiducies de développement communautaire, des dispositions relatives à l'emploi local, des exigences en matière de contenu ou d'approvisionnement, ainsi que des programmes de plantations satellites dans lesquels, de manière générale, les agriculteurs situés sur la zone d'investissement ou à proximité s'engagent dans une agriculture contractuelle avec les investisseurs.

Intro. 16. Le Guide CITA met en évidence les thèmes clés, décrit les termes communs des contrats, aborde les questions qui peuvent se poser dans différents systèmes et contextes juridiques et illustre la manière dont ils peuvent être traités de manière à promouvoir un investissement responsable dans les terres agricoles tout en cherchant à éviter ou à minimiser les impacts sociaux, environnementaux et économiques négatifs. Les orientations fournies, cependant, ne visent pas à promouvoir les transactions de droits fonciers et connexes aux investisseurs, et ne doivent pas être interprétées de manière à interférer avec les règles nationales obligatoires. Bien que le Guide n'ait pas été conçu pour fournir un modèle ou encourager l'adoption d'une législation spéciale par les gouvernements, dans la mesure où le Guide identifie les problèmes et indique des solutions possibles, il pourrait néanmoins fournir des informations utiles à prendre en compte lors de l'adoption de dispositions réglementaires ou législatives traitant des CITA et des aspects connexes.

Intro. 17. La discussion et l'analyse juridique tout au long du Guide suivent une approche concrète basée sur les principes et les pratiques des contrats, les opérations d'investissement réelles et les contributions d'un large éventail d'experts dans des domaines tels que le droit des contrats, le régime foncier, l'investissement agricole responsable, les droits de l'homme et la protection de

Introduction

l'environnement. En raison de son audience mondiale qui englobe de nombreuses cultures et traditions juridiques, le Guide CITA ne fournit pas une analyse complète du droit comparé et s'abstient de faire des références spécifiques aux lois nationales de chaque État et de citer des études de cas ou des exemples de clauses contractuelles. Il fait plutôt référence aux instruments internationaux pertinents et aux documents d'orientation promulgués par les organisations intergouvernementales. De cette manière, le Guide illustre, dans la mesure du possible, les règles obligatoires qui peuvent être applicables par analogie, mais comprend également des références aux principes, normes et bonnes pratiques contractuelles internationales. Même si celles-ci ne sont pas obligatoires, les parties doivent en être conscientes et s'y conformer car elles reflètent le consensus international sur le régime foncier, l'investissement agricole et les domaines connexes et sont favorables à l'investissement responsable et durable.

Intro. 18. En raison de la grande diversité des CITA, le Guide maintient un certain niveau de généralité concernant les différentes questions qui peuvent se poser dans la pratique. En effet, les CITA doivent être adaptés en fonction de nombreux facteurs (par exemple, les lois et règlements applicables, y compris s'ils sont appliqués ou suffisants ; la nature du ou des titulaires de la tenure qui concluent le contrat ; l'emplacement de la terre et le produit agricole à produire). Il existe de nombreuses options à prendre en compte, et aucun contrat ne contient les mêmes dispositions ou n'aborde toutes les questions de manière identique. En adoptant une approche concrète, le Guide cherche à être complet en termes de couverture des principales questions, tout en évitant la duplication des orientations existantes en incluant des références à d'autres instruments internationaux et documents d'orientation promulgués par des organisations intergouvernementales.

IV. LES FORMES CONTRACTUELLES COUVERTES DANS LE GUIDE CITA

Intro. 19. Tout en reconnaissant que le concept de CITA peut être très large, dans le contexte de ce Guide, il fait référence à un contrat ou une série de contrats interdépendants impliquant une transaction de droits fonciers et connexes pour une période de temps déterminée (à l'exclusion des ventes) entre les investisseurs et les concédants de ces droits (par exemple, des baux ou des accords de concession), ainsi que des accords connexes entre les investisseurs et d'autres parties prenantes telles que les communautés locales (par exemple, un accord de développement communautaire). En pratique, comme nous le verrons plus loin (voir le Chapitre 4, Section I), le régime foncier peut être détenu ou possédé par des individus, des familles, des sociétés ou des groupes et peut comprendre un

Introduction

ou plusieurs droits au sein d'un "ensemble de droits" (par exemple, le droit d'occuper, d'utiliser, de développer, de jouir et de retirer des avantages de la terre ; le droit de restreindre l'accès d'autres personnes à la terre ; ou le droit de gérer, de vendre ou de léguer la terre). La propriété foncière ne doit pas nécessairement être formellement reconnue dans le droit écrit du système juridique national. Certains détenteurs de droits fonciers légitimes, par exemple, peuvent voir leurs droits sur la terre reconnus par des coutumes et des pratiques non écrites. De plus, il faut noter que les CITA peuvent concerner des terres agricoles qui ne sont pas nécessairement utilisées pour la production de nourriture mais qui peuvent servir à d'autres fins telles que la production de bioénergie agricole.

Intro. 20. D'emblée, il est important de reconnaître - en accord avec les Directives volontaires et les Principes CSA-RAI - que le Guide encourage les modèles alternatifs d'investissements agricoles qui n'impliquent pas de transactions définitives de droits fonciers et connexes pour les investisseurs. Cela concerne les investissements réalisés par et avec les petits exploitants agricoles, ainsi que les partenariats avec eux et les communautés locales, comme par exemple l'agriculture contractuelle responsable ou d'autres accords d'approvisionnement¹². Cette approche est cohérente avec les Directives volontaires qui encourage explicitement 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 [...] [c]ompte tenu du fait que les petits producteurs des pays en développement et leurs organisations assurent une part importante des investissements agricoles - investissements qui contribuent de manière non négligeable à la sécurité alimentaire, à la nutrition, à l'élimination de la pauvreté et à la résilience de l'environnement"¹³. Il convient également de mentionner que les diverses formes et modèles d'investissement ne s'excluent pas nécessairement les uns les autres, et qu'ils doivent être considérés comme une alternative à un investissement impliquant une transaction de droits fonciers et connexes ou pour une utilisation éventuelle en relation avec un tel investissement (par exemple, un domaine central avec des accords d'agriculture contractuelle en place avec les agriculteurs locaux). Reconnaisant que les CITA

¹² Le Guide juridique UNIDROIT/FAO/FIDA sur l'agriculture contractuelle (GJAC) fournit des orientations détaillées sur les modèles d'agriculture contractuelle responsable, qui est - sur le plan politique - un modèle à privilégier car il n'implique pas le transfert des droits fonciers. En conséquence, il a été le premier instrument adopté dans le cadre de la collaboration UNIDROIT/FAO/FIDA dans le domaine du droit privé et du développement agricole.

¹³ FAO. 2012. VGGT, para. 12.2.

Introduction

continuent néanmoins à exister, ce Guide cherche à fournir une orientation contractuelle pour promouvoir un investissement plus responsable.

Intro. 21. Le Guide se concentre sur les contrats entre les investisseurs et les gouvernements et entre les investisseurs et les communautés locales. En se concentrant sur ces deux types de contrats, le Guide met particulièrement l'accent sur la protection et le respect des droits des détenteurs de droits fonciers légitimes, qui doivent être consultés lors de la préparation, de la négociation et de la mise en œuvre de ces contrats. Selon les circonstances, ces détenteurs peuvent être parties à des CITA ou à des accords connexes ou peuvent bénéficier de ces contrats en tant que tiers bénéficiaires avec certains droits, même s'ils ne sont pas parties aux contrats.

Intro. 22. Bien que les CITA entre investisseurs et propriétaires fonciers privés - dans la mesure où ces propriétaires ne sont pas des collectivités locales - ne relèvent généralement pas du champ d'application du Guide (voir, par exemple, la description employée par le Guide du terme clé "concedant" ci-dessous), certaines orientations peuvent néanmoins être pertinentes pour ces contrats. En règle générale, ces contrats peuvent ne pas exiger de garanties pour les droits fonciers si la terre est négociée sur le marché par un propriétaire privé, si les parties sont bien informées et non contraintes, et s'il n'y a pas d'autres détenteurs de droits fonciers sur cette terre. Toutefois, lorsque l'évaluation indique qu'il existe des détenteurs de droits fonciers légitimes qui pourraient être affectés négativement par une transaction de droits fonciers et connexes d'un propriétaire privé ou qu'il peut y avoir d'autres impacts négatifs (par exemple, environnementaux, sociaux ou économiques), le Guide pourrait s'avérer utile, notamment en ce qui concerne les éventuelles garanties contractuelles visant à éviter ou à minimiser ces impacts.

V. LES PARTIES ET ACTEURS IMPLIQUÉS DANS LES CITA

Intro. 23. Les parties à un CITA peuvent inclure - selon la loi applicable et le contexte particulier - des investisseurs, des gouvernements, des communautés locales, des communautés indigènes, des détenteurs de droits fonciers légaux ou légitimes et des propriétaires fonciers privés. En ce qui concerne les parties et autres intervenants, le Guide emploie les termes clés suivants, dont une description sommaire est fournie ci-dessous.

Intro. 24. *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

Introduction

contrats d'investissement en terres agricoles ou à devenir parties à des contrats existants (par exemple par des fusions ou autres formes d'acquisitions).

Intro. 25. *Concédant*. 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 CITA.

Intro. 26. *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.

Intro. 27. *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".

Intro. 28. *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.

Intro. 29. *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.¹⁴

Intro. 30. *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 locales¹⁵. Dans certains cas, les droits peuvent être communautaires ou se superposer (par exemple, certains ont

¹⁴ *Id.*

¹⁵ FAO. 2012. VG/GT, p. iv.

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)¹⁶. Il convient de noter que le terme "détenteurs de droits fonciers légitimes" est désormais accepté au niveau international, comme en témoigne le fait qu'il figure parmi les principes directeurs de la gouvernance responsable de la tenure dans les Directives volontaires¹⁷. 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.

VI. UN RÉSUMÉ DU CONTENU DES DIFFÉRENTS CHAPITRES DU GUIDE CITA

Intro. 31. Le Guide contient sept chapitres traitant des aspects importants des CITA. Les paragraphes suivants donnent un bref aperçu des principaux sujets juridiques abordés dans chacun de ces chapitres. Une "liste de vérification des questions clés" qui résume les principales orientations que les parties contractantes et autres parties prenantes devraient prendre en compte lorsqu'elles envisagent un investissement responsable dans les terres agricoles se trouve en annexe I.

Intro. 32. Le **premier Chapitre** du Guide examine les différentes sources de droit (national¹⁸, régional, supranational ou international) qui peuvent définir le cadre juridique applicable à un CITA et aux accords contractuels connexes. Il met l'accent sur l'interaction entre le contrat et le droit national et expose l'importance des règles de conflit de lois pour déterminer la loi applicable, y compris les règles impératives et les règles par défaut, qui fournissent des solutions lorsque les parties contractantes ont laissé des clauses contractuelles ouvertes, ou lorsque leurs intentions doivent être interprétées. Les questions clés couvertes

¹⁶ 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).

¹⁷ VGGT 3A Principes généraux, p. 3.

¹⁸ Dans ce Guide, les termes "droit national" et "droit interne" sont utilisés indifféremment.

Introduction

comprennent l'importance d'évaluer le droit national (par exemple, la législation, les décisions judiciaires, les règlements et, dans certains cas, les règles coutumières) de l'État dans lequel l'investissement est ou sera réalisé, et la nécessité d'identifier les questions ou les lacunes qui pourraient devoir être traitées dans le CITA. Par exemple, des lacunes dans les lois de l'État ou dans leur mise en œuvre pourraient entraîner le non-respect des droits fonciers légitimes ou une protection insuffisante de l'environnement, et au moins certaines de ces lacunes pourraient être traitées dans le CITA. Le Guide décrit certains domaines du droit national qui sont généralement applicables à ces contrats, y compris, entre autres, les dispositions du droit général des contrats et des obligations, le droit administratif, les droits de l'homme, le droit de l'environnement, le droit de la propriété, le droit foncier, le droit des investissements, le droit du travail et le droit fiscal.

Intro. 33. Le **Chapitre 2** du Guide commence par examiner qui sont les "parties contractantes" potentielles et les "autres parties prenantes" concernées (des organismes gouvernementaux aux communautés locales et aux peuples autochtones), puis décrit certains des aménagements contractuels (par exemple, contrats investisseurs-subventionneurs, contrats multipartites, accord de développement communautaire) que ces acteurs peuvent décider d'adopter. Le Guide reconnaît que les CITA impliquent généralement une relation bilatérale entre : (a) un investisseur qui cherche à acquérir des droits fonciers et connexes dans le but de réaliser un investissement agricole ; et (b) un concédant de ces droits, qui est généralement le détenteur légal des droits fonciers et qui cherche à transférer ces droits à l'investisseur en échange d'un paiement et d'autres formes de contrepartie. Cependant, selon sa taille et sa localisation, un investissement agricole peut affecter de nombreuses autres personnes, à la fois directement et indirectement. Par conséquent, dès le début du processus de contractualisation, il est important d'identifier les acteurs impliqués, qu'il s'agisse de "parties contractantes" potentielles ou d'"autres parties prenantes" avec lesquelles il faudra être consulté et engagé.

Intro. 34. Compte tenu de la nécessité d'identifier clairement à la fois le détenteur légal du titre de propriété d'une terre agricole donnée et tout détenteur de droits fonciers légitimes sur cette terre, le Guide accorde une attention particulière à la notion de détenteurs légitimes de droits fonciers, qui sont des individus ou des communautés qui vivent, travaillent ou occupent d'une autre manière la terre faisant l'objet de la transaction, et dont les droits ou les revendications d'occupation sont considérés comme socialement légitimes dans les sociétés locales. Leur relation avec les détenteurs légaux de droits d'occupation est également présentée pour clarifier le fait que les conseillers juridiques doivent

Introduction

élargir la gamme des droits d'occupation qu'ils prennent en compte lors de l'analyse de la forme, de la formation et du contenu d'un CITA, ainsi que des parties qui le composent. Des questions clés sont présentées pour donner des orientations sur la façon de mener le processus de "cartographie des parties prenantes" et pour aider à identifier les investisseurs et les bailleurs de fonds potentiels.

Intro. 35. La conduite de la diligence raisonnable - en ce qui concerne l'identification des parties et des intervenants possibles, la localisation des terres en question, l'examen de la faisabilité de l'investissement et l'évaluation des impacts potentiels - est une partie essentielle de l'investissement responsable dans les terres agricoles. Lorsqu'elle est effectuée correctement, elle permet d'impliquer les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales et d'intégrer les garanties nécessaires, qui à leur tour soutiennent la réalisation des avantages de l'investissement et l'atténuation de ses impacts négatifs. La nécessité de la consultation figure également en bonne place dans le Guide, qui indique qui doit être consulté, explique la qualité des consultations et en souligne la pertinence, ainsi que les éléments de base d'une participation active, libre, significative et informée.

Intro. 36. Le **Chapitre 3** donne un aperçu des étapes de la formation d'un contrat, y compris les processus d'appel d'offres et de soumission, la négociation, et donne des orientations sur la forme, le contenu et les conditions contractuelles. Compte tenu de la complexité des CITA, le Guide suggère que ces contrats prennent toujours la forme d'un accord écrit, soit sous la forme d'un contrat unique et complet, soit sous la forme d'une série de contrats relatifs aux différentes étapes du processus d'investissement.

Intro. 37. Le CITA - qu'il s'agisse d'un contrat unique ou d'une série de contrats connexes - peut énoncer des dispositions traitant non seulement des droits fonciers et connexes particuliers qui sont accordés, mais aussi des garanties nécessaires pour toute lacune dans la législation de l'État et pour les impacts éventuels de l'investissement. Le **Chapitre 4** vise à aider à la négociation de dispositions dans divers domaines, tels que le régime foncier, les droits fonciers, les droits humains et sociaux, l'environnement, les finances, la protection des investissements et l'autonomie réglementaire des États, ainsi que le contrôle, la mise en œuvre et la transparence. Des orientations juridiques sont fournies sur diverses garanties, y compris des mécanismes innovants pour assurer la conformité avec les exigences sociales et environnementales et pour partager les avantages découlant de la location de terres agricoles avec tout détenteur de droits fonciers légitimes et les communautés locales.

Introduction

Intro. 38. Les CITA sont généralement des contrats complexes et à long terme, et les parties et autres parties prenantes concernées peuvent se trouver dans des situations où les droits et obligations envisagés ne seront pas exécutés de manière satisfaisante, que ce soit en raison d'un événement extérieur au contrôle des parties ou d'un manquement ou d'une violation par l'une des parties. Le **Chapitre 5** du Guide souligne le rôle que les parties contractantes peuvent jouer dans l'établissement d'un plan d'urgence, en particulier pour mettre en place des mécanismes contractuels pouvant être utilisés de manière adéquate. Le Guide met l'accent sur les recours contractuels, mais selon le système juridique, une partie lésée peut également être en droit de demander réparation en dehors du contrat particulier ou de l'accord connexe, en se fondant par exemple sur une action en responsabilité délictuelle ou sur d'autres motifs de nullité du contrat (tels que les défauts de consentement, la fraude ou autres). Un aperçu est également fourni concernant les excuses pour inexécution et les recours qui peuvent être offerts aux parties contractantes et aux autres parties prenantes (par exemple, les tiers bénéficiaires), ce qui contribue à garantir un contrat plus équilibré et plus responsable et à prévenir les conflits.

Intro. 39. Le **Chapitre 6** du Guide traite des questions relatives au transfert du projet d'investissement ou des droits et obligations en vertu des CITA, en particulier d'un investisseur à un autre, et à la restitution du terrain à l'issue de ces contrats. Ces questions sont importantes à considérer, en particulier pour deux raisons : premièrement, pour s'assurer que tout transfert est traité de telle sorte qu'un projet devienne ou continue d'être responsable et durable ; et deuxièmement, pour s'assurer que les terres agricoles restent productives et que tout droit y afférent soit restitué à ceux qui l'ont accordé ou autrement libéré en faveur du projet d'investissement. Le transfert de terres agricoles louées d'un investisseur à un autre peut soulever diverses questions, notamment celle de savoir si les droits fonciers et connexes accordés sont effectivement transférables, si le transfert est conforme à toute limitation contractuelle à cet égard et si ce transfert est rendu public. La restitution de terres agricoles louées peut également soulever diverses préoccupations, notamment en ce qui concerne l'état dans lequel la terre doit être restituée et s'il existe des obligations de replantation. L'orientation juridique se concentre sur les dispositions possibles pour traiter et minimiser ces préoccupations.

Intro. 40. Comprendre les types de griefs et de litiges qui surviennent couramment dans le cadre des CITA et les divers mécanismes de résolution non judiciaire et judiciaire des litiges peut également aider à créer un contrat plus équilibré et donc plus stable. Par exemple, la définition et la mise en œuvre de

Introduction

mécanismes de règlement des griefs, y compris pour les employés, les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, peuvent réduire les risques d'un investissement agricole particulier et prévenir les conflits. Toutefois, en cas de litige, le fait d'avoir défini une procédure de règlement des litiges et les engagements connexes dans le contrat - y compris, par exemple, les expertises, la négociation, la médiation, la conciliation, l'arbitrage et le contentieux - peut garantir que les litiges sont résolus rapidement et que les terres agricoles louées ne restent pas en jachère pendant ce litige. Les orientations juridiques présentées au **Chapitre 7** visent à aider à comprendre les diverses possibilités de règlement des griefs et des litiges et à définir des procédures efficaces à cet égard.

Projet

Projet

CHAPITRE 1

LE CADRE JURIDIQUE

1.1. *Cadre juridique pour les CITA.* Un cadre juridique approprié et efficace est un élément important pour rendre les investissements agricoles plus responsables et plus durables, notamment en intégrant les garanties nécessaires pour protéger les détenteurs de droits fonciers légitimes, les droits de l'homme, les moyens de subsistance, la sécurité alimentaire et l'environnement. Pour les investissements agricoles, le cadre juridique se compose généralement du CITA lui-même et des accords contractuels qui s'y rapportent, du droit national de l'État d'accueil dans lequel la terre est située et du droit international. Le droit de l'État d'origine de l'investisseur peut également avoir une incidence sur l'investissement, par exemple en ce qui concerne les exigences juridiques relatives à la diligence raisonnable de l'investisseur ou à la divulgation d'informations non financières.¹⁹

1.2. *Liberté contractuelle.* La liberté de contracter implique que les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu comme elles l'entendent²⁰. Cependant, cette liberté peut être limitée par des exigences obligatoires, et c'est généralement le cas pour les CITA impliquant les gouvernements et les communautés locales et pouvant affecter la sécurité alimentaire, les droits de l'homme et la protection de l'environnement.

1.3. *Règles impératives.* Les CITA doivent se conformer aux règles impératives applicables, qu'elles soient d'origine nationale, internationale ou supranationale²¹.

¹⁹ Dans certains systèmes juridiques, dans certaines circonstances données, les sociétés mères peuvent être tenues responsables des dettes de leurs filiales. Tant dans les juridictions de droit civil que de common law, par exemple, un tribunal peut "percer le voile corporatif" (c'est-à-dire ne pas tenir compte de la personnalité juridique distincte) de la société mère s'il constate une apparence d'irrégularité par des transferts d'actions douteux ou d'autres moyens frauduleux d'éviter les responsabilités de la filiale. Voir également le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR). 2017. ([Observation générale n°24](#)) sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le cadre des activités des entreprises ; et FAO. 2012. VGGT, para. 12.15, qui souligne que lorsque les États investissent ou promeuvent des investissements à l'étranger, ils devraient veiller à ce que leur conduite soit compatible avec la protection des droits fonciers, la sécurité alimentaire, etc. Voir aussi FAO. 2016. Home Country Measures that Promote Responsible Foreign Agricultural Investment : evidence from selected OECD countries, FAO Commodity and Trade Policy Research, [Working Paper N° 52](#), 2016) (en anglais).

²⁰ UNIDROIT. 2016. Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (UPICC), art. 1.1.

²¹ Sur les différents types de règles impératives pertinentes pour le droit des contrats, voir [les Principes d'UNIDROIT](#), art. 1.4, Commentaires 1 et 2.

Les règles impératives d'origine nationale peuvent découler de la législation ou de la jurisprudence, selon la juridiction, et elles peuvent concerner un large éventail de sujets (par exemple, exigences de forme particulières pour des types de contrats spécifiques, invalidité des clauses pénales, exigences de licence, réglementations environnementales, etc.) Dans certains systèmes nationaux, les règles impératives peuvent également découler de principes généraux d'ordre public (par exemple, l'interdiction de la corruption, la protection de la dignité humaine, l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, la race ou la religion). Le non-respect de ces règles entraîne le risque que le contrat des parties soit considéré comme inexécutable. Les règles impératives internationales ou supranationales sont celles qui découlent des traités internationaux (par exemple, les conventions sur les droits de l'homme), de la coutume et des principes généraux du droit, ou celles adoptées par des organisations supranationales.

1.4. *Les systèmes coutumiers.* Le respect des règles impératives n'est pas suffisant en soi pour garantir un investissement agricole responsable. Par exemple, la loi d'un État donné peut ne pas reconnaître - ou son administration peut ne pas enregistrer - les droits fonciers de certains détenteurs légitimes de droits, tels que les peuples indigènes et d'autres communautés locales, en particulier lorsque les personnes accèdent à la terre et aux ressources sur la base de systèmes coutumiers. Les Directives volontaires appellent les acteurs étatiques et non étatiques à respecter tous les droits fonciers légitimes, y compris ceux basés sur les systèmes coutumiers. Le fait de ne pas tenir dûment compte des règles coutumières - même si elles ne sont pas reconnues par la loi - et des méthodes de planification et de développement territorial utilisées par les peuples indigènes et les autres communautés ayant des systèmes coutumiers d'occupation des terres pourrait en fin de compte exposer l'investissement à des risques opérationnels, financiers et de réputation.

1.5. *Normes non contraignantes.* Bien qu'ils ne soient pas juridiquement contraignants, plusieurs instruments internationaux faisant autorité fournissent des orientations que les investisseurs responsables devraient prendre en considération. Il s'agit notamment de normes opérationnelles élaborées par des organisations telles que la Société financière internationale, et de principes et lignes directrices plus larges tels que les Directives volontaires et les Principes CSA-RAI. Au niveau national, les lignes directrices et les plans stratégiques peuvent également fournir des orientations sur la manière dont les investisseurs peuvent adopter des pratiques responsables dans le contexte spécifique du pays.

1.6. *Lacunes dans le cadre juridique.* Des lacunes dans le cadre juridique applicable peuvent se produire, par exemple, lorsque la législation est incomplète ou qu'il manque les règlements d'application nécessaires. Dans un sens plus large,

Le cadre juridique

elles peuvent également se produire lorsque la loi applicable ne fournit pas de solutions ou de protections efficaces. Par exemple, la législation peut manquer de dispositions exigeant la réalisation d'évaluations d'impact ou imposant la protection de la qualité de l'eau contre les écoulements agricoles tels que les engrais, les pesticides et les déchets d'élevage. La législation et la réglementation du travail, autre exemple, peuvent ne pas protéger adéquatement les employés contre les mauvaises conditions de travail ou la discrimination. Lorsque des lacunes existent, et selon les circonstances, le CITA peut servir de moyen pour compléter la législation, au moins à court terme.

1.7. *Importance de l'évaluation du cadre juridique.* Les professionnels du droit impliqués dans les CITA devraient évaluer - avant que l'investissement ne soit effectué et pendant toute sa durée - le cadre juridique afin d'assurer la conformité aux règles obligatoires, de promouvoir l'adhésion aux orientations de la législation non contraignante et d'identifier les éventuelles lacunes que les accords contractuels pourraient combler. De plus, les professionnels du droit doivent faire preuve de diligence raisonnable au mieux de leurs capacités (voir le Chapitre 3.I), qu'elle soit ou non spécifiquement requise par la législation nationale²². Dans de nombreux États, cette responsabilité recoupe probablement les normes de responsabilité professionnelle, y compris le devoir de respecter l'État de droit²³.

1.8. *Plan de section.* La première partie du chapitre examine certaines des différentes sources de droit qui peuvent former le cadre juridique applicable à l'investissement agricole. Outre le CITA lui-même, il souligne l'importance du droit interne de l'État d'accueil dans lequel l'investissement est situé et examine le rôle que peuvent jouer les sources internationales et supranationales. La deuxième partie identifie ensuite, dans le cadre d'une évaluation minutieuse du cadre juridique, un certain nombre de domaines de droit pertinents que les parties contractantes devraient prendre en compte pour assurer la conformité aux règles obligatoires et l'adhésion aux normes non contraignantes, pour identifier les questions ou les lacunes qui pourraient être traitées dans le CITA ou, selon le cas, pour évaluer en fin de compte si un investissement particulier doit être réalisé en premier lieu.

²² FAO. 2012. [VGGT](#), para. 12.13; FAO. 2019. Diligence requise, régime foncier et investissements en terres agricoles : un guide sur la double responsabilité des juristes du secteur privé en matière de conseil sur l'acquisition de terres et de ressources naturelles. Guide juridique de la FAO n° 1.

²³ FAO. 2016. [Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers No. 5](#), pp. 17-18.

I. SOURCES DU DROIT

1.9. *Introduction.* Une bonne compréhension du cadre juridique qui régira le CITA est essentielle au succès, ou à l'échec, de cet investissement. Bien que les parties aient la liberté d'inclure une clause contractuelle de choix de la loi pour identifier la loi régissant le contrat, la détermination de la loi applicable dépendra en fin de compte des règles de droit international privé pertinentes (également appelées conflit de lois dans certains systèmes juridiques)²⁴. Le droit de l'État dans lequel la terre est située est un élément crucial de ce cadre, et est lui-même composé de diverses sources de droit nationales et internationales, avec un ordre hiérarchique différent, qui énoncent les obligations juridiquement contraignantes ainsi que les orientations non contraignantes applicables à un investissement agricole.

A. Sources internes

1.10. *L'importance du droit interne.* Dans le meilleur des cas, le droit national crée des conditions équitables pour tous les investissements comparables, reflète les choix politiques faits par le biais de processus démocratiques et établit des conditions transparentes et publiques. De plus, du point de vue des droits, obligations et recours en matière d'investissements agricoles, le droit national présente un avantage certain dans la mesure où il peut inclure davantage d'acteurs qui ne sont pas directement parties au CITA. Lorsque le régime juridique national est bien développé, un CITA peut n'avoir à traiter qu'un ensemble plus restreint de questions (par exemple, l'emplacement des terres, les taux de location, les aspects de développement communautaire, etc.) Dans d'autres situations, cependant, la loi de l'État où le terrain est situé peut ne pas traiter de questions essentielles, ou il peut y avoir des lacunes dans sa mise en œuvre. Dans ces cas, un CITA pourrait inclure des dispositions traitant, dans la mesure du possible, de ces questions ou de ces lacunes.

1.11. *Systèmes juridiques nationaux.* Le système juridique d'un État est généralement basé sur sa constitution, qu'elle soit écrite ou non. La constitution établit des règles et des droits fondamentaux auxquels toute législation doit se

²⁴ Un corollaire de la liberté de contracter est que les parties peuvent convenir que des lois différentes s'appliquent à différentes parties de leur accord contractuel. Les implications d'une clause de choix de la loi (ou d'une clause de loi applicable) doivent également être soigneusement analysées pour éviter qu'une partie plus puissante ne pousse, par exemple, à la sélection d'une loi d'un pays tiers qui lui soit très favorable, mais qui n'ait aucun lien avec le projet d'investissement agricole lui-même. Pour plus d'informations sur la clause de choix de la loi, voir l'art. 11 de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux, et l'Art. 11.2. des Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux.

Le cadre juridique

conformer. Elle contient généralement aussi des règles sur l'organisation des organes politiques, législatifs, judiciaires et administratifs de l'État et peut reconnaître divers ordres juridiques à l'intérieur des frontières de cet État. Dans les systèmes fédéraux, par exemple, la réglementation des contrats peut parfois relever des subdivisions politiques, ou être partagée avec le gouvernement central. De plus, de nombreux États reconnaissent le concept de pluralisme juridique, permettant à certaines communautés d'être régies par des règles coutumières spécifiques sur la base de la tradition ou de critères personnels, ethniques, territoriaux ou religieux. La portée et l'applicabilité de chaque ordre juridique particulier, ainsi que la manière dont les éventuels conflits entre les différents ordres juridiques autonomes doivent être résolus, dépendent du système constitutionnel de l'État.

1.12. *Législation et décisions judiciaires.* La branche législative du gouvernement adopte généralement une législation "primaire" (par exemple, des lois ou des actes) et la branche exécutive du gouvernement adopte généralement une législation "secondaire", comme des règlements, qui mettent en œuvre la législation "primaire" et doivent se conformer à cette législation et à la constitution. Le pouvoir exécutif, en particulier les agences gouvernementales, peut également adopter d'autres instruments pour mettre en œuvre la loi, ou fournir des orientations sur la mise en œuvre. Le pouvoir judiciaire, selon le système juridique, peut également créer des lois ou établir des interprétations de la législation en rendant des décisions judiciaires (appelées jurisprudence dans certains systèmes). Les décisions antérieures constituant un précédent juridique peuvent, par exemple, définir la manière dont les règles juridiques concernant divers aspects des investissements agricoles doivent être interprétées, ce qui peut avoir une incidence sur les CITA existants ou prévus qui impliquent des circonstances factuelles similaires²⁵.

1.13. *Principes généraux du droit des contrats.* Le droit national comprend généralement les principes généraux du droit des contrats qui s'appliqueront dans le contexte des CITA. Par exemple, l'exigence générale d'équité et de bonne foi des parties crée une présomption générale que les parties contractantes traiteront l'une avec l'autre de façon honnête et équitable, et est généralement considérée comme étant de nature obligatoire. Bien que ces principes généraux puissent faire l'objet de différentes interprétations dans divers systèmes juridiques, les principes qui ont été reconnus dans les instruments internationaux jouissent d'une large reconnaissance et acceptation²⁶.

²⁵ FAO. 2016. Guide technique sur la gouvernance de la tenure n° 5, p. 30-31.

²⁶ Principes d'UNIDROIT, art. 1.7.

1.14. *Règles coutumières.* Les règles et pratiques fondées sur la tradition, la culture, le territoire ou la religion jouent un rôle important dans de nombreux systèmes de gouvernance. Les règles coutumières peuvent n'être ni codifiées ni écrites, et peuvent traiter de questions telles que le statut personnel, les relations familiales, l'héritage, la gouvernance communautaire, et l'utilisation des terres et autres ressources naturelles, les droits sur le bétail ou les droits saisonniers sur les terres pour le pâturage du bétail. Ces derniers droits peuvent également être collectifs et donc s'appliquer à l'ensemble de la communauté. En ce qui concerne les CITA, les règles coutumières peuvent définir qui détient les droits fonciers dans une localité donnée, et donc qui doit participer au processus de conclusion du contrat. Dans certains cas, les règles coutumières peuvent refléter des pratiques d'exclusion et peuvent être incompatibles avec les droits de l'homme, par exemple, en interdisant aux femmes de posséder ou d'hériter de la terre ou de conclure des contrats²⁷.

1.15. *Reconnaissance des règles coutumières.* Les règles coutumières sont reconnues dans certains États, que ce soit par la constitution, la loi ou la décision judiciaire de l'État. L'applicabilité et la portée de ces règles, la manière dont elles sont reconnues et la manière dont les éventuels conflits entre les règles coutumières et les règles statutaires doivent être résolus, dépendent du système juridique de chaque État. Comme les Directives volontaires appellent les acteurs étatiques et non étatiques à respecter les droits fonciers légitimes même s'ils ne sont pas actuellement protégés par la loi,²⁸ les parties à une CITA doivent respecter les droits fonciers basés sur les règles coutumières même si ces droits ou règles ne sont pas reconnus par le droit national. Les parties doivent 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 les règles coutumières et la façon dont les communautés locales elles-mêmes interprètent et appliquent ces règles.

B. Sources internationales

1.16. *Les traités internationaux.* Les sources du droit international comprennent les traités, la coutume et les principes généraux du droit. Selon la juridiction, les normes internationales peuvent faire partie du système juridique d'un État et donc être directement applicables aux CITA. Au fil des ans, les États ont conclu de nombreux traités sur des sujets qui peuvent avoir une incidence directe sur les CITA. Par exemple, des traités bilatéraux et/ou multilatéraux régissent des

²⁷ Pour plus d'informations, voir : ONU Femmes, Bureau du Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations unies, Réaliser les droits des femmes à la terre et aux autres ressources productives, 2013.

²⁸ FAO. 2012. [VGGT](#), para. 4.4.

Le cadre juridique

questions telles que la fiscalité, le commerce, la protection des investissements, les droits de l'homme²⁹ et la protection de l'environnement³⁰. Selon l'emplacement de l'investissement, les parties doivent également être au courant de l'existence de conventions régionales pertinentes, par exemple sur les droits de la personne³¹. En plus d'établir des obligations juridiquement contraignantes (généralement pour les États qui les ratifient), les traités peuvent également fournir un indicateur important de ce qui est considéré comme une bonne pratique et, à ce titre, ils peuvent exercer une influence sur la prise de décision politique et juridique au niveau national, ainsi que sur les entreprises (par exemple en ce qui concerne le consentement libre, préalable et éclairé, pour les investissements affectant les peuples indigènes).

1.17. *Droit international coutumier et principes généraux.* Le droit international coutumier fait référence aux obligations découlant des pratiques générales et cohérentes des États qu'ils suivent à partir d'un sens partagé de l'obligation juridique (*opinio juris*). Il peut avoir une incidence sur les CITA. En ce qui concerne les droits de l'homme, par exemple, certaines dispositions des traités peuvent être considérées comme reflétant des normes généralement acceptées que tous les États doivent respecter, qu'ils aient ou non ratifié le traité pertinent (par exemple, l'interdiction de l'esclavage ou l'interdiction du génocide). Les principes généraux du droit - malgré une certaine incertitude entourant cette catégorie dans la doctrine et la jurisprudence - sont généralement définis comme les principes qui sont appliqués dans les systèmes juridiques nationaux du monde entier, comme le principe de *pacta sunt servanda*³².

1.18. *Les décisions judiciaires.* Rendues par des tribunaux internationaux ou régionaux (par exemple, la Cour internationale de justice ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme), ces décisions peuvent généralement n'avoir qu'un effet contraignant entre les parties à une affaire particulière, mais

²⁹ 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.

³⁰ Voir par exemple la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992) ; la Convention sur la diversité biologique (1992).

³¹ 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.

³² Principes d'UNIDROIT, art. 1.3.

elles éclairent souvent l'interprétation de la loi en termes plus généraux, ce qui peut avoir une incidence sur les investissements agricoles responsables. Par exemple, les tribunaux internationaux se sont penchés sur la pertinence des normes internationales concernant les études d'impact sur l'environnement, en relation avec les investissements qui pourraient avoir un effet négatif transfrontalier important sur d'autres États³³.

1.19. *Instruments de droit non contraignant émis par les organisations intergouvernementales.* Les organisations intergouvernementales ont adopté un certain nombre d'instruments internationaux non contraignants qui, contrairement aux traités, ne sont pas juridiquement contraignants, mais fournissent des orientations qui font autorité. Les instruments non contraignants peuvent définir des principes, des orientations, des normes, des codes de conduite ou d'autres engagements volontaires. Les instruments pertinents pour les CITA comprennent, entre autres, les Principes directeurs des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme, les Directives volontaires, les Principes CSA-RAI, les Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à l'intention des entreprises multinationales, le Pacte mondial des Nations Unies et les instruments internationaux relatifs au développement durable³⁴. Bien qu'ils soient élaborés par différents organismes dans le cadre de processus variés, les instruments non contraignants sont souvent le fruit de vastes processus de consultation qui peuvent leur conférer une importante légitimité politique. Ils fournissent des orientations sur la manière dont les investisseurs responsables peuvent éviter et atténuer les impacts négatifs, minimiser les risques d'investissement et obtenir des résultats positifs³⁵.

1.20. *Autres documents internationaux.* Il convient également de prendre en considération les documents d'orientation internationaux préparés par les organisations de la société civile, les organisations non gouvernementales et les

³³ CIJ, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, Rapports de la CIJ 2010, p. 82-83, par. 204-205 ; CIJ, Certaines activités menées par le Nicaragua dans la zone frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) ; et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), arrêt, CIJ Recueil 2015, p. 706, par. 104).

³⁴ Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement : Notre avenir à tous : le rapport Brundtland (1987) ; Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, proclamée par la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement (1992) ; Conférence des Nations unies sur le développement durable (CDD), L'avenir que nous voulons, Rio+20 (2012).

³⁵ Comme pour les traités régionaux, les parties doivent avoir connaissance des instruments régionaux non contraignants (par exemple, les Principes directeurs de l'Union africaine, de la Banque africaine de développement et de la Commission économique des Nations unies pour l'Afrique (CEA) sur les investissements terrestres à grande échelle en Afrique (2014), qui énoncent également des principes et des normes applicables aux CITA.

entités du secteur privé³⁶. De tels documents, tout comme les instruments non contraignants dont il a été question plus haut, favorisent souvent la prise de conscience et la mise en œuvre du large consensus mondial contenu dans les instruments intergouvernementaux. En outre, les normes privées et les systèmes de certification multipartites définissent les bonnes pratiques internationales en matière d'investissement responsable. Citons par exemple les normes de la Table ronde pour de l'huile de palme durable (RSPO) et, dans le domaine de la production animale, les normes minimales responsables (RMS) de l'initiative *Farm Animals Responsible Minimum Standards* (FARMS).

II. DOMAINES PERTINENTS DU DROIT

1.21. *Introduction.* En tant qu'opérations d'investissement complexes, les CITA peuvent recouper des instruments juridiques nationaux et internationaux dans des domaines thématiques très variés. En plus du droit des contrats, la législation régissant le foncier, le travail, la fiscalité et l'environnement influencera également les droits et obligations des parties. Les règles juridiques dans ces domaines fixent des normes minimales auxquelles tous les investissements doivent se conformer (par exemple, pour respecter les droits fonciers et du travail). Ce qui suit est une discussion non exhaustive de quelques domaines juridiques pertinents.

1.22. *Droit général des contrats et des obligations.* De manière générale, le droit national des contrats peut régir la formation et la validité d'un CITA. Le droit applicable peut également déterminer des règles impératives qui affectent certaines obligations spécifiques, telles que les mécanismes de détermination du montant des loyers ou leur révision périodique. Le droit des contrats entrera également en jeu en tant que réglementation par défaut en cas de lacunes dans le CITA, par exemple sur des questions telles que le lieu de paiement, ses modalités, la répartition des coûts liés au paiement, ou les conséquences d'une exécution partielle ou antérieure³⁷.

1.23. *Principes généraux du droit administratif.* Lorsque les CITA sont conclus avec des agences gouvernementales, le droit administratif général peut avoir une incidence sur la transaction - par exemple, en exigeant que les autorités se conforment aux normes de légalité et d'équité. Selon le droit applicable, l'octroi

³⁶ Voir par exemple, Institut international du développement durable (IIDD), *The IISD Guide to Negotiating Investment Contracts for Farmland and Water*, 2014 ; Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), *International Senior Lawyers Project, Guide to Land Contracts : Agricultural Projects*, 2016 ; Institut international Institute for Environment and Development (IIED), [Foreign Investment, Law and Sustainable Development: A Handbook on Agriculture and Extractive Industries](#), 2016 (2^e ed) (en anglais).

³⁷ Principes d'UNIDROIT, voir le chapitre 6l.

de droits fonciers sur des terres publiques peut faire l'objet d'un appel d'offres ou résulter d'une proposition d'un investisseur, souvent appelée offre non sollicitée. L'appel d'offres implique un processus concurrentiel, par lequel des propositions d'investissement sont sollicitées et examinées sur la base de certains critères afin d'identifier les propositions les plus appropriées et de déterminer quels droits sont accordés et sous quelle forme (par exemple, un accord de concession). Les offres non sollicitées, bien qu'elles ne soient pas soumises en réponse à une sollicitation d'investissement particulière, peuvent également être soumises à un processus d'examen et de sélection. Le droit applicable peut également réglementer la création et la conduite des agences gouvernementales chargées de contrôler le respect des obligations contractuelles.

1.24. *Transparence et lois anti-corruption.* Dans certains pays, une législation spéciale régit la transparence des contrats conclus par les agences gouvernementales, par exemple en rendant obligatoire la divulgation des contrats. Parallèlement, les traités internationaux établissent des normes juridiquement contraignantes pour interdire et sanctionner la corruption³⁸, et les lois nationales sanctionnent généralement la corruption et établissent des dispositions pour poursuivre les infractions. Certaines lois sur la corruption ont des effets extraterritoriaux, comme les lois de l'État d'origine de l'investisseur qui peuvent être applicables aux activités à l'étranger. Les questions et les règles de transparence sont également pertinentes pour la phase de mise en œuvre du projet, jusqu'au règlement des différends. Certains instruments internationaux

³⁸ Voir par exemple OCDE, 2011. Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Les parties peuvent envisager la liste non exhaustive suivante d'instruments internationaux de lutte contre la corruption. Au niveau mondial et au niveau régional, la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, la Convention interaméricaine contre la corruption, la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, la Convention pénale sur la corruption et la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe, ainsi que la politique anticorruption de l'Union européenne, décrite à l'article 29 du traité sur l'Union européenne et mise en œuvre au moyen de deux instruments principaux : la Convention sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et la Convention contre la corruption impliquant des fonctionnaires européens ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne. La Convention des Nations Unies contre la corruption et, au niveau régional, la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales ; la Convention interaméricaine contre la corruption ; la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption ; la Convention pénale sur la corruption et la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe ; ainsi que la politique de lutte contre la corruption de l'Union européenne, décrite à l'article 29 du traité sur l'Union européenne et mise en œuvre par le biais de deux instruments principaux : la Convention sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et la Convention contre la corruption impliquant des fonctionnaires européens ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne.

Le cadre juridique

régissent la transparence dans le règlement des différends entre investisseurs et États ; bien qu'elles soient axées sur les différends fondés sur des traités, ces règles pourraient être adaptées pour le règlement des différends fondés sur des contrats, y compris les CITA³⁹.

1.25. *Droit foncier et droit de la propriété.* Le droit de la propriété d'un État régit généralement les droits fonciers, y compris la propriété, les droits d'utilisation, les baux, la possession et les sûretés. Il établira également des principes, des règles et des restrictions sur l'acquisition et le transfert des terres. Parallèlement, le système d'administration des terres - qui fait référence aux modalités d'application et d'opérationnalisation des règles de propriété foncière - peut affecter la planification et le fonctionnement d'un investissement agricole, en ce qui concerne des questions telles que l'enregistrement des droits fonciers (par exemple, l'enregistrement des terres), l'évaluation et la taxation des terres, l'aménagement du territoire, et l'adjudication ou la détermination des droits fonciers⁴⁰. Un système efficace d'administration des terres offre une sécurité d'occupation à ceux qui ont des droits fonciers légaux et/ou légitimes et soutient le fonctionnement des arrangements pour la transaction des intérêts fonciers⁴¹. Dans certaines juridictions, des restrictions s'appliquent à l'acquisition de certains droits fonciers par des ressortissants étrangers.

1.26. *Droit des investissements.* Le cadre juridique d'un État peut comprendre des lois et des règlements spécifiquement destinés à promouvoir et à protéger les investissements, y compris les investissements étrangers. C'est le cas, par exemple, des codes d'investissement, mais la législation sectorielle peut également contenir des dispositions pertinentes. Par ailleurs, les traités internationaux d'investissement (des traités bilatéraux axés sur l'investissement aux accords commerciaux régionaux comportant un chapitre sur l'investissement)

³⁹ Voir par exemple CNUDCI 2014. Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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)).

établissent généralement des normes de traitement applicables aux investisseurs et aux investissements provenant d'un État partie et opérant dans un autre État partie. Par exemple, les traités d'investissement exigent généralement des États qu'ils traitent les investisseurs ou les investissements étrangers au moins aussi favorablement que les investissements de leurs propres ressortissants ou de ceux d'autres États. Ils exigent également que les États accordent aux investissements étrangers des normes minimales de traitement (par exemple, un "traitement juste et équitable"), et fixent des normes pour que toute expropriation soit légale, ce qui oblige généralement les États à indemniser les investisseurs à la pleine valeur marchande. Une minorité croissante de traités porte également sur la libéralisation des investissements.

1.27. *Droit fiscal.* La fiscalité et le régime fiscal applicables jouent un rôle important dans la planification d'un investissement agricole. Le droit applicable comprend la législation nationale régissant des questions telles que la fiscalité et la location de terres, ainsi que les traités internationaux traitant de la double imposition. En plus de déterminer comment les paiements applicables sont calculés, la législation traite généralement de questions telles que l'administration fiscale, les incitations pertinentes et le pouvoir discrétionnaire dont disposent les autorités fiscales. Les impôts pertinents peuvent comprendre ceux sur les bénéfices réalisés dans l'État hôte, sur les paiements effectués aux fournisseurs et aux entrepreneurs, et sur tout traitement fiscal applicable à la conclusion de l'investissement.

1.28. *Pratiques comptables standard.* Dans de nombreux États, les entreprises sont tenues par la loi d'adhérer à des pratiques comptables standard qui sont internationalement acceptées et réalisées par des comptables et des auditeurs professionnels (par exemple, les normes comptables internationales (IAS) et les normes internationales d'information financière (IFRS)). Si la loi applicable ne comporte pas une telle exigence, le CITA peut combler cette lacune en identifiant une norme appropriée.

1.29. *Droits de l'homme.* Divers instruments des droits de l'homme établissent les droits civils, culturels, politiques, sociaux, économiques et environnementaux. Les États ont le devoir de respecter, de protéger et de réaliser ces droits⁴², tandis que les investisseurs ont une responsabilité correspondante de respecter les droits de l'homme et d'identifier, d'évaluer et de remédier à tout impact négatif de leur conduite sur ces droits⁴³. Les domaines spécifiques du droit relatif aux droits de

⁴² CESCR. 1999. Observation générale n°12 : Le droit à une nourriture suffisante (Art. 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels).

⁴³ Principes directeurs des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme, principes 11-15.

Le cadre juridique

l'homme qui pourraient être affectés par l'investissement agricole comprennent, entre autres : la sécurité alimentaire et le droit à une alimentation adéquate⁴⁴, l'égalité de genre⁴⁵ et l'autonomisation socio-économique des femmes⁴⁶, les droits des jeunes⁴⁷ et les programmes mis en place pour créer des opportunités pour les jeunes en tant qu'employés et entrepreneurs, et le droit à une eau saine et en quantité suffisante (voir le Chapitre 3.IV.A)⁴⁸.

1.30. *Droit du travail.* Le droit national réglementera l'emploi et les relations de travail, par exemple par le biais de dispositions constitutionnelles sur le droit au travail et la liberté d'association, et par le biais de la législation régissant les conditions d'emploi, les activités des syndicats, les prestations sociales, la santé et la sécurité, et d'autres aspects pertinents. Le travail agricole implique souvent une législation spéciale pour réglementer les spécificités qui caractérisent l'emploi dans l'agriculture (par exemple, le travail saisonnier). Un grand nombre de traités internationaux conclus au fil des ans ont établi des règles internationales contraignantes sur les droits et les relations du travail - en particulier les conventions associées à l'Organisation internationale du travail (OIT). Les principales conventions de l'OIT régissent 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.⁴⁹

1.31. *Droit de l'environnement.* Tous les États, à des degrés divers, ont mis en place des lois et des règlements pour protéger l'environnement (par exemple, en exigeant des évaluations d'impact, en prévenant la pollution de l'air, de l'eau ou du sol, en limitant l'utilisation de certains produits chimiques, ou en exigeant l'utilisation de certaines techniques de production pour conserver la biodiversité,

⁴⁴ 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, Assemblée générale des Nations unies, Rapport du rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, Olivier De Schutter, 2010.

⁴⁵ FAO. 2012. [VGGT](#), para. 3.B.4; CFS. 2014. Principes CFS-RAI, [principe 3](#).

⁴⁶ FAO, Opportunités et contraintes liées au genre dans les investissements en terres agricoles, 2018.

⁴⁷ Voir, par exemple, Principes CSA-RAI, principe 4.

⁴⁸ CESCR. 2002. Observation générale n° 15 : le droit à l'eau (Arts. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels).

⁴⁹ 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 \(emploi et profession\) \(1958\)](#).

etc.) De plus, de nombreux instruments mondiaux réglementent des questions telles que la diversité biologique, la biosécurité, la gestion des sols, les produits chimiques et pesticides dangereux, les mouvements transfrontaliers de déchets dangereux, la protection des espèces menacées et de certains habitats, le changement climatique et la désertification⁵⁰. Les instruments juridiques régionaux traitent également de la protection de l'environnement, et certains traités établissent des droits d'accès à l'information, de participation du public au processus décisionnel et d'accès à la justice en matière d'environnement⁵¹.

1.32. *Responsabilité sociale des entreprises et licence sociale.* Les entreprises peuvent prendre des engagements ou mener des activités non seulement pour respecter les obligations en matière de droits de l'homme mais aussi pour atteindre des objectifs sociaux plus larges, souvent dans le cadre de leurs efforts de responsabilité sociale des entreprises (RSE) ou pour atteindre et maintenir ce que l'on appelle parfois une "licence sociale d'exploitation". Les investissements agricoles ont souvent des répercussions sur les communautés locales ou les peuples indigènes, et il est largement reconnu que les relations avec la communauté sont un facteur critique dans le succès ultime d'un investissement. Dans certains pays, la législation nationale établit des exigences légales dans ce domaine, par exemple en exigeant des investisseurs qu'ils créent des fonds de développement communautaire ou qu'ils élaborent des accords de développement communautaire avec les acteurs locaux. En outre, les instruments internationaux encouragent les entreprises à respecter certaines normes internationales de conduite responsable des affaires, par exemple en coordonnant les relations tout au long de leurs chaînes d'approvisionnement agricole⁵².

⁵⁰ 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).

⁵¹ 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 du public et la justice en matière d'environnement en Amérique latine et dans les Caraïbes.

⁵² Voir par exemple OCDE-FAO. 2016. Orientations pour des chaînes d'approvisionnement agricole responsables.

CHAPITRE 2

PARTIES CONTRACTANTES ET AUTRES PARTIES PRENANTES: STRUCTURES CONTRACTUELLES

2.1. *Vue d'ensemble.* La première étape importante pour comprendre le processus de contractualisation consiste à déterminer qui sont les acteurs, leurs rôles et leurs relations mutuelles. Ce chapitre commence par examiner qui sont les parties contractantes potentielles d'un CITA, et les autres acteurs impliqués ou affectés par le contrat, puis décrit certaines des dispositions contractuelles qui peuvent être adoptées.

2.2. *Plan de la section.* La première partie présente brièvement la notion de détenteurs de droits fonciers légitimes - un groupe unique de parties prenantes dont les droits doivent être dûment pris en compte dans le processus de contractualisation. Elle identifie également les mécanismes de contractualisation possibles pour protéger et respecter leurs droits. La partie II présente les parties contractantes et les autres parties prenantes qui, bien que non signataires du contrat, jouent un rôle important dans la formation et la mise en œuvre éventuelle du contrat. La partie III donne un aperçu des différentes structures contractuelles.

I. LA NOTION DES DÉTENTEURS DE DROITS FONCIERS LÉGITIMES

2.3. *Introduction.* Un CITA implique généralement une relation bilatérale entre : (a) un investisseur (par exemple une société ou un particulier) qui cherche à accéder, utiliser et contrôler des terres et des droits fonciers et connexes dans le but de réaliser un investissement agricole ; et (b) un concédant de ces droits, qui est généralement le détenteur légal des droits fonciers (par exemple le gouvernement, un particulier ou une communauté locale) qui cherche à transférer ces droits à l'investisseur en échange d'une contrepartie sous forme de paiement et d'autres conditions concernant la gestion des terres. Cependant, les investissements dans les terres agricoles peuvent aussi potentiellement impliquer ou affecter des individus ou des communautés distincts - appelés détenteurs de droits fonciers légitimes - et, conformément à plusieurs instruments internationaux de guidage, tels que le CFS-RAI et les Directives volontaires, leurs droits et intérêts doivent également être pris en compte⁵³.

⁵³ Principes CSA-RAI, principe 5, en référence aux Directives volontaires, chapitre 12.

2.4. *Définition.* Les détenteurs légitimes de droits fonciers sont des individus ou des communautés qui vivent, travaillent ou occupent, utilisent ou revendiquent de toute autre manière les terres faisant l'objet de la transaction, et dont les droits ou revendications sont considérés comme socialement légitimes dans les sociétés locales. La reconnaissance des individus ou des groupes locaux qui occupent la terre est essentielle pour éviter les pratiques d'investissement irresponsables selon lesquelles les terres coutumières sont considérées comme "vides" ou appartenant uniquement à l'État. La notion de détenteurs de droits fonciers légitimes exige que les conseils élargissent l'éventail des droits fonciers qu'ils prennent en compte lors de l'analyse de la forme, de la formation et du contenu d'un CITA, ainsi que des parties qui le composent⁵⁴.

2.5. *Relation avec les détenteurs de droits fonciers légaux.* Dans certains cas, les détenteurs de droits fonciers légitimes possèdent également des droits légaux formels sur les terres qu'ils occupent ou utilisent, ce qui fait d'eux les détenteurs légaux de droits fonciers. Selon l'étendue des droits fonciers légaux accordés, un CITA dans de tels contextes peut impliquer un accord bilatéral entre l'investisseur et le détenteur légal/légitime des droits fonciers. Dans de nombreux pays, cependant, la législation nationale ne reconnaît pas et ne protège pas de manière adéquate certains droits fonciers légitimes. Dans certains cas, la loi reconnaît formellement ces droits, mais les défauts des systèmes d'enregistrement foncier font que certains acteurs sont exclus de la protection juridique dans la pratique. Par conséquent, certains individus ou groupes de personnes ne détiennent pas de titre légal de propriété sur la terre, même si leurs revendications sur cette terre sont considérées comme socialement légitimes. Les instruments internationaux pertinents indiquent que les droits de ces détenteurs de droits fonciers légitimes doivent être pris en compte au même titre que ceux des détenteurs de droits fonciers légaux.

2.6. *L'égalité de genre.* Dans certains pays, il peut ne pas y avoir de reconnaissance sociale ou juridique de la propriété foncière des femmes. De même, les systèmes d'occupation considérés comme légitimes dans les sociétés locales peuvent exclure ou marginaliser certains groupes. Par conséquent, même la notion de détenteurs légitimes de droits fonciers peut, dans certains cas, être restrictive. Fondamentalement, il est important de garder à l'esprit que la notion de légitimité comporte des éléments d'acceptabilité qui peuvent varier d'une juridiction à l'autre. Les Directives volontaires reconnaît expressément l'égalité de genre comme un principe essentiel pour contribuer à une gouvernance responsable de la tenure des terres⁵⁵. Elles précisent également que les politiques

⁵⁴ FAO. 2016. Guide technique sur la gouvernance de la tenure n° 5, p. 9, 13, 20.

⁵⁵ FAO. 2012. [VGGT, 3B.4.](#)

*Parties contractantes et autres parties prenantes:
structures contractuelles*

et les lois qui garantissent les droits fonciers doivent être non discriminatoires et sensibles à la dimension de genre⁵⁶. En outre, les CITA doivent reconnaître ces différences de traitement entre les femmes et les hommes et les parties contractantes peuvent envisager de prendre des mesures spécifiques pour atteindre une égalité de fait lorsque cela est nécessaire.

2.7. *Impliquer les détenteurs de droits fonciers légitimes dans la contractualisation.* Les détenteurs légitimes de droits fonciers peuvent être impliqués directement dans le CITA ou indirectement dans des accords connexes de diverses manières - y compris dans des contrats multipartites, des transactions multipartites par le biais d'accords connexes, et des contrats investisseurs-constituants en tant que tiers bénéficiaires - qui sont tous abordés plus en détail dans la Partie II.C ci-dessous.

II. PARTIES CONTRACTANTES ET AUTRES PARTIES PRENANTES

2.8. *Importance de l'identification des parties prenantes.* Dès le début du processus de contractualisation, il est important d'identifier les acteurs concernés, qu'il s'agisse de parties contractantes potentielles ou d'autres parties prenantes qui devront être consultées. La tâche d'identification de toutes les parties prenantes concernées peut être compliquée par des problèmes tels que l'absence de registres fonciers clairs, précis et à jour, des limites d'arpentage imprécises ou une multitude de revendications de propriété et d'utilisation qui se chevauchent, dont certaines peuvent ne pas être officiellement enregistrées. Malgré ces difficultés, il est crucial de vérifier l'identité des acteurs, ainsi que l'emplacement et la nature de leurs droits et obligations liés à la terre en question. Comprendre qui sera touché et l'éventail des impacts probables est une condition préalable à la réalisation d'une évaluation d'impact efficace (voir le Chapitre 3.IV). Des exigences particulières s'appliquent si l'investissement affecte les populations indigènes ou implique une réinstallation.

2.9. *Cartographie des parties prenantes.* Le processus d'identification des acteurs clés et de leurs rôles et responsabilités respectifs dans le cadre d'un investissement responsable est parfois appelé cartographie des parties prenantes. Une partie prenante est une personne, une entité ou une collectivité - ayant un intérêt ou une préoccupation dans quelque chose - qui peut être primaire (c'est-à-dire qu'elle est directement touchée par l'investissement) ou secondaire (c'est-à-dire qu'elle est indirectement touchée). Dans le cas des investissements en terres agricoles, les parties prenantes communes sont les suivantes :

⁵⁶ FAO. 2012. [VGGT, para. 4.4.](#)

- les propriétaires fonciers légaux (comme l'attestent les registres officiels) ;
- les propriétaires fonciers légaux dont les exploitations n'ont pas été enregistrées ;
- les propriétaires fonciers coutumiers et légitimes ;
- les propriétaires fonciers saisonniers ou temporaires (par exemple, les éleveurs) ;
- les locataires ;
- les travailleurs saisonniers ;
- les détenteurs de servitudes ou de droits de passage (par exemple, les communautés qui traversent les terres en question pour accéder aux sources d'eau) ;
- les coopératives d'agriculteurs ou autres groupes organisés ;
- les autorités traditionnelles ;
- les agences gouvernementales statutaires ;
- 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 propriétaires fonciers adjacents dont la valeur de la propriété ou les entrées et sorties peuvent être affectées par l'investissement ;
- et les hommes et les femmes qui peuvent avoir des liens spirituels ou culturels avec la zone d'investissement, en particulier s'ils sont indigènes.

2.10. *Effectuer une cartographie des parties prenantes.* Il est important de dresser la liste des parties prenantes avec l'aide de conseillers locaux de confiance qui connaissent bien les régimes fonciers coutumiers et légaux, et qui connaissent suffisamment bien la communauté locale pour recueillir et fournir des informations précises et actualisées sur la propriété foncière. Ces conseillers locaux peuvent être des membres de confiance de la communauté locale (par exemple, le conseil ou le chef du village), ou des experts locaux ou des organisations de la société civile qui travaillent dans ou avec la communauté locale. En outre, lors de la

*Parties contractantes et autres parties prenantes:
structures contractuelles*

réalisation de cette cartographie et de la génération des données correspondantes, les parties doivent se conformer à toute réglementation applicable en matière de protection des données et de la vie privée.

2.11. *Représentation.* En raison des asymétries d'information et de pouvoir inhérentes à de nombreuses communautés locales, l'autorité ou le dirigeant local peut ne pas représenter efficacement les intérêts de tous les détenteurs potentiels de droits fonciers légitimes ou des communautés locales au sens large ; ceci est particulièrement important lorsque l'on considère les intérêts des populations vulnérables. Il est donc important de développer des arrangements qui permettent aux diverses parties prenantes représentant différentes préoccupations de faire entendre leur voix dans le processus, y compris les femmes, les jeunes, les anciens, les groupes indigènes, les pasteurs ou d'autres groupes qui utilisent la terre de manière non traditionnelle. Des conseillers locaux de confiance peuvent aider à identifier l'ensemble des parties prenantes, y compris celles que les parties auraient autrement négligées. Les conseillers locaux, en collaboration avec les parties, doivent être en mesure de rechercher toutes les informations historiques et ethnographiques nécessaires concernant la terre en question.

2.12. *Questions clés.* Lors de la cartographie des parties prenantes, il est important d'identifier les parties contractantes potentielles et les autres acteurs concernés, ainsi que leurs intérêts et leurs relations mutuelles. Parmi les questions clés à poser, citons :

- Toutes les parties prenantes ayant un intérêt dans le terrain et les ressources ont-elles été identifiées pour la consultation ?
- Les intérêts de toutes les parties prenantes ont-ils été clairement identifiés ?
- Toutes les parties ayant des droits légaux sur la terre ont-elles été identifiées ?
- Toutes les parties ayant des droits légitimes sur la terre ont-elles été identifiées ?
- Quels sont les documents qui attestent des droits fonciers dans la zone du projet ? Est-ce qu'ils documentent les droits coutumiers et secondaires ? Quels sont les droits qui ne sont pas documentés ?⁵⁷

⁵⁷ Le fait d'empiéter involontairement sur les droits fonciers légitimes mais non documentés des communautés locales peut créer des risques importants pour

- Les intérêts des parties contractantes potentielles et des autres parties prenantes dans le conflit foncier ont-ils été identifiés ? Si ce n'est pas le cas actuellement, l'ont-ils fait dans le passé ? Quel est le risque de conflits futurs et, en particulier, quel est le risque que l'investissement n'exacerbe ces conflits ?⁵⁸
- Comment les parties contractantes potentielles et les autres parties prenantes évaluent-elles le terrain (par exemple en termes économiques, sociaux et spirituels) et que considèrent-elles comme la juste valeur du terrain ?
- Comment l'investissement envisagé affectera-t-il les intérêts de chaque partie contractante potentielle et des autres parties prenantes dans le terrain ? Quelles sont les principales préoccupations à cet égard ?
- Quels sont les attentes et les besoins des parties contractantes potentielles et des autres parties prenantes en ce qui concerne le terrain ?

2.13. *Calendrier de l'utilisation et de la propriété du terrain.* Pour répondre aux questions ci-dessus, il est utile de construire un calendrier de l'utilisation et de la propriété du terrain en question. Des orientations supplémentaires sur la manière d'identifier spécifiquement les investisseurs potentiels (a), les concédants (b), les détenteurs de droits fonciers légitimes (c) et les autres parties prenantes (d) sont présentées ci-dessous. L'objectif de l'exercice d'identification dépend de la personne que le conseiller juridique représente : par exemple, l'identification des détenteurs de droits fonciers légaux et légitimes, ainsi que des autres parties prenantes, serait particulièrement pertinente pour le conseiller juridique représentant l'investisseur, ou une agence gouvernementale agissant en tant que concédant.

A. Investisseurs

2.14. *En général.* Les investisseurs sont principalement des entités du secteur privé, telles que des sociétés d'investissement ou des holdings générales ou des

l'investissement. C'est pourquoi, si la réponse à cette question est "non", l'investisseur doit alors commander un processus de cartographie participatif indépendant pour identifier tous ces droits. S'il n'existe pas de cartes fiables et que l'investisseur ne pense pas pouvoir effectuer une telle cartographie, il doit envisager sérieusement d'annuler ou de déplacer le projet dans une autre zone.

⁵⁸ Si les conflits fonciers ne peuvent être résolus, l'investisseur doit envisager sérieusement d'annuler ou de déplacer le projet dans une autre région.

*Parties contractantes et autres parties prenantes:
structures contractuelles*

entreprises agroalimentaires spécialisées, mais peuvent également être des entités du secteur public telles que des fonds souverains et des entreprises d'État. Ils peuvent mettre en place des structures financières et de gestion complexes, notamment dans le cadre d'un investissement étranger, et de nombreux États exigent que l'investisseur crée une entité nationale comme condition pour recevoir l'octroi de droits fonciers et connexes.

2.15. *Les sociétés.* Un investisseur privé peut être un individu ou un groupe d'individus, mais plus probablement une société spécialisée dans l'agroalimentaire ou qui peut avoir des participations dans plusieurs industries. Dans ce dernier cas, la société peut effectuer l'investissement par l'intermédiaire d'une société affiliée spécifiquement dédiée aux investissements agricoles, ou d'une société affiliée (par exemple une filiale) spécialement créée pour les besoins de cet investissement particulier.

2.16. *Entreprises d'État et fonds de patrimoine.* L'investisseur peut également être une entreprise d'État ou un fonds de patrimoine souverain. Une entreprise d'État est une entreprise commerciale dans laquelle l'État détient une participation ou un contrôle important. Pour les besoins de ce guide, un fonds souverain peut être généralement considéré comme un véhicule juridique appartenant à l'État, établi pour investir de l'argent, souvent issu des réserves d'un pays, mis de côté dans le but ultime de profiter à l'économie et aux citoyens de cet État, ainsi que, parfois, dans un but de stabilisation fiscale. Les fonds souverains sont souvent financés par les réserves de la banque centrale, les revenus générés par les exportations de ressources naturelles et autres produits de base, ou par d'autres actifs appartenant à l'État ou contrôlés par lui. Les entreprises d'État et les fonds souverains sont généralement tous deux très réglementés dans leur État d'origine ; un investissement impliquant ces véhicules peut déclencher des exigences réglementaires et légales supplémentaires, ainsi que des considérations diplomatiques et politiques potentielles pour le gouvernement de l'État d'accueil dans lequel l'investisseur investit ou cherche à investir et l'État d'origine de l'investisseur, s'il est différent.

2.17. *Nationalité.* L'investisseur peut être un ressortissant de l'État dans lequel le terrain est situé, ou un ressortissant étranger. La nationalité étrangère peut impliquer des restrictions sur la propriété ou la location de terrains et peut avoir des implications fiscales et de responsabilité. Elle peut également déterminer l'application d'instruments juridiques spécifiques, tels que les traités bilatéraux d'investissement, et de différents mécanismes de règlement des litiges. Une société privée souhaitant réaliser un investissement agricole à l'étranger peut décider d'établir une filiale locale qui sera la partie contractante. Une société

multinationale peut également conclure le contrat elle-même, tout en établissant une filiale locale pour gérer l'investissement.

2.18. *Divulgarion de l'organisation de l'entreprise.* L'investisseur doit fournir une déclaration complète et précise de son organisation, le plus souvent sous forme de pièce jointe au contrat ou de dépôt auprès de l'organisme de régulation compétent dans son pays d'origine. La déclaration d'organisation de la société identifiera souvent les directeurs et les cadres supérieurs de la société, ainsi que chaque personne qui est le propriétaire effectif de plus d'un pourcentage déterminé d'actions ou de droits de vote de la société⁵⁹. Le modèle transactionnel et la structure d'organisation de l'entreprise adoptés peuvent avoir un impact négatif sur la participation des communautés locales. Les parties contractantes et les parties prenantes devraient donc envisager, dans l'idéal, une structure qui permette une approche plus participative et coopérative. La plupart des juridictions précisent l'intervalle auquel l'investisseur doit examiner cette pièce (par exemple, chaque année) pour s'assurer que les informations qu'elle contient sont exactes (voir le Chapitre 4.II.A) et exigent également que l'investisseur divulgue immédiatement tout changement de contrôle survenant avant l'investissement ou pendant la durée de celui-ci (voir le Chapitre 6.I.C).

2.19. *Sociétés affiliées.* L'investisseur doit divulguer l'identité de chacune de ses sociétés affiliées, la relation de la société affiliée avec l'investisseur et la juridiction dans laquelle la société affiliée est organisée. Pour les besoins de ce Guide, un "affilié" est défini comme une entité qui, directement ou indirectement par un ou plusieurs intermédiaires (tels que les cabinets comptables et leurs praticiens), contrôle, est contrôlée par, ou est sous contrôle commun avec l'investisseur. Le "contrôle" signifie la capacité, directe ou indirecte, de déterminer la gestion ou les politiques d'une entité, que ce soit par l'exercice du pouvoir de vote (souvent mais pas toujours par la détention de plus de 50% du capital social d'une société), par contractualisation ou autrement. L'investisseur doit également divulguer toute transaction avec des parties affiliées, en particulier la nature et le montant de ces transactions. L'investisseur doit également revoir périodiquement (par exemple chaque année) ces informations concernant sa sphère d'influence afin de s'assurer que les informations qu'elles contiennent sont exactes.

2.20. *Chaîne d'investissement.* Au-delà de la structure de l'entreprise, il est important de considérer la chaîne d'investissement qui se trouve derrière le CITA - l'éventail des prêteurs, financiers, acheteurs et autres acteurs qui, en fait,

⁵⁹ Les seuils de propriété effective sont déterminés en conformité avec les exigences réglementaires nationales. Par exemple, dans certains États, le seuil de propriété effective est de 5 %, alors que dans d'autres, ce seuil est de 25 %.

*Parties contractantes et autres parties prenantes:
structures contractuelles*

rendent l'investissement possible⁶⁰. Bien que les acteurs situés dans cette chaîne d'investissement plus large ne soient généralement pas parties prenantes au CITA, leur identité peut avoir des implications importantes tout au long du cycle d'investissement, par exemple en ce qui concerne les demandes de responsabilité et de réparation.

B. Concédants

2.21. *En général.* Le concédant est le détenteur légal des droits fonciers qui transfère les droits fonciers et connexes à l'investisseur pour une période de temps déterminée. Alors que les CITA prennent de nombreuses formes et peuvent impliquer plusieurs parties, le Guide se concentre sur les contractualisations entre investisseurs et gouvernements et entre investisseurs et communautés locales.

2.22. *Le gouvernement en tant que concédant.* Il est courant que le gouvernement soit le concédant car dans de nombreux pays, l'État est le propriétaire légal de la totalité ou de la plupart des terres. Dans d'autres États, alors que la propriété foncière privée existe, les terres identifiées pour les investissements agricoles étrangers sont souvent détenues dans des banques foncières de l'État. En outre, les transferts de terres plus grandes qu'une certaine superficie, ou les transferts à des investisseurs étrangers, ne peuvent être entrepris que par l'État.

2.23. *Autorité gouvernementale.* Le gouvernement est le plus souvent représenté par le ministère ou l'organe administratif chargé de l'attribution des terres ou de la gestion des investissements fonciers⁶¹. Les exemples les plus courants sont 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. Alors que ces agences peuvent conclure la contractualisation au nom du gouvernement, d'autres organismes administratifs peuvent être chargés d'accorder des autorisations et des approbations spécifiques. En outre, plusieurs entités gouvernementales opérant à différents niveaux administratifs peuvent être impliquées dans le processus de contractualisation ou être identifiées comme partie au contrat.

2.24. *La communauté locale et les propriétaires fonciers privés en tant que concédants.* Si une collectivité locale ou un propriétaire foncier privé est le

⁶⁰ FAO, IIED, 2014. [Understanding agricultural investment chains: Lessons to improve governance \(en anglais\)](#).

⁶¹ Il convient toutefois de noter que si ces ministères peuvent être les signataires de contrats au nom du gouvernement, d'autres organes administratifs - tels que le registre foncier public - peuvent être chargés d'accorder des autorisations et des approbations spécifiques.

détenteur légal des droits fonciers, il peut, selon l'étendue de ses droits fonciers, agir en tant que concédant dans le CITA - par exemple, s'il a des droits de pleine propriété sur la terre en question, ou des droits d'occupation à long terme qui permettent des transferts. Lorsque le concédant est une communauté locale ou un propriétaire foncier privé, la contractualisation sera une transaction privée entre deux parties, l'une étant l'investisseur et l'autre le concédant individuel, ou un individu, une organisation ou une association représentant le concédant communautaire. Cependant, même lorsque le détenteur légal des droits fonciers est un particulier, un groupe ou une communauté, le gouvernement jouera souvent un rôle dans l'investissement en facilitant le contact et les arrangements entre les investisseurs, les fonctionnaires locaux et les membres de la communauté concernés par l'investissement. Le gouvernement peut également vérifier la validité de la revendication du détenteur des droits fonciers légaux sur la terre (par exemple, par le biais d'une recherche d'enregistrement des titres) et peut être utile pour identifier les détenteurs légitimes des droits fonciers ou toute autre partie concernée.

C. Détenteurs de droits fonciers légitimes en tant que parties contractantes

2.25. *En général.* Les détenteurs de droits fonciers légitimes, même s'ils ne sont pas titulaires de droits fonciers légaux sur des terres particulières⁶², peuvent détenir une multitude de droits - y compris des droits de propriété franche, des droits d'occupation à long terme, des droits de location, des servitudes ou autres droits de passage, ou des droits d'utilisation saisonnière - dans l'empreinte de l'investissement proposé. Les investisseurs doivent identifier et consulter les détenteurs de droits fonciers légitimes avant d'effectuer un investissement, et ces derniers devraient avoir le droit de décider s'ils souhaitent devenir partie contractante. L'essentiel est de reconnaître qu'ils ont la capacité de choisir librement d'entrer dans un CITA, plutôt que d'être "amenés", ou "inclus", dans un processus de contractualisation qui est principalement mené par d'autres.

2.26. *Organisation.* Les détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent avoir le droit de posséder des terres individuellement, collectivement, par le biais de structures de propriété familiale ou par une combinaison de structures. En outre, la terre en question peut être administrée par des parties autres que les détenteurs de droits fonciers légitimes eux-mêmes (par exemple, la terre peut être administrée par une organisation communautaire, par un chef ou une autre autorité traditionnelle).

⁶² Voir la Partie I ci-dessus (décrivant la notion de détenteurs de droits fonciers légitimes et la relation entre ceux-ci et les détenteurs de droits fonciers légaux).

D. Autres parties prenantes

2.27. *En général.* Outre les parties contractantes, un investissement agricole implique ou touche souvent d'autres acteurs. Bien que ces acteurs ne soient pas nécessairement parties au contrat, il est important de comprendre leurs droits et leurs intérêts dans le contexte de l'investissement. Cette section examine brièvement quelques groupes de parties prenantes importants dont les parties contractantes doivent avoir connaissance.

2.28. *La communauté locale.* Une "communauté locale" peut souvent être composée de plusieurs groupes plutôt que d'un seul groupe homogène. Dans le contexte des CITA, la communauté locale peut se référer à un groupe de personnes vivant sur ou à proximité du terrain dont l'investissement est envisagé. La communauté locale peut être elle-même un détenteur de droits fonciers légaux ou légitimes et peut être un concédant (voir la Section B ci-dessus), ou elle peut simplement résider dans ou près de l'empreinte de l'investissement, sans avoir aucun droit sur la terre en question. Cependant, même si la communauté locale n'a pas de droits fonciers formels, coutumiers ou autres droits légitimes sur la terre, elle peut être touchée par l'investissement (par exemple, une communauté vivant en aval, qui peut être touchée par le captage d'eau ou les polluants). Dans ce cas, l'investisseur et le concédant doivent identifier et consulter les membres de la communauté locale avant de conclure le CITA. Dans certains cas, la communauté locale peut se voir accorder des droits dans le cadre du CITA en tant que tiers bénéficiaire ou des accords connexes peuvent être adoptés.

2.29. *Peuples indigènes.* Si les membres de la communauté locale concernée comprennent des peuples indigènes ou d'autres minorités qui s'identifient comme telles⁶³, le principe du consentement libre, préalable et éclairé (CLIP) implique qu'ils doivent être consultés et donner leur consentement avant l'établissement de tout projet qui affecte directement leurs terres ou leurs ressources⁶⁴. Dans plusieurs juridictions, l'utilisation du CLIP est une pratique de plus en plus acceptée, non seulement pour les peuples indigènes mais aussi pour les communautés locales (voir le Chapitre 3.II.B).

⁶³ Les minorités qui s'identifient comme telles bénéficient d'une protection en vertu de l'article 1 (Droit à l'autodétermination) et de l'article 2 (Libre disposition des richesses et des ressources naturelles) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC).

⁶⁴ FAO. 2014. Respecter le consentement libre, préalable et éclairé : Orientations pratiques pour les gouvernements, les entreprises, les ONG, les peuples autochtones et les communautés locales en matière d'acquisition de terres. Guide technique n° 3 sur la gouvernance de la tenure.

2.30. *Les agences gouvernementales.* Bien que le contrat puisse être signé par une seule agence gouvernementale, il impliquera très probablement plusieurs agences à différents niveaux de gouvernement. Ces agences peuvent être chargées d'accorder des permis, de mener des évaluations environnementales et autres, 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 doivent bien comprendre quelles agences sont concernées par les différentes composantes de l'investissement, et quelles agences sont habilitées à signer le contrat d'investissement ou tout autre accord connexe au nom du gouvernement.

2.31. *Autres parties prenantes.* Les autres parties tierces peuvent inclure, entre autres : les sous-traitants, les divers fournisseurs de services, les filiales, les banques ou autres créanciers, les notaires, les assureurs, les fournisseurs de certification et les participants à la chaîne d'approvisionnement.

III. STRUCTURES CONTRACTUELLES

2.32. *Accords entre investisseurs et bailleurs de fonds.* De nombreux CITA impliquent des transactions bilatérales entre l'investisseur et le donateur. Ces contrats peuvent prendre de nombreuses formes et suivre différents modèles. Cependant, il est plus courant que les droits et obligations relatifs à un investissement foncier - en particulier un investissement foncier important - soient documentés dans un contrat écrit ou une série de contrats (par exemple, des contrats d'investissement, des accords de concession ou des baux).

2.33. *Détenteurs de droits fonciers légitimes.* La reconnaissance et le respect des droits fonciers légitimes peuvent avoir des répercussions sur les contrats d'investissement. Selon la situation, les détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent être : (A) une partie contractante (par exemple, par le biais d'un contrat ou d'un ensemble de contrats multipartites) ; (B) une partie à un accord séparé qui, bien que lié au CITA, n'implique pas le transfert de droits fonciers, comme un accord de développement communautaire (ADC) ; ou (C) un tiers bénéficiaire du contrat. Les contrats multipartites et les accords connexes permettent aux détenteurs de droits fonciers légitimes de négocier directement avec l'investisseur, de s'entendre sur des engagements mutuellement avantageux et de créer un mécanisme pour faire respecter ces engagements. Les contrats dans lesquels les détenteurs de droits fonciers légitimes sont considérés comme des tiers bénéficiaires confèrent certains droits à ces détenteurs et leur donnent accès à des recours en cas de violation de ces droits.

A. Contrats multipartites

2.34. *Détenteur légitime de droits fonciers en tant que partie contractante.* Les détenteurs légitimes de droits fonciers peuvent souhaiter être inclus comme parties contractantes, en plus de l'investisseur et du concédant, au contrat, ou à l'ensemble de contrats, qui effectue le transfert de droits fonciers et connexes. Les détenteurs de droits fonciers légitimes 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. Les détenteurs légitimes de droits fonciers peuvent également être inscrits comme parties au contrat, soit à la place, soit en plus de l'organe représentatif.

2.35. *Représentation.* Si les détenteurs de droits fonciers légitimes sont représentés par une seule entité juridique, celle-ci peut être antérieure à l'investissement ou avoir été créée spécifiquement pour les besoins de l'investissement. Dans les deux cas, il est courant de disposer d'un document séparé établissant les droits et obligations entre les détenteurs de droits fonciers légitimes et leur représentant. Un tel document désignera formellement le représentant légal et peut stipuler l'étendue de l'autorité du représentant et la manière dont ce dernier consulte et informe les détenteurs de droits fonciers légitimes qu'il représente. L'accord peut être documenté par un contrat ou autrement (par exemple, par une autorité d'octroi unilatérale)⁶⁵ ; si le représentant légal est un organisme communautaire ou coutumier, par une résolution du conseil d'administration ou du conseil municipal. La loi applicable déterminera comment l'autorité est accordée et réglemée (y compris dans quelle mesure les règles sur l'agence et la représentation entrent en jeu).

2.36. *Contrats tripartites.* Un contrat tripartite, ou un ensemble de contrats, contiendra généralement des sections de droits et d'obligations pour l'investisseur, le concédant (c'est-à-dire le détenteur des droits fonciers légaux) et le détenteur des droits fonciers légitimes respectivement. Les obligations des détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent inclure, par exemple, des clauses de non-ingérence et des accords similaires visant à assurer la coopération entre les détenteurs de droits fonciers légitimes et l'investisseur ; tandis que leurs droits peuvent inclure leur accès continu à la terre et aux ressources dans la zone de concession tant que cet accès n'est pas incompatible avec l'exploitation de l'investissement.

⁶⁵ Qu'il s'agisse d'un contrat ou d'un document unilatéral conférant un pouvoir au représentant dépend du système juridique.

B. Accord de développement communautaire

2.37. *Détenteur légitime de droits fonciers en tant que partie à un accord connexe.* Les détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent également souhaiter participer à un CITA par le biais d'un accord séparé qui, bien que ne représentant pas une transaction de droits fonciers, traite néanmoins de questions connexes, comme un CDA. Un accord connexe est souvent conclu directement entre le détenteur de droits fonciers légitimes et l'investisseur, bien que le concédant puisse également être impliqué.

2.38. *Lien entre le CITA et l'accord connexe.* L'accord connexe doit être explicitement mentionné dans le contrat, souvent dans une sous-section intitulée "Accord de développement communautaire" ou similaire, dans la section "Obligations de l'investisseur" ou "Obligations de la société"⁶⁶. De même, l'accord connexe doit faire référence au contrat, le plus souvent dans la section "Considérants" ou similaire contenant les clauses "Attendu" au début de l'accord connexe. Une violation substantielle de l'accord connexe peut constituer, à son tour, une violation du CITA lui-même.

2.39. *Objet.* L'accord connexe stipule généralement les droits et obligations de l'investisseur vis-à-vis des détenteurs de droits fonciers légitimes, et stipule en particulier les avantages économiques et sociaux dus à ces détenteurs en échange de l'accès à la terre et aux ressources sur lesquelles ils ont des droits, et de tout autre soutien communautaire à l'investissement. Les avantages accordés aux détenteurs de droits fonciers légitimes sont déterminés par les processus de consultation et de négociation et peuvent souvent inclure, entre autres : une rémunération financière (par exemple, un paiement par hectare de terre utilisé), le contrat décrivant la méthode de déboursement de ces fonds et les parties auxquelles les fonds sont dus ; des engagements spécifiques en matière de formation ou d'emploi au profit des membres de la communauté locale ; le développement d'accords d'agriculture contractuelle⁶⁷, et la fourniture de certaines infrastructures et services sociaux (par exemple, la construction et la dotation en personnel d'une école ou d'un centre de loisirs).

2.40. *Négociation d'un accord connexe.* Il est important que toutes les consultations et négociations relatives à un ADC reconnaissent et traitent les asymétries d'information et de pouvoir qui sont souvent en jeu entre le détenteur de droits fonciers légitimes et l'investisseur.

⁶⁶ Si l'ADC n'a pas été complété à la date de signature du contrat d'investissement, alors une référence à un ADC "à conclure" peut être insérée dans un certain nombre de jours à compter de la date d'entrée en vigueur du contrat d'investissement.

⁶⁷ UNIDROIT/FAO/IFAD. 2015. Guide juridique sur l'agriculture contractuelle, p. 11.

*Parties contractantes et autres parties prenantes:
structures contractuelles*

2.41. *Contenu de l'accord connexe.* L'accord connexe peut commencer par une description de la relation envisagée entre l'investisseur et le détenteur de droits fonciers légitimes, donnant le ton pour le reste de l'accord. Il peut définir la relation entre les différentes parties à l'accord, ainsi que les représentants de ces parties, et préciser que la relation est basée sur les principes de coopération, de respect mutuel et de bonne foi. 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 dudit organisme de représentation. L'accord connexe peut ensuite décrire la structure de la relation permanente créée entre l'investisseur et le détenteur de droits fonciers légitimes, y compris la fréquence et la forme des communications et du partage d'informations, ainsi que le processus de prise de toute décision d'investissement conjointe⁶⁸. L'accord connexe peut décrire les droits et les obligations de chaque partie, y compris les droits de l'investisseur d'accéder aux terres et aux ressources mentionnées dans le contrat, et les avantages dus au détenteur légitime des droits fonciers. L'accord connexe peut également stipuler les droits et obligations des parties en matière de surveillance, d'évaluation et de règlement des litiges.

2.42. *Accords connexes multiples.* Il est possible pour un CITA d'impliquer plus d'un accord connexe. Par exemple, l'investisseur peut conclure des ADC distincts avec différents groupes de détenteurs de droits fonciers légitimes, en particulier si les accords d'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 par le biais d'une structure de contrat tripartite.

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

2.43. *En général.* Les contrats peuvent conférer des droits à des tiers qui ne sont pas signataires du contrat mais qui peuvent en bénéficier si le contrat est exécuté (appelés tiers bénéficiaires) et qui, dans certaines circonstances, ont le droit légal de faire exécuter le contrat ou de demander réparation en cas de violation du contrat⁶⁹.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ Voir par exemple les Principes d'UNIDROIT, art. 5.2.1 (1) : le "bénéficiaire" est le tiers auquel les parties à un contrat peuvent conférer, par accord exprès ou implicite, un droit. Selon la UPICC, un tiers bénéficiaire doit être identifiable avec une certitude suffisante

2.44. *Reconnaissance et droits.* Dans les juridictions 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 bénéficiaires. 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. En outre, ces droits peuvent être soumis à des conditions ou à des limitations stipulées par les parties contractantes et incluses dans le contrat⁷⁰.

2.45. *Coûts de la participation.* Il est important de noter que ces types d'approches participatives, comme la recherche de la participation de tiers bénéficiaires, entraînent des coûts financiers et organisationnels dont les parties doivent rendre compte. Bien que ces processus puissent être longs et lourds, ils sont considérés comme une bonne pratique car leur mauvaise exécution peut entraîner des litiges, des protestations et des contestations judiciaires qui pourraient avoir de graves répercussions sur la bonne mise en œuvre du CITA.

2.46. *Gouvernements et tiers bénéficiaires.* Le fait que le gouvernement soit partie à de nombreux contrats peut permettre aux détenteurs de droits fonciers légitimes de démontrer plus facilement que certaines dispositions du contrat ont été conclues à leur profit. Par exemple, certains tribunaux ont jugé que si le gouvernement est partie à un contrat conclu à son profit, ses citoyens peuvent avoir des droits en tant que tiers bénéficiaires.

2.47. *Investisseurs et tiers bénéficiaires.* Plusieurs instruments internationaux récents, dont les plus importants sont les Directives volontaires et les Principes CSA-RAI, reconnaissent que les investisseurs sont responsables du respect des détenteurs de droits fonciers légitimes et de l'accès équitable à la terre dans le cadre des investissements agricoles. Plus généralement, les Principes directeurs des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme reconnaissent que les investisseurs ont la responsabilité de respecter les droits de l'homme. Pris ensemble, ces instruments impliquent que les CITA doivent respecter les droits des détenteurs légitimes de droits fonciers en particulier et des communautés locales en général et, sous réserve du droit applicable, peuvent soutenir le traitement de ces détenteurs et communautés comme des tiers bénéficiaires de contrats auxquels ils ne sont pas parties, en ce qui concerne les dispositions contractuelles visant à assurer l'adhésion à cette orientation internationale.

par le contrat, mais il n'est pas nécessaire qu'il soit explicitement nommé dans le contrat, ni qu'il existe au moment où le contrat est conclu.

⁷⁰ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 5.2.1 (2).

*Parties contractantes et autres parties prenantes:
structures contractuelles*

L'identification et la comptabilité de ces détenteurs et communautés font maintenant partie de la diligence raisonnable que les conseillers aux investisseurs s'engagent à faire pour éviter les litiges, les troubles et les protestations qui pourraient résulter de la non-prise en compte des droits de ces détenteurs et communautés.

2.48. *Recours en cas de violation.* Tous les systèmes juridiques n'offrent pas de recours équitables pour les cas où l'investisseur enfreint la disposition accordant des droits à des tiers. Dans certaines juridictions, le tiers bénéficiaire peut avoir un droit contractuel direct de faire une demande d'exécution spécifique ou de dommages et intérêts, comme s'il était partie au contrat (voir le Chapitre 5.III.C). Dans ce cas, et selon les circonstances, le tiers bénéficiaire serait en mesure d'exercer un recours contre la partie contractante du CITA concernée si ses droits sont lésés⁷¹. Le tiers bénéficiaire peut également choisir de renoncer au droit qui lui est conféré⁷².

⁷¹ Les Principes d'UNIDROIT, par exemple, distinguent entre les tiers qui bénéficient du contrat et les bénéficiaires qui se voient accorder des droits en vertu du contrat ; dans le cas d'une intention implicite, la question sera résolue par l'interprétation des clauses contractuelles en tenant compte des circonstances de l'espèce (commentaire de l'article 5.2.1). Voir également l'article 5.2.1. 5.2.2 sur la nécessité d'identifier le bénéficiaire avec une certitude suffisante.

⁷² Voir par exemple les Principes d'UNIDROIT, art. 5.2.6, qui exprime le principe général selon lequel le contrat entre les parties crée des droits pour le bénéficiaire sans qu'il soit nécessaire que celui-ci l'accepte, mais il peut toutefois renoncer à tout droit qui lui est conféré, puisqu'il ne peut être contraint à l'accepter.

Projet

CHAPITRE 3

QUESTIONS PRÉCONTRACTUELLES IMPORTANTES EN CONTRATS D'INVESTISSEMENT EN TERRES AGRICOLES

3.1. *Diversité des processus contractuels dans les différentes juridictions.* Étant donné le rôle important joué par la législation nationale dans la réglementation des investissements en terres agricoles, les processus contractuels peuvent varier considérablement d'un pays à l'autre. En outre, différentes séquences de contrats peuvent être envisagées (allant par exemple d'un grand contrat de bail à une série d'accords) et chaque étape contractuelle peut être soumise à certaines conditions. Comme la législation nationale détermine qui a le pouvoir légal d'attribuer les terres, le processus de contractualisation peut également varier en fonction de l'identité des parties (par exemple, processus de contractualisation dirigé par le gouvernement ou les communautés locales en tant que principal concédant).

3.2. *Plan de section.* Compte tenu de l'importance d'obtenir les informations essentielles relatives aux investissements en terres agricoles avant la signature d'un contrat, les quatre premières sections de ce chapitre présentent les éléments clés des processus précontractuels concernant la diligence requise (I), les consultations (II), les études de faisabilité, les plans d'affaires, les propositions d'investissement et l'évaluation foncière (III), ainsi que les évaluations d'impact (IV), tandis que les dernières sections donnent un aperçu des étapes fondamentales de la formation d'un contrat (V) qui ne devrait être entrepris qu'après que les parties contractantes potentielles ont dûment considéré tous les impacts et avantages potentiels des investissements.

I. DILIGENCE REQUISE

3.3. *Importance de la diligence requise.* 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. Lorsqu'elle se fait correctement, la diligence raisonnable permet d'identifier les risques potentiels et d'intégrer les mesures de protection nécessaires pour y faire face. Dans le contexte de la gouvernance de la propriété foncière, les Directives volontaires recommandent qu'une diligence raisonnable soit entreprise, qu'elle soit ou non spécifiquement requise par la législation

nationale⁷³. En outre, les conseillers juridiques et autres professionnels devraient s'assurer que le processus de diligence raisonnable répond aux normes internationales, y compris en ce qui concerne la protection des droits fonciers dans le domaine des investissements agricoles⁷⁴.

3.4. *Processus et éléments de la diligence requise.* Le processus de diligence requise permet aux parties de recueillir un large éventail d'informations leur permettant de vérifier, d'évaluer et de déterminer si l'investissement doit être poursuivi et, si oui, dans quelles conditions et avec quelles garanties. Une diligence requise appropriée est pertinente pour toutes les parties contractantes, ce qui signifie qu'elle concerne non seulement l'investisseur, mais aussi les gouvernements et les autres parties prenantes. Par exemple, le concédant peut souhaiter effectuer une diligence requise sur l'investisseur et les activités qu'il propose. Bien que les éléments de la diligence requise varient selon la nature de l'entreprise, ils comprennent généralement la réalisation d'un examen des lois nationales, des droits fonciers ainsi que des impacts réels et potentiels sur un certain nombre de domaines, y compris les droits de l'homme, diverses questions sociales et économiques et l'environnement⁷⁵.

3.5. *Droits fonciers légitimes.* Pour être efficace, la diligence requise en matière de droits fonciers doit aller au-delà de la documentation juridique (par exemple pour établir la "chaîne des titres") et prendre en compte les dimensions sociales des droits fonciers. Cela implique un engagement efficace avec les communautés locales afin d'identifier les droits fonciers légitimes et les impacts potentiels de l'investissement sur ces droits.

II. CONSULTATIONS

3.6. *En général.* Si l'investissement affecte les populations autochtones, le principe du CPLCC est applicable. Ce principe est affirmé dans la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones ⁷⁶ et réitéré dans les

⁷³ FAO. 2012. [VGGT, para. 12.13.](#)

⁷⁴ FAO. 2019. Due diligence, tenure, and agricultural investment: a guide on the dual responsibilities of private sector lawyers in advising on the acquisition of land and natural resources (*en anglais*). [FAO Legal Guide No. 1.](#)

⁷⁵ Pour des exemples d'éléments de diligence requise, voir l'OCDE. 2018, Orientations de l'OCDE en matière de diligence requise pour un comportement responsable des entreprises.

⁷⁶ Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones (UNDRIP). 2007. Art. 32(2) : "Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent de bonne foi avec eux par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives afin d'obtenir leur consentement libre et éclairé avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne

Questions précontractuelles importantes en contrats d'investissement en terres agricoles

Directives volontaires ⁷⁷. L'exigence du CPLCC est particulièrement stricte lorsque l'investissement proposé peut entraîner la délocalisation des populations autochtones. En effet, l'article 10 de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones stipule " [I]es peuples autochtones ne doivent pas être déplacés de force de leurs terres ou territoires. Par conséquent, aucune réinstallation ne peut avoir lieu sans le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones concernés et après accord sur une indemnisation juste et équitable et, si possible, avec la possibilité d'un retour".⁷⁸

3.7. *Éléments.* Les éléments de base du CPLCC sont définis comme suit : libre implique l'absence de coercition, d'intimidation ou de manipulation ; préalable implique que le consentement soit demandé suffisamment longtemps avant toute autorisation ou le début des activités, et qu'il respecte les exigences temporelles des processus de consultation et de consensus des populations autochtones ; informé implique que toutes les informations relatives à l'activité soient fournies aux populations autochtones, de manière objective, précise et compréhensible ; et le consentement implique que les populations autochtones aient accepté l'activité faisant l'objet de la consultation.

3.8. *Application.* Si le CPLCC est applicable, un projet d'investissement doit obtenir le consentement des communautés indigènes si l'on veut qu'il soit réalisé d'une manière qui puisse affecter leurs terres ou leurs ressources. En effet, cela donne aux communautés indigènes le droit de dire non à un projet mis en œuvre sur leur territoire. Si les Directives volontaires font référence au CPLCC en ce qui concerne les populations indigènes, elles encouragent en pratique les solutions consensuelles dans tous les domaines, ce qui est également essentiel pour qu'un projet bénéficie du soutien local et réussisse à long terme. En outre, la notion de CPLCC est de plus en plus appliquée en tant que bonne pratique dans les pratiques d'investissement responsable au-delà du contexte des peuples indigènes⁷⁹. Des orientations opérationnelles détaillées sont disponibles sur la manière de mettre en œuvre le CPLCC dans la pratique⁸⁰.

la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres".

⁷⁷ FAO. 2012. [VGGT](#), para. 12.7

⁷⁸ [UNDRIP](#). 2007. Art. 10.

⁷⁹ FAO, Respecter le consentement préalable, libre et éclairé, Guide technique sur la gouvernance de la tenure 3, p. 7.

⁸⁰ Guide technique n° 7 des Directives volontaires, p. 34 ; voir aussi FAO. 2016. Manuel sur le consentement préalable libre et éclairé, p. 13 ("Le CPLCC est un droit spécifique qui concerne les peuples autochtones et qui est reconnu dans la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones. Il leur permet de donner ou de refuser leur consentement à un projet susceptible de les affecter ou d'affecter leurs territoires. Une

A. Qualité des consultations

3.9. *Qualité des consultations.* Les normes de qualité dans les processus de consultation sont essentielles. Les instruments internationaux pertinents mettent en lumière plusieurs paramètres importants. Comme nous l'avons vu, les Directives volontaires ne sont que l'un des nombreux instruments internationaux qui fournissent des repères importants⁸¹. Les paragraphes suivants développent un certain nombre de points clés des Directives volontaires et de ses orientations sur la manière de mener de bons processus de consultation dans la pratique.

3.10. *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.

3.11. *Communication à deux sens.* La consultation devrait faciliter le dialogue et l'échange d'informations, au lieu de consister en une communication à sens unique de l'investisseur, ou du cédant, aux personnes consultées. En d'autres termes, la consultation doit offrir des possibilités de retour d'information et de questions pertinentes sur l'investissement. En fonction de la situation, l'investisseur et/ou le cédant doivent mettre en place un mécanisme formel pour recueillir ces informations. Cela signifie également que l'investisseur et/ou le bailleur de fonds doit répondre aux contributions reçues en temps utile et tenir compte de ces contributions dans les décisions liées à l'investissement.

3.12. *Les déséquilibres de pouvoir existants entre les différentes parties.* Les relations entre les investisseurs et les acteurs locaux (par exemple, les organes gouvernementaux locaux, les détenteurs de droits fonciers, les personnes concernées) impliquent généralement des déséquilibres de pouvoir et un accès différencié aux ressources, aux informations et à l'expertise. Le soutien du gouvernement au projet peut aggraver ces déséquilibres. Les Directives volontaires reconnaissent explicitement ces déséquilibres de pouvoir, ainsi que la différenciation sociale et la nécessité pour les personnes concernées d'accéder à

fois qu'ils ont donné leur consentement, ils peuvent le retirer à tout moment. En outre, le CPLCC leur permet de négocier les conditions dans lesquelles le projet sera conçu, mis en œuvre, suivi et évalué. Les organisations qui ont contribué à ce manuel estiment que toutes les personnes affectées par un projet ont le droit de participer aux processus de décision d'une manière qui soit conforme aux principes qui sous-tendent le droit au CPLCC").

⁸¹ FAO. 2012. [VGGT](#), 3B.6.

Questions précontractuelles importantes en contrats d'investissement en terres agricoles

un soutien professionnel (par exemple technique et juridique) dans les processus d'investissement. L'investisseur ou le gouvernement, ou les parties collectivement, doivent s'assurer que les personnes concernées ont le soutien nécessaire pour mener une consultation significative, notamment en finançant des professionnels neutres indépendants (par exemple des avocats) pour conseiller les communautés.

3.13. *Assurer une participation active, libre, efficace, significative et informée.* La participation "active" signifie qu'il existe un espace pour que les personnes concernées puissent exprimer leurs points de vue, leurs préoccupations et leurs aspirations, et que ceux-ci soient pris en compte. En outre, la participation est "libre" si la consultation est menée sans contrainte, manipulation, influence ou pression indue. Ce concept se reflète également dans le principe du CPLCC, qui s'applique aux investissements qui touchent les peuples autochtones (voir la Section B ci-dessous concernant le CPLCC). De nombreux instruments internationaux font référence à une consultation "significative", notamment les Principes directeurs des Nations Unies⁸². En général, les consultations "significatives" sont considérées comme étant volontaires, inclusives, collaboratives, équitables, opportunes et transparentes.

3.14. *Accès à l'information.* 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. 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 4. V. A. 2(c) concernant les informations confidentielles). Il peut être utile d'envisager d'utiliser la Foire aux questions (FAQ) pour rationaliser l'information, les avis radio en langue vernaculaire, les conseillers locaux (pour les communautés déconnectées). Il est également important de noter que dans certains cas, donner trop d'informations aux communautés peut être accablant.

3.15. *Traduction.* L'investisseur ou le gouvernement, ou les parties collectivement, devraient s'assurer que la communauté comprend parfaitement le projet d'investissement proposé en fournissant des documents de consultation

⁸² Principes directeurs de l'ONU sur les entreprises et les droits de l'homme, par. 18 (b).

dans une langue à laquelle la communauté peut accéder. La traduction peut donc jouer un rôle fondamental dans le contexte des CITA, tant dans le processus de négociation que dans la documentation des consultations. Les barrières linguistiques peuvent être traitées en incluant un traducteur neutre et en s'assurant que les documents traduits reflètent précisément l'intention des deux parties.

3.16. *Accès à l'expertise et au soutien juridique.* 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. Les parties peuvent convenir de financer un avocat tiers neutre pour représenter la communauté. Certaines entreprises couvrent le coût de l'assistance fournie aux acteurs locaux avec lesquels elles (ou leurs partenaires commerciaux) s'engagent. Mais à moins d'être correctement structurés, ces arrangements peuvent exposer les prestataires de services à des conflits d'intérêts, soulever des questions sur les lignes de responsabilité et, en fin de compte, affecter la qualité des services. Pour garantir que les professionnels sont réellement indépendants de l'entreprise et responsables devant leurs véritables clients, il est nécessaire de développer de nouveaux mécanismes (par exemple, des fonds fiduciaires sur lesquels l'entreprise n'a aucun contrôle, ou des contributions à des fonds communs qui s'appliquent au-delà des projets individuels). Une assistance doit également être disponible au-delà de l'approbation du projet, par exemple pour soutenir le contrôle de la conformité et pour traiter les éventuels griefs.

3.17. *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.A 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 2.III.B ci-dessus sur les transactions multipartites intégrant des accords connexes).

B. Consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLCC)

3.18. *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. Ceci est affirmé dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones⁸³, et réitéré dans les Directives

⁸³ Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones (UNDRIP). 2007. Art. 32(2) : "Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent de

Questions précontractuelles importantes en contrats d'investissement en terres agricoles

volontaires⁸⁴. 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." ⁸⁵

3.19. *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.

3.20. *Application*. 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. Bien que les Directives volontaires fassent référence à la CPLCC en ce qui concerne les peuples indigènes, elles favorisent en pratique des solutions consensuelles dans tous les domaines, ce qui est également essentiel pour qu'une entreprise bénéficie d'un soutien local et réussisse à long terme. En outre, la notion de CPLCC est de plus en plus appliquée comme bonne pratique dans les pratiques d'investissement responsable au-delà du contexte des peuples autochtones⁸⁶. Des orientations opérationnelles détaillées sont disponibles sur la façon de mettre en œuvre le CPLCC dans la pratique⁸⁷.

bonne foi avec eux par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives afin d'obtenir leur consentement libre et éclairé avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres".

⁸⁴ FAO. 2012. [VGGT](#), para. 12.7

⁸⁵ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007), art. 10; Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (1989).

⁸⁶ Guide technique des Directives volontaires n° 3, p. 7.

⁸⁷ 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

III. LES ÉTUDES DE FAISABILITÉ, LES PLANS D'ENTREPRISE, LES PROJETS D'INVESTISSEMENT ET L'ÉVALUATION DES TERRAINS

3.21. *En général.* La réalisation d'études de faisabilité (A), la préparation de plans d'affaires (B), l'examen de propositions d'investissement (C) et l'évaluation des terres (D) sont reconnus comme de bonnes pratiques pour les investissements dans les terres agricoles. Ces outils génèrent la base d'informations et de preuves qui est essentielle pour la rédaction des CITA, en particulier dans le cas de nouveaux baux fonciers par opposition aux baux existants, et ils permettent également à tous les acteurs concernés de prendre des décisions en connaissance de cause d'une manière qui assure la transparence du processus contractuel. Leur but est "non seulement d'éviter les impacts sociaux et environnementaux négatifs, mais aussi de créer des relations économiques mutuellement bénéfiques avec les communautés concernées".⁸⁸

A. Études de faisabilité

3.22. *Études de faisabilité.* Les études de faisabilité fournissent des informations techniques, économiques et financières permettant à un investisseur et à un bailleur de fonds de comprendre et d'évaluer les opportunités et les défis économiques, commerciaux et non économiques d'un investissement dans les terres agricoles. En examinant les facteurs juridiques, opérationnels, financiers et autres, une étude de faisabilité aide à déterminer la viabilité commerciale et technique d'un projet et jette les bases de la production d'un plan d'affaires. Elle permet également d'identifier les risques qu'un projet peut présenter pour l'environnement ou pour les parties prenantes telles que les titulaires légitimes de droits d'occupation, les communautés locales ou les groupes autochtones. À cette fin, elle peut aider un investisseur à identifier des éléments importants tels que les droits des détenteurs légitimes de droits d'occupation ou d'autres parties prenantes qui, bien que ne détenant pas de droits d'occupation légaux, ont des revendications légitimes sur la terre en vertu de règles ou pratiques coutumières, autochtones, professionnelles ou par l'exploitation d'une autre source de revendication sur la terre.

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 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.")

⁸⁸ FAO. 2016. [Guide technique sur la gouvernance de la tenure n° 7](#), p. 6.

Questions précontractuelles importantes en contrats d'investissement en terres agricoles

3.23. *Étapes typiques et bonnes pratiques.* Les étapes typiques d'une étude de faisabilité sont les suivantes : (a) la compilation de toutes les données pertinentes ; (b) l'analyse des alternatives pour atteindre les objectifs du projet ; (c) l'examen détaillé des coûts et des avantages de l'efficacité du projet ; (d) la conception préliminaire ; et (e) l'évaluation détaillée des risques, y compris ceux liés aux impacts environnementaux et sociaux. Pour qu'une étude de faisabilité soit fiable, un investisseur doit engager des tiers indépendants ayant des connaissances et des compétences spécialisées pour chacun de ces aspects d'un contrat d'investissement. Lorsqu'elle est correctement réalisée, une étude de faisabilité donne à l'investisseur un "avis indépendant sur les risques et les mesures d'atténuation potentielles".⁸⁹

3.24. *Justification.* Une étude de faisabilité est nécessaire pour plusieurs raisons. Premièrement, elle constitue souvent une base importante pour les approbations gouvernementales. Deuxièmement, elle fournit des informations qui pourraient jouer un rôle important en décourageant les acquisitions spéculatives de terrains lorsqu'il est clair que le type de risques que ces acquisitions présentent pour les parties prenantes et l'environnement dépasse de loin les avantages d'un projet. Troisièmement, les informations produites sont souvent incluses dans le contrat entre un investisseur et le concédant. Quatrièmement, il est recommandé comme bonne pratique d'atténuer les risques tels que la dépossession de personnes ou de communautés de leurs terres, et d'éviter ou d'atténuer d'autres effets négatifs. Pour cette raison, une étude de faisabilité aide également à déterminer la viabilité d'un projet. Par exemple, elle peut aider à établir s'il est approprié de planter des cultures particulières (pour l'alimentation, l'énergie, la consommation intérieure ou les marchés d'exportation) dans les bonnes zones agronomiques ou si un investissement est basé sur des hypothèses irréalistes. De ce point de vue, une étude de faisabilité doit également évaluer le risque de suraccumulation de terres lorsque le même investisseur ou l'une de ses filiales a déjà acquis des droits d'occupation dans le même pays/la même zone.

3.25. *Exigences réglementaires.* Les études de faisabilité et les plans d'entreprise ainsi que les évaluations d'impact sont souvent exigés par le droit national ou international et constituent des outils importants pour gérer les risques que les contrats d'investissement peuvent présenter pour l'environnement ou pour les titulaires légitimes de droits d'occupation et les communautés locales.⁹⁰

⁸⁹ FAO. 2015. [Guide technique sur la gouvernance de la tenure n° 4](#), pp. 56-57.

⁹⁰ La faiblesse de l'application et du contrôle *ex ante* des lois nationales ne doit pas décourager les investisseurs de réaliser des études de faisabilité et des plans d'entreprise en raison des avantages qu'ils procurent. Notamment, le principe 23(a) des [Principes directeurs des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme](#) prévoit

Ensemble, ils constituent des bases importantes pour les dispositions contractuelles.⁹¹ Même lorsque le droit national ne les exige pas, des études de faisabilité et des plans d'entreprise peuvent être requis lorsque les investisseurs et les gouvernements disposent d'un financement par des tiers.

B. Plans de développement commercial

3.26. *Plans d'affaires.* Un plan d'affaires organise les informations recueillies à partir d'une étude de faisabilité dans le cadre des stratégies de marketing, d'exploitation, de gestion et de financement du projet d'investissement. Une grande partie de ces informations sous-tendent diverses dispositions contractuelles - notamment celles relatives au financement du projet ou aux engagements entre les investisseurs et les titulaires légitimes de droits d'occupation ou les communautés locales en rapport avec le projet - qui sont examinées plus en détail au Chapitre 4. Selon la nature de l'investissement dans les terres agricoles, un plan d'affaires peut également inclure les services, les techniques de production, les marchés et les clients, les ressources humaines, l'organisation, les exigences, le financement et la source de financement d'un projet d'investissement.⁹² Un plan d'entreprise doit également aborder les contributions du projet au développement social, environnemental et durable de l'État d'accueil en général et de la communauté locale en particulier. Certains organismes de financement exigent des investisseurs qu'ils préparent un plan d'affaires, car cela permet d'établir la viabilité et la rentabilité d'un projet.

3.27. *Informations financières.* Pour certains types d'investissements, un contrat peut exiger de l'investisseur qu'il fournisse des rapports périodiques vérifiés, tels que des comptes de résultats (voir le Chapitre 4. V) concernant les obligations monétaires. La fourniture de ces rapports doit être prévue dans un plan d'entreprise car : premièrement, elle permet d'alerter le concédant si

que les entreprises doivent "se conformer à toutes les lois applicables et respecter les droits de l'homme internationalement reconnus, où qu'elles exercent leurs activités".

⁹¹ La pratique consistant à réaliser des études de faisabilité n'implique pas que les investisseurs aient des obligations de pré-investissement ; elle reflète plutôt une pratique internationalement reconnue à laquelle les investisseurs se livrent pour protéger la valeur de leur investissement. En outre, le guide technique n° 4 du VGGT sur la protection des droits de propriété foncière indique que les investissements dans les terres agricoles peuvent avoir des conséquences négatives lorsque "des droits de propriété légitimes ont été annulés, des familles ont perdu leur maison et leurs moyens de subsistance ... et que les conflits sur les droits de propriété ont dégénéré en conflits violents qui ont entraîné des morts et des troubles politiques". De telles protestations peuvent non seulement affecter le succès du projet, mais également nuire à la réputation et à l'économie de l'investisseur. FAO. 2015. [Guide technique sur la gouvernance de la tenure n° 4](#), p. vi.

⁹² Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED). 2002. [Comment préparer votre plan d'entreprise](#), p. 3.

Questions précontractuelles importantes en contrats d'investissement en terres agricoles

l'investisseur connaît des difficultés financières et risque donc de ne pas pouvoir remplir ses obligations ; deuxièmement, les nouveaux investissements ou les jeunes pousses peuvent connaître des difficultés financières avant de devenir des entreprises viables et rentables, et ces difficultés doivent être prévues dans le plan d'entreprise. Une telle planification peut aider un investisseur à réduire le risque d'échec du projet.

3.28. *Lien avec les analyses d'impact.* Un plan d'entreprise bien conçu, réalisé conjointement avec la réalisation d'évaluations d'impact appropriées (voir la Section IV ci-dessous sur les évaluations d'impact), peut aider à adapter un projet pour éviter les préjudices liés aux expulsions et à l'expropriation de terres qui n'auraient pas été prévus autrement. Par exemple, il peut signaler la nécessité de réduire la quantité de terres utilisées ou de prendre des dispositions pour que les détenteurs légitimes de droits d'occupation puissent continuer à utiliser une partie des terres.⁹³

C. Propositions d'investissement

3.29. *En général.* Les investisseurs cherchent généralement à obtenir une concession de droits d'occupation et de droits connexes en faisant une proposition à un concédant potentiel, qu'il s'agisse d'un gouvernement, d'un détenteur légal/juridique de droits d'occupation ou d'une collectivité locale. La proposition - souvent connue sous le nom d'offre - peut avoir été sollicitée par le concédant ou peut avoir été non sollicitée. Une fois reçue, en fonction du concédant et du droit applicable, cette offre peut être soumise à différents niveaux de marchés publics et d'exigences de sélection, ce qui peut être très important pour garantir le succès du projet proposé. L'absence d'examen et de filtrage suffisant des propositions d'investissement peut conduire à l'acceptation d'investisseurs qui pourraient ne pas avoir les moyens financiers nécessaires, l'expertise technique ou la volonté d'éviter ou d'atténuer les impacts négatifs par des garanties appropriées, réduisant ainsi la probabilité d'un projet d'investissement responsable dans les terres agricoles.

3.30. *Offres non sollicitées.* Après avoir identifié des terres particulières adaptées à un projet agricole, les investisseurs peuvent, de leur propre initiative, exprimer leur intérêt pour l'octroi d'un droit d'occupation et de droits connexes. Afin de permettre une diligence raisonnable, des consultations, des évaluations d'impact et des négociations supplémentaires, la proposition de l'investisseur doit refléter une série d'informations, y compris la situation financière et l'expertise de l'investisseur (par exemple en matière d'agriculture et de gestion), l'adéquation

⁹³

FAO. 2016. [Guide technique sur la gouvernance de la tenure n° 7](#), p. 14.

du terrain et la faisabilité du projet, ainsi que l'alignement du projet proposé sur les priorités de développement dans cet État ou cette communauté.

3.31. *Offres sollicitées.* Un gouvernement et une communauté locale peuvent lancer un appel à l'investissement pour solliciter des propositions d'investisseurs. Cet appel doit être effectué de manière transparente et accompagné d'une description claire de la procédure de sélection qui passe au crible les propositions reçues afin de sélectionner la proposition la plus susceptible de déboucher sur un investissement responsable et durable et de déboucher sur l'octroi d'un droit d'occupation et de droits connexes. Pour les gouvernements, un tel appel et une telle procédure de sélection peuvent faire partie d'un processus d'appel d'offres.

3.32. *Applicabilité de l'appel d'offres.* L'appel d'offres désigne généralement un processus par lequel les gouvernements invitent des propositions de projets, les examinent et procèdent finalement à une sélection, aboutissant généralement à l'octroi d'un droit d'occupation et de droits connexes sous la forme d'un accord de concession. Le droit applicable aux appels d'offres, ainsi que les processus spécifiques, varient d'un gouvernement à l'autre. L'appel d'offres⁹⁴ a été plus couramment utilisé dans d'autres secteurs (*par exemple, les projets d'infrastructure, les industries extractives*) et, malgré une utilisation croissante dans le contexte des investissements agricoles, les offres non sollicitées restent plus courantes.

3.33. *Filtrage des investisseurs.* La sélection comprend généralement plusieurs étapes.⁹⁵ Une première étape consiste à examiner la proposition initiale de l'investisseur, notamment en considérant son adéquation avec les plans de développement, le site proposé et la situation financière et l'expertise de l'investisseur (*par exemple, capitalisation, expérience antérieure en matière de projets d'infrastructure*), ainsi qu'à obtenir l'avis initial de tout détenteur légitime de droits d'occupation et des communautés locales. Une deuxième étape consiste à examiner le plan d'affaires de l'investisseur et à identifier les évaluations de diligence raisonnable et d'impact appropriées à réaliser. Une troisième étape consiste à vérifier le respect de ces exigences et se termine finalement par la négociation et la signature des contrats. Divers outils et conseils sont à la

⁹⁴ Voir FAO. 2015. [Guide technique sur la gouvernance de la tenure n° 4](#), p. 62, tableau 5 (montrant un "Exemple de processus d'approbation d'investissement" comprenant les différentes phases, les résultats et les autorités d'approbation).

⁹⁵ CNUCED, Banque mondiale (BM). 2018. [Filtrage des investisseurs potentiels](#). Investissement agricole responsable (RAI) : Knowledge into Action Notes (RAI-KN) No. 6, pp. 3-4.

Questions précontractuelles importantes en contrats d'investissement en terres agricoles

disposition des personnes participant au processus de sélection, tant en général⁹⁶ que pour l'agriculture et les⁹⁷ infrastructures en⁹⁸ particulier.

3.34. *Importance de la transparence.* Il existe une tendance croissante à rendre les processus de sélection plus transparents. Lorsque l'information publique concernant ces processus fait défaut, les relations entre l'investisseur et les titulaires légitimes de droits de jouissance et les communautés locales risquent d'être compromises dès le départ.⁹⁹ L'ouverture de ces processus peut contribuer à éviter de tels préjudices et à lutter contre la corruption. Les¹⁰⁰ informations sur l'investisseur, les évaluations d'impact et les plans d'atténuation, ainsi que tout contrat et accord connexe, doivent tous être mis à la disposition des détenteurs légitimes de droits de propriété foncière et des communautés locales. Cette transparence peut faire l'objet de la suppression d'informations confidentielles (y compris dans les contrats et les accords connexes), ce qui est abordé plus en détail au Chapitre 4.V.A en rapport avec les obligations de suivi et de rapport.

D. Évaluation des terrains

3.35. *Approche des systèmes terrestres.* Pour garantir la viabilité des projets d'investissement agricole, les parties intéressées doivent s'assurer que les terres identifiées dans l'étude de faisabilité sont à la fois disponibles et adaptées au type particulier d'investissement envisagé¹⁰¹. Les principes du CFS-RAI fournissent quelques points de repère en ce qui concerne le processus de détermination de l'adéquation d'une parcelle de terre donnée. Tout d'abord, il convient d'accorder l'attention et la considération nécessaires aux détenteurs légitimes de droits d'occupation et à la manière dont ils peuvent avoir besoin d'utiliser la terre et ses ressources naturelles pendant l'investissement¹⁰². Deuxièmement, il est essentiel de vérifier la disponibilité et les conditions d'accès aux ressources naturelles.¹⁰³ Troisièmement, il convient de respecter les sites et les systèmes du patrimoine culturel et de reconnaître le rôle que les communautés autochtones de propriété

⁹⁶ Voir CNUDCI. 2014. [Loi type sur les marchés publics](#) ; CNUDCI. 2014. [Guide pour l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur les marchés publics](#).

⁹⁷ CNUCED, BM. 2018. [Outils de sélection des investisseurs potentiels](#). RAI-KN, n° 7.

⁹⁸ CNUDCI. 2001. [Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé](#), p. 61 et suivantes.

⁹⁹ CNUCED, BM. 2018. [Filtrage des investisseurs potentiels](#). RAI-KN, n° 6, p. 3 ; voir en général CNUCED, BM. 2018. [Transparence publique](#). RAI-KN, n° 10.

¹⁰⁰ Voir généralement OCDE. 2016. [Prévention de la corruption dans les marchés publics](#).

¹⁰¹ FAO. 2012. [VGGT](#), pp. 30-31.

¹⁰² CFS. 2014. [Principes du CFS-RAI](#), principe 5.

¹⁰³ *Id.* principe 6.

et de savoirs traditionnels peuvent jouer en ce qui concerne les ressources naturelles placées sur les terres pour la conservation de la biodiversité et le soutien de la diversité génétique.¹⁰⁴

3.36. *L'évaluation.* Dans le cadre du VGGT, les États doivent veiller à ce que des systèmes appropriés soient utilisés pour l'évaluation équitable et opportune des droits de propriété.¹⁰⁵ En outre, les politiques et les lois devraient veiller à ce que les systèmes d'évaluation tiennent compte des valeurs non marchandes, telles que celles liées aux dimensions sociales, culturelles, religieuses, spirituelles, de genre et environnementales.¹⁰⁶ Ceci est particulièrement important pour l'acquisition de droits coutumiers sur les terres. Les projets d'investissement foncier qui portent particulièrement atteinte au patrimoine culturel, aux intérêts et avantages religieux, esthétiques ou symboliques des terres devraient explorer des sites alternatifs. Les bonnes pratiques recommandées pour établir la valeur des terres destinées à un investissement agricole devraient inclure la collecte et la documentation des droits d'occupation, tels que les titres fonciers, les dossiers fiscaux, les cartes et les photos, les limites des villages et des communautés, le nombre de personnes qui sont propriétaires ou utilisateurs des terres, les ressources disponibles et utilisées, les sites culturels et les activités en cours sur chaque parcelle de terre.¹⁰⁷ Cette collecte et cette documentation peuvent se faire dans le cadre de la cartographie et des consultations des parties prenantes (voir le Chapitre 2.II et la Section II ci-dessus).

3.37. *Défi de l'évaluation non marchande.* L'estimation de la valeur non marchande des droits d'occupation, y compris les intérêts et les avantages fonciers, est une entreprise difficile mais essentielle.¹⁰⁸ L'évaluation non marchande est généralement effectuée lors de l'expropriation des droits d'occupation afin d'estimer l'indemnisation.¹⁰⁹ Selon le guide technique d'évaluation du VGGT, il n'est pas nécessaire d'estimer la valeur monétaire des valeurs non marchandes lorsque les droits de propriété ne sont pas transférés ou lorsqu'il n'y a pas de changement significatif dans l'utilisation des terres.¹¹⁰ Lorsque les droits d'occupation font l'objet de transactions, l'évaluation des actifs

¹⁰⁴ *Id.* principe 7.

¹⁰⁵ FAO. 2012. [VGGT](#), para. 18.1

¹⁰⁶ *Id.* , par. 18.2.

¹⁰⁷ *Id.* , par. 19.1.

¹⁰⁸ FAO. 2017. [Guide technique sur la gouvernance de la tenure n° 11](#), p. 4.

¹⁰⁹ *Id.* p. 13, 58.

¹¹⁰ *Id.*, p. 67.

Questions précontractuelles importantes en contrats d'investissement en terres agricoles

non marchands est une tâche difficile et souvent très subjective car il n'existe pas de preuves comparables sur lesquelles s'appuyer.

3.38. *Impliquer les parties prenantes concernées dans l'évaluation non marchande.* Comme le précise le guide technique n° 11 de la FAO sur la gouvernance des régimes fonciers, l'évaluation non marchande est une tâche délicate et les évaluateurs devraient commencer par reconnaître que "l'argent n'est pas le moyen d'échange habituel" ni une mesure de la valeur lorsqu'ils cherchent à quantifier ce qui est par nature une valeur intangible.¹¹¹ "Une tâche essentielle consiste à rassembler des preuves sur lesquelles fonder l'estimation",¹¹² ce qui peut être fait au moyen d'une approche d'évaluation contingente dans laquelle il est demandé aux participants de "déclarer leur volonté de payer pour un droit de propriété non marchand ou d'accepter une compensation pour la perte de ce droit".¹¹³ À cette fin, les entretiens en personne et les enquêtes par questionnaire sont souvent utilisés avec des questions calibrées pour saisir la perception de la valeur de la société, par opposition à la perception de la valeur d'un individu donné. Les coûts de la compensation des ressources naturelles et des droits d'accès et d'utilisation qui y sont liés pour les communautés locales et les groupes autochtones doivent être reflétés dans les obligations monétaires que doivent supporter les investisseurs dans les CITA (voir le Chapitre 4.II.A concernant les obligations monétaires).

3.39. *Créer des résultats mutuellement bénéfiques.* Lorsque les investissements dans les terres agricoles sous-estiment la valeur des terres agricoles pour les communautés locales, les populations autochtones et les groupes vulnérables, notamment les femmes et les jeunes, la probabilité d'effets indésirables augmente. Ces impacts comprennent les expulsions forcées, la faim et la pauvreté lorsque les investissements agricoles entraînent la perte de maisons et de sources de revenus comme les terres, la pêche et les forêts.¹¹⁴ Cela pourrait à son tour déclencher des litiges susceptibles de compromettre la faisabilité des projets et d'entraîner des risques économiques et de réputation pour les investisseurs.

3.40. *L'acquisition forcée et l'expropriation en général.* L'expropriation, ou l'acquisition forcée dans certains États,¹¹⁵ est l'acte d'un gouvernement ou d'une autorité compétente qui acquiert des droits fonciers à des fins publiques sans le

¹¹¹ *Id.*, p. 68.

¹¹² *Idem*, pp. 68-69.

¹¹³ *Idem*, pp. 68-69.

¹¹⁴ Voir FAO. 2012. [VGGT](#), Préface, p. v.

¹¹⁵ Voir FAO. 2008. [Acquisition obligatoire de terres et indemnisation](#). Études sur le régime foncier N10.

consentement volontaire de leurs détenteurs.¹¹⁶ C'est un acte qui peut être nécessaire, par exemple, 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 installations d'égouts ou pour créer des zones préservées).

3.41. *Expropriation et diligence raisonnable.* Bien que l'expropriation relève du mandat réglementaire d'un gouvernement, la planification ou la réalisation d'un investissement agricole sur une terre qui doit être expropriée ou qui a déjà été expropriée - à la suite de quoi ou pour laquelle des personnes sont expulsées - devrait inciter un investisseur responsable à reconsidérer soigneusement cet investissement. En effet, les expulsions et les réinstallations ont été identifiées comme des facteurs à haut risque qui indiquent qu'un investissement ne devrait peut-être pas être réalisé.¹¹⁷ En outre, les expulsions forcées, même lorsque le terrain appartient au gouvernement, seraient incompatibles avec les obligations du droit au logement pour les États qui ont ratifié le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.¹¹⁸

3.42. *Expropriation et évaluation.* Le VGGT fournit des orientations détaillées sur l'expropriation et l'obligation d'indemnisation qui y est liée¹¹⁹, notamment l'expropriation des droits uniquement lorsqu'elle est nécessaire pour un objectif public tel que défini par la loi et en permettant un contrôle judiciaire ; la garantie que la planification et le processus d'expropriation sont transparents et participatifs et qu'ils minimisent les perturbations des moyens de subsistance, en particulier ceux des pauvres ou des personnes vulnérables ; la garantie d'une évaluation équitable des droits expropriés et d'une indemnisation rapide ; lorsque les terres expropriées ne sont pas utilisées, la restitution en premier lieu aux détenteurs initiaux des droits d'occupation ; en s'efforçant de prévenir la corruption ; et lorsque les expulsions sont considérées comme justifiées pour un objectif public, en explorant les alternatives possibles en consultation avec les personnes concernées, en prenant des mesures appropriées pour fournir un

¹¹⁶ FAO. 2016. [Guide technique sur la gouvernance de la tenure n° 5](#), p. 51.

¹¹⁷ FAO. 2016. Guide technique sur la gouvernance de la tenure n. 7, p. IX (comprenant, entre autres facteurs à haut risque, que " le gouvernement a initialement acquis la terre par expropriation, ou que le projet nécessite une expropriation pour la rendre disponible pour le développement, entraînant, dans les deux cas, l'expulsion de la population locale " et que " la conception du projet nécessite le transfert à grande échelle des droits fonciers de la population locale, ce qui peut entraîner la réinstallation involontaire, voire volontaire, de nombreuses personnes ").

¹¹⁸ CESCR. 1997. [Observation générale n°7](#) sur le droit à un logement suffisant (article 11.1 du Pacte) : Expulsions forcées.

¹¹⁹ FAO. 2017. [Guide technique sur la gouvernance de la tenure n° 11](#), p. 65.

Questions précontractuelles importantes en contrats d'investissement en terres agricoles

logement de remplacement adéquat, une réinstallation ou un accès à des terres productives, et en procédant aux expulsions et aux réinstallations d'une manière qui soit compatible avec le devoir de l'État de respecter, protéger et réaliser les droits de l'homme.

IV. ANALYSES D'IMPACT

3.43. *La pertinence des analyses d'impact.* Les analyses d'impact sont un élément essentiel de la gestion des risques dérivant des effets négatifs potentiels d'un investissement ¹²⁰. Différents types d'études d'impact peuvent être nécessaires, en fonction de la nature, de la taille et du contexte particuliers de l'investissement. Ces évaluations permettent aux parties de prendre des mesures pour éviter ou atténuer les effets négatifs. Elles sont généralement étayées par le droit national ou international, et sont également de plus en plus reconnues comme une bonne pratique à adopter par les investisseurs, même lorsqu'ils n'y sont pas tenus par la loi. Les investissements en terres agricoles doivent identifier et traiter les impacts sociaux et environnementaux potentiels, par exemple sur les pratiques agricoles traditionnelles (telles que la capacité des petits exploitants à utiliser leurs semences et les méthodes de production traditionnelles) et sur les droits fonciers légitimes liés à la terre, au sol, à l'eau, à la biodiversité, aux pêches et aux forêts. Ces analyses devraient être réalisées *ex ante* par des experts indépendants ¹²¹.

3.44. *Orientations.* Les Directives volontaires requièrent que des études d'impact indépendantes soient menées dans le cadre d'investissements en terres agricoles 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 ¹²². Le Principe 10 des Principes CSA-RAI recommande, en outre, que les investissements responsables intègrent des

¹²⁰ *Id.* pp. 6, 18.

¹²¹ [VGGT](#), para. 12.10.

¹²² 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.*).

mécanismes d'évaluation des impacts économiques, sociaux, environnementaux et culturels, en particulier pour les acteurs vulnérables ¹²³.

3.45. *Une approche holistique, intégrée et participative.* Il existe un nombre croissant d'orientations internationales sur les évaluations d'impact qui suggèrent que les bonnes pratiques favorisent la réalisation de cet exercice de manière holistique ¹²⁴. On observe également une tendance à mener simultanément diverses évaluations d'impact, notamment celles concernant les impacts environnementaux, sociaux, sur les droits de l'homme, culturels et économiques, ainsi que les impacts sur les droits de propriété intellectuelle liés aux droits des obtenteurs de plantes. En effet, un cadre plus complet reflète l'interdépendance des préoccupations biophysiques, socio-économiques et des droits de l'homme, et contribue à encourager des mesures proactives plutôt que de simplement chercher à atténuer les impacts négatifs. L'adoption d'une approche intégrée d'évaluation d'impact centrée sur la durabilité peut fournir une plate-forme pour la prise en compte globale des différentes couches d'évaluation d'impact.

3.46. *Participation et responsabilité.* L'orientation se dirige de plus en plus vers une évaluation d'impact participative, où les parties prenantes jouent un rôle actif. Rendre publiques les évaluations d'impact permet de mettre en cause la responsabilité des investisseurs et des États ¹²⁵. En effet, les évaluations d'impact qui sont menées de manière indépendante et transparente fournissent des données de base pour contrôler et mesurer les incidences à travers la durée du projet. En outre, 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.

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

- l'identification de tous les détenteurs de droits fonciers légitimes susceptibles d'être affectés ;

¹²³ Principes CSA-RAI, p. 18.

¹²⁴ Par exemple, voir l'OCDE. 2010. Orientations sur l'évaluation de l'impact sur le développement durable.

¹²⁵ 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").

Questions précontractuelles importantes en contrats d'investissement en terres agricoles

- la mise en place de mécanismes pour assurer la participation des personnes affectées ;
- la mise en place d'un processus d'examen et de recours pour traiter toute réclamation concernant les analyses d'impact ; et
- la mise en place des plans de suivi et d'évaluation, notamment ceux qui visent à atténuer les incidences négatives éventuelles ;

3.48. *Plan de section.* Tel que discuté, une approche holistique peut mieux identifier et traiter les impacts des investissements en terres agricoles. Cela dit, les paragraphes suivants fournissent des orientations plus détaillées sur plusieurs types d'évaluations d'impact que les parties contractantes et les parties prenantes devraient envisager : (A) l'environnement, (B) la société et (C) les droits de l'homme.

A. L'environnement

3.49. *Évaluations d'impact environnemental (EIE).* Les Principes CSA-RAI encouragent les investisseurs et les États à prendre en compte les impacts environnementaux découlant des investissements agricoles ¹²⁶. 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. 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. En outre, si le projet d'investissement prévu est susceptible d'avoir un impact environnemental transfrontalier négatif important (par exemple, pollution atmosphérique, voies navigables internationales), l'État hôte est tenu, en vertu du droit international coutumier, de notifier et de consulter les États potentiellement touchés (voir le Chapitre 1.I.B).

3.50. *Approche intégrée de l'EIE.* Une approche intégrée de l'EIE est reconnue internationalement comme une bonne pratique et demande que différents aspects soient pris en compte au-delà des impacts sur l'environnement en soi, y compris les droits de l'homme, les impacts sociaux, économiques et culturels liés à l'environnement. Pour les projets financés par la Société financière internationale, la norme de performance 1 de la SFI recommande aux investisseurs d'adopter un

¹²⁶ Principes CSA-RAI, p. 14.

système de gestion des risques environnementaux et sociaux (SGES) pendant toute la durée du projet ¹²⁷.

3.51. *Les impacts environnementaux qui peuvent être évalués.* Lors de la réalisation d'une EIE, les parties contractantes devraient identifier les autres entités concernées et 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 (voir le Chapitre 4.III sur les droits et obligations des parties quant à l'environnement).

3.52. *L'évaluation environnementale stratégique (EES).* L'EES se concentre sur les actions proposées au niveau politique, programmatique ou législatif, ce qui signifie qu'elle tend à se concentrer sur le tableau d'ensemble. En général, si une EES a été menée, l'EIE peut en tirer de nombreux éléments, ce qui rend l'EIE potentiellement plus rapide et plus facile à conclure. Par exemple, l'EES peut être appliquée aux politiques agricoles afin de garantir que les considérations environnementales sont correctement prises en compte lors de la mise en œuvre de ces politiques par la spécification des activités nécessitant une EIE. Cependant, pour éviter un nivellement par le bas des normes EIE/ESE, les pays voisins devraient également envisager de développer des exigences minimales au niveau régional.

3.53. *Consultation publique.* Une EIE est inefficace si elle n'est pas menée dans le cadre d'un processus de consultation publique solide. La garantie que cela est fait correctement dépendra des spécificités de l'investissement proposé en question, en tenant compte du cadre juridique national, de l'existence de normes environnementales strictes et de stratégies à long terme¹²⁸. L'inclusion est un élément clé pour une participation publique efficace : les femmes, les jeunes, les personnes et leurs communautés, ainsi que les petits détenteurs ont un rôle vital dans la gestion de l'environnement et le développement durable¹²⁹.

¹²⁷ SFI. 2012. Normes de performance, p. 2.

¹²⁸ Pour un aperçu global de la législation concernant les évaluations des incidences sur l'environnement, voir PNUÉ. 2018. Évaluer les impacts environnementaux - Un examen global de la législation.

¹²⁹ Déclaration de Rio des Nations unies sur l'environnement et le développement, principes 20 à 22.

B. Social

3.54. *Évaluations d'impact social (EIS)*. Les évaluations d'impact social (EIS) sont moins courantes, mais il y a une expérience croissante avec les EIS, et de nombreuses exigences des EIE sont interprétées et appliquées comme incluant les dimensions sociales. Elles peuvent aider les États et les investisseurs à identifier et à traiter tous les impacts sociaux pertinents, y compris les impacts que l'investissement peut avoir sur les droits des communautés locales et des peuples autochtones. À cet égard, une EIS solide peut permettre aux parties d'éviter ou de minimiser les déplacements, et/ou de prendre des mesures qui peuvent atténuer les impacts négatifs, par exemple en prévoyant la poursuite de l'utilisation des terres à des fins de subsistance dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec le fonctionnement de l'investissement (par exemple, bétail, eau, cultures, gibier).

3.55. *Contribution au développement durable*. Les EIS peuvent également aider à calibrer la conception de l'investissement afin de maximiser sa contribution au développement économique durable et inclusif et à l'éradication de la pauvreté¹³⁰. La participation effective des parties prenantes concernées au processus d'EIS est essentielle si l'évaluation doit identifier et traiter correctement les impacts sociaux. Les orientations sur la consultation et le CPLCC (consentement préalable libre et éclairé) (voir le Chapitre 3.II), et sur les systèmes de plaintes (voir le Chapitre 7), sont pertinentes pour concevoir des processus participatifs d'EIS.

C. Droits de l'homme

3.56. *Objectif d'études d'impact sur les droits de l'homme (EIDH)*. De nombreux investisseurs effectuent désormais régulièrement des EIDH dans le cadre de la gestion des risques de leur entreprise¹³¹. Une EIDH permet à un investisseur de se concentrer sur les risques encourus à l'égard des communautés ou des individus affectés par un projet. 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, et cherchent à promouvoir la responsabilité pour la violation des droits. En faisant des droits de l'homme l'objet exprès de l'évaluation, les EIDH élargissent la gamme des incidences mesurées par rapport aux autres types d'études d'impact, en particulier sur les

¹³⁰ *Id.*, principe 5.

¹³¹ Le commentaire du principe 7 des Principes directeurs des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme prévoit que "la diligence requise en matière de droits de l'homme peut être incluse dans les systèmes plus larges de gestion des risques de l'entreprise, à condition qu'elle aille au-delà de la simple identification et gestion des risques matériels pour l'entreprise elle-même, pour inclure les risques pour les détenteurs de droits".

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."¹³²

3.57. *Importance et bénéfiques.* 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."¹³³ L'EIDH garantit que les questions relatives aux droits de l'homme sont inscrites à l'ordre du jour des parties contractantes, ce qui contribue à renforcer la responsabilité des gouvernements et des investisseurs en matière de droits de l'homme. Des conditions contractuelles strictes sur le calendrier de financement du projet, par exemple, peuvent limiter la capacité d'un investisseur à respecter les droits de l'homme (voir la Section V.C ci-dessous concernant les conditions). Cela peut se produire parce que ces contraintes de temps pour la réalisation d'un projet peuvent éclairer des décisions qui imposent des contrôles sur les fournisseurs et les entrepreneurs d'une manière qui pourrait violer les droits des travailleurs. En bref, une EIDH place les risques liés aux droits de l'homme sur le même pied que les risques sociaux, environnementaux, techniques et économiques qui sont mesurés dans d'autres types d'études d'impact, de plans d'affaires et d'études de faisabilité. Cependant, contrairement à d'autres types d'études d'impact dans lesquelles des compromis entre les divers risques et avantages d'un projet

¹³² 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.

¹³³ 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 ." *id.*

Questions précontractuelles importantes en contrats d'investissement en terres agricoles

peuvent être proposés, une EIDH part du principe que "les droits de l'homme ne sont pas un sujet comme les autres" qui pourrait être mis en balance avec d'autres intérêts.

3.58. *Devoir de l'État de protéger les droits humains.* Les États sont tenus de respecter, protéger et mettre en œuvre 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 privés ne violent pas ces droits sur leur territoire ¹³⁴. Cela signifie également que les États ont le devoir de veiller à ce que les acteurs privés respectent les droits de l'homme ¹³⁵.

3.59. *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. 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. Les structures d'investissement complexes - ou réseaux d'investissement - qui impliquent plusieurs acteurs et filiales doivent être prises en compte pour prévenir et traiter les problèmes de droits de l'homme. 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*"¹³⁶."

¹³⁴ 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."

¹³⁵ Principes directeurs des Nations Unies, 2011: a) les obligations existantes qui incombent aux États de respecter, protéger et mettre en œuvre 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.

¹³⁶ FAO. 2019. *Due diligence, tenure and agricultural investment*, p. 22. (*en anglais*).

3.60. *Droits couverts.* L'EIDH peut être utilisée pour mesurer les impacts sur les droits de l'homme de fond, ainsi que sur les droits procéduraux protégés par les instruments internationaux, régionaux et nationaux des droits de l'homme¹³⁷. Dans le contexte des investissements en terres agricoles, les droits humains substantiels à évaluer comprennent, entre autres, ceux liés au droit à la propriété¹³⁸ ; au droit à une alimentation adéquate¹³⁹ ; au droit au respect de la vie privée, de la famille, du domicile¹⁴⁰ ; au droit à un salaire équitable ; à des conditions de travail sûres et saines¹⁴¹ ; au droit à la culture¹⁴² ; aux droits des peuples indigènes¹⁴³ ; et au droit à l'eau et à l'assainissement qui découle du droit à un niveau de vie adéquat¹⁴⁴. Les droits de l'homme procéduraux à prendre en compte comprennent : la consultation publique, l'accès à l'information et l'accès à la justice.

3.61. *Collecte d'informations sur les droits de l'homme.* La réalisation d'une EIDH permet de recueillir des informations sur la manière dont les activités commerciales proposées pourraient affecter les droits de l'homme¹⁴⁵. Une étude d'impact sur les droits de l'homme peut mesurer les incidences sur les droits

¹³⁷ Par exemple, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; la Convention américaine des droits de l'homme ; la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

¹³⁸ 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 Etats, 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."

¹³⁹ Voir Art. 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

¹⁴⁰ Voir Art. 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹⁴¹ For Par exemple, Art. 23 et 24 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

¹⁴² Art. 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

¹⁴³ 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).

¹⁴⁴ Voir Art. 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Voir aussi : Conseil des droits de l'homme des Nations unies, Droits de l'homme et accès à l'eau potable et à l'assainissement. 2010.

¹⁴⁵ Guide technique des Directives volontaires, n° 4, pp. 58-59.

Questions précontractuelles importantes en contrats d'investissement en terres agricoles

sociaux et les moyens de subsistance ¹⁴⁶, ainsi que sur la qualité de vie. Les incidences d'un projet sur la qualité de vie peuvent être mesurés par des indicateurs socio-économiques tels que 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 où les petits exploitants agricoles ont des traditions agricoles et des utilisations des semences particulières.

3.62. *Analyse de l'impact sur le genre.* En outre, sur la base du droit à l'égalité de traitement et de l'interdiction de la discrimination, une EIDH doit inclure des critères pour évaluer l'égalité des sexes et la pauvreté. Une analyse de l'impact sur les femmes doit être réalisée avec la pleine participation des femmes rurales et dans le respect de leur consentement libre, préalable et éclairé.

3.63. *Accès à l'alimentation.* Une EIDH 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 ¹⁴⁷. Les Principes 1 et 2 des Principes CSA-RAI encouragent les investissements responsables à contribuer à la sécurité alimentaire et à la nutrition ¹⁴⁸, s'agissant notamment de soutenir le droit à une alimentation adéquate. Ce type d'évaluation d'impact doit également prendre en compte les droits des agriculteurs, en particulier l'intérêt des petits exploitants, à éviter de compromettre leur capacité à gagner leur vie (par exemple lorsqu'ils sont obligés d'acheter des semences qui peuvent être économiquement irréalisables).

3.64. *Évaluation de l'impact alimentaire (EIA).* Un investissement qui ne porte pas atteinte au droit à l'alimentation devrait idéalement avoir les effets suivants : accroître la 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

¹⁴⁶ *Id.*, p. 60.

¹⁴⁷ Guide technique des Directives volontaires, n° 7, p. 53.

¹⁴⁸ Principes CSA-RAI, p. 11.

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 ¹⁴⁹.

3.65. *Impact sur les droits de propriété intellectuelle.* Le lien entre les DPI et les droits fonciers est un élément crucial à prendre en compte. Avant de procéder à un CITA, les parties doivent examiner les implications des DPI, telles que celles découlant de l'application de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et du régime de protection axé sur l'obteneur proposé par l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV). À cet égard, les investisseurs doivent tenir dûment compte des connaissances traditionnelles des communautés locales et des techniques de conservation des semences.

3.66. *Flexibilité.* En fin de compte, pour assurer une efficacité maximale, chaque EIDH doit être adaptée au contexte particulier d'un investissement donné. 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." ¹⁵⁰ 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" ¹⁵¹.

3.67. Une fois que les parties contractantes potentielles ont examiné de manière approfondie et en bonne et due forme les différents éléments qui composent la phase préparatoire précontractuelle, qui, comme on l'a vu plus haut, peut

¹⁴⁹ Directives volontaires, disposition 12.4, id., p. 21.

¹⁵⁰ Principes directeurs des Nations Unies, Principe 14.

¹⁵¹ 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 œuvre de stratégies pour répondre aux risques ainsi identifiés.

*Questions précontractuelles importantes en contrats d'investissement
en terres agricoles*

comprendre des éléments tels que le processus de diligence requise, la réalisation de consultations, la conduite d'études de faisabilité, la préparation de plans d'entreprise et de propositions d'investissement, et la réalisation d'évaluations d'impact afin d'avoir une image complète des impacts et avantages potentiels de l'investissement proposé, si elles décident de faire avancer le projet, l'étape suivante du processus concerne les étapes supplémentaires telles que les négociations et la forme, le contenu et les conditions connexes appropriés qui conduisent à la formation effective du contrat, comme décrit ci-dessous.

V. FORMATION DU CONTRAT

3.68. *Introduction.* Le processus de formation du contrat 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 (voir le Chapitre 4).

3.69. *Importance de la bonne foi.* Bien qu'elle ne soit pas universellement acceptée comme principe de formation des contrats, conformément aux bonnes pratiques consacrées, tout le processus de formation du contrat doit être conduit de manière équitable, transparente et de bonne foi ¹⁵². La bonne foi peut impliquer l'application (ou l'abstention d'adopter) de certains comportements ¹⁵³, et peut également avoir des implications sur le niveau d'information à communiquer pendant la phase de négociation ¹⁵⁴.

3.70. *Plan de la section.* Cette section traite des aspects clés de la formation des contrats dans le contexte des CITA, y compris (A) les négociations et (B) la forme, le contenu et les conditions.

A. Négociations

3.71. *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.

3.72. *Participation.* D'une manière générale, les participants aux négociations devraient comprendre non seulement les investisseurs et les concédants

¹⁵² Voir les Principes d'UNIDROIT, arts. 1.7 et 2.1.15.

¹⁵³ Voir par exemple *id.*, art. 1.8.

¹⁵⁴ Voir par exemple *id.*, art. 2.1.15, Commentaire 2.

potentiels (par exemple le gouvernement ou la communauté locale), mais aussi 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 Section I 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.

3.73. *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 Section III.C ci-dessus, les droits fonciers et les droits connexes accordés par un gouvernement peuvent faire l'objet d'un appel d'offres.

3.74. *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.

3.75. *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.

1. Validité

3.76. *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

Questions précontractuelles importantes en contrats d'investissement en terres agricoles

en vertu de la loi applicable. Voici une brève description des exigences communes en matière de validité.

3.77. *Capacité et consentement.* Qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, les parties doivent avoir la capacité juridique de conclure des CITA et 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. À 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 - 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.

3.78. *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 ¹⁵⁵. 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 CITA. De plus, l'erreur doit être d'une gravité telle (c'est-à-dire non insignifiante ou mineure) ¹⁵⁶ 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 ¹⁵⁷. De même, une représentation par une partie peut atteindre le niveau d'une fraude si elle est

¹⁵⁵ Voir Les Principes d'UNIDROIT, art. 3.2.1.

¹⁵⁶ Voir *Id*, art. 3.2.2.

¹⁵⁷ Voir *Id*, art. 3.2.2. et commentaires.

destinée à induire l'autre partie en erreur et à obtenir ainsi un avantage au détriment de celle-ci ¹⁵⁸.

3.79. *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 ¹⁵⁹. 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.

¹⁵⁸ Voir *Id*, art. 3.2.5.

¹⁵⁹ Voir *Id*, art. 3.2.6.

2. Représentation et assistance dans les négociations

3.80. *En général.* 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).

3.81. *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 ¹⁶⁰. Selon les exigences du 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. 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.

3.82. *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 ¹⁶¹. 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 4.V.A.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 le Chapitre 2.II et la Section II ci-dessus).

¹⁶⁰ Pour des règles générales et des commentaires sur le pouvoir des agents et la représentation, voir les Principes d'UNIDROIT, Chapitre 2.2.

¹⁶¹ Voir Guide technique Directives volontaires N° 4, p. 27, tableau 4 (fournissant un aperçu des autorités gouvernementales et de leurs rôles potentiels).

3.83. *L'équipe de négociation des 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.I.A). 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.

3.84. *L'équipe de négociation des gouvernements.* Lorsqu'il négocie un CITA 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). 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 (voir le Chapitre 2.III). 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.

3.85. *L'équipe de négociation des 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

*Questions précontractuelles importantes en contrats d'investissement
en terres agricoles*

négociations, le fournisseur de services juridiques peut informer les membres de la communauté de leurs droits éventuels au CPLCC (voir la Section II ci-dessus), et aux consultations, les projets commerciaux, la diligence requise et les 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. 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.

B. Forme, contenu et conditions

3.86. *Forme.* Étant donné la complexité des CITA, 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 ¹⁶². 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.

3.87. *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 ¹⁶³. Cette liberté est toutefois limitée par des règles impératives (voir le Chapitre 1), qui peuvent restreindre l'autonomie des parties ¹⁶⁴. 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.

¹⁶² Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 3.2.7(1) (a).

¹⁶³ Voir *Id.*, art. 1.1.

¹⁶⁴ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 1.4.

3.88. *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 ¹⁶⁵ peuvent impliquer que toute ambiguïté sera interprétée à l'encontre du rédacteur du contrat ¹⁶⁶. 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 ¹⁶⁷. 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'indemnisations accordés.

3.89. *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 ¹⁶⁸. 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

¹⁶⁵ Pour les règles générales sur l'interprétation des contrats du commerce international, voir les Principes d'UNIDROIT, Ch. 4.

¹⁶⁶ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 4.6.

¹⁶⁷ Voir *Id.* art. 3.2.7.

¹⁶⁸ 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.

*Questions précontractuelles importantes en contrats d'investissement
en terres agricoles*

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 (voir le Chapitre 6).¹⁶⁹

3.90. *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".¹⁷⁰ En cas de manquement à cette obligation, les moyens disponibles 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 (voir le Chapitre 5)¹⁷¹. 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-réalisation¹⁷².

3.91. *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.

¹⁶⁹ Voir par exemple, les Principes d'UNIDROIT, arts. 5.3.5, 7.3.6, 7.3.7

¹⁷⁰ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 5.3.3.

¹⁷¹ Voir par exemple, *Id.*, art. 5.3.3.

¹⁷² Voir par exemple, *Id.*, art. 5.3.4.

Projet

CHAPITRE 4

LES DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES

4.1. *Vue d'ensemble.* Les investissements en terres agricoles créent souvent des attentes de bénéfices, par exemple sous la forme de création d'emplois et de développement d'infrastructures, tout en étant susceptibles d'avoir des impacts sociaux, environnementaux et économiques négatifs qui doivent être correctement identifiés et traités. À plusieurs reprises, la réalité n'a pas répondu aux attentes, ce qui a porté préjudice aux moyens de subsistance et à l'environnement, et a entraîné des litiges qui ont retardé, voire bloqué, la mise en œuvre des projets. Selon le contexte, la résolution de ces problèmes peut nécessiter des changements fondamentaux dans la manière dont les investissements sont réalisés - y compris, en termes juridiques, la nature des parties contractantes, la structure du processus de passation des marchés, et la mesure dans laquelle ceux qui risquent d'être les plus directement touchés peuvent façonner les événements. Définir clairement les droits et obligations des parties dans tout contrat et accord connexe est un élément clé du succès de l'investissement.

4.2. *Le contenu contractuel en général.* De manière générale, les CITA impliquent un échange : le concédant attribue des droits sur les ressources à l'investisseur en contrepartie de certains engagements. Une réflexion approfondie sur ces engagements est une étape importante vers l'intégration des paramètres clés du projet dans ses dispositions contractuelles et institutionnelles de base - par opposition au mécénat d'entreprise en marge. Des contrats bien conçus peuvent contribuer à garantir que les attentes de tous les acteurs sont correctement alignées, à traduire les promesses en obligations exécutoires et, en fin de compte, à fournir une base plus solide pour des investissements mutuellement avantageux. L'étude de faisabilité du projet et l'évaluation de son impact social, humain et environnemental, ainsi que la consultation des détenteurs légitimes de droits d'occupation et des autres personnes concernées, y compris le CPLCC le cas échéant, doivent fournir les bases de toute disposition contractuelle (voir le Chapitre 3). En général, le droit applicable affectera les limites de ce que les parties peuvent négocier,¹⁷³ et toute disposition contractuelle

¹⁷³ Outre toute disposition de droit interne ayant une incidence sur cette question, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales stipulent que les entreprises devraient "s'abstenir de solliciter ou d'accepter des exemptions non prévues dans le cadre 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 questions"

devra être conforme au droit national et adaptée au contexte juridique particulier (voir le Chapitre 1).¹⁷⁴

4.3. *Comblar les lacunes.* Dans de nombreux contextes, les contrats peuvent jouer un rôle utile en cherchant à compléter le droit national. Par exemple, lorsque la législation nationale peut ne pas être conforme aux normes internationales, le contrat peut exiger de l'investisseur qu'il se conforme à des normes internationales spécifiques. Les circonstances peuvent également exiger des parties qu'elles négocient certaines obligations socio-économiques adaptées à la nature de l'investissement - par exemple, en ce qui concerne tout engagement de l'investisseur à effectuer des activités de transformation spécifiques dans le pays.

4.4. *Plan de section.* Ce chapitre décrit de manière générale les différents droits et obligations qui peuvent être énoncés dans les CITA et les accords connexes en fonction des domaines de droit pertinents pour les investissements agricoles, notamment (I) le régime foncier ; (II) les questions sociales et économiques ; (III) l'environnement ; (IV) la protection des investissements et l'autonomie réglementaire ; et (V) la mise en œuvre et le suivi.

I. RÉGIME FONCIER

4.5. *Introduction.* Les règles relatives au régime foncier sont généralement établies par les lois en vigueur dans l'État où se trouve le terrain. Il convient de mentionner que pour les CITA dans lesquelles les parties ont inséré une clause relative au choix de la loi ou de la loi applicable, une attention particulière doit être accordée à l'interaction entre la loi applicable choisie et la loi de l'État d'accueil concernant le régime foncier ; en particulier, en ce qui concerne les aspects qui sont d'ordre public et sont donc obligatoires. En ce qui concerne le régime foncier, le contrat doit comprendre des informations concernant : (A) l'emplacement et la description du terrain ; (B) le régime foncier et les droits connexes ; (C) le développement du projet ; et (D) la durée et le renouvellement.

A. Identification du terrain

4.6. *En général.* Les terres pour lesquelles le droit d'occupation et les droits connexes doivent être accordés pour une période déterminée doivent être clairement et précisément identifiés dans le contrat (par *exemple*, la taille totale, les limites, les données géospatiales). La localisation et la description des terres,

(OCDE. 2011. [Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales](#), par. II (5)).

¹⁷⁴ [VGGT](#), par. 12.8.

Les droits et obligations des parties

de manière transparente, permettent aux parties et aux acteurs concernés d'avoir la même compréhension des terres faisant l'objet du contrat.

4.7. *Identifier la terre.* Le terrain doit être identifié par un processus de délimitation clair impliquant à la fois des professionnels qualifiés et la communauté locale. Le contrat doit indiquer la superficie accordée, l'emplacement du terrain et tous les éléments nécessaires permettant une identification et une localisation faciles. Dans certains États, par exemple, il existe des plans de développement agricole définis dans lesquels les terres à attribuer sont prédéfinies et mises à la disposition des investisseurs par le gouvernement ou la communauté locale, qui à son tour attribue les terres aux investisseurs sur la base de propositions, d'une sélection et des objectifs de développement du gouvernement ou de la communauté. Dans d'autres États, en revanche, l'identification préliminaire des terres peut faire partie de la demande, dans la mesure où les investisseurs précisent les terres particulières qui les intéressent et demandent à en obtenir le droit d'occupation et les droits connexes, et où le gouvernement ou la communauté locale examine ensuite cette demande. Dans les deux cas, l'identification exacte de la terre peut impliquer i) un processus social, basé sur un engagement effectif avec les détenteurs légitimes des droits d'occupation et les communautés locales ; ii) un levé de terrain, qui est généralement effectué par un fonctionnaire attesté, généralement un géomètre ; et enfin iii) un processus juridique, par exemple pour enregistrer la terre ou effectuer son transfert.

4.8. *Terrain supplémentaire.* Les parties peuvent souhaiter par la suite étendre le projet en augmentant la superficie du terrain, ce qui est une possibilité que le contrat peut envisager. Les investisseurs peuvent demander de larges portions de terrain afin d'assurer une base pour l'expansion future des activités. Par conséquent, l'inclusion d'une clause dans le contrat d'investissement concernant des terrains supplémentaires, telle qu'une clause d'"option" ou de "préférence", pourrait contribuer à garantir qu'un projet n'occupe pas initialement plus de terrain qu'il ne peut en utiliser. Le processus d'examen permet (a) à tout détenteur légitime de droits de propriété sur ces terres supplémentaires de continuer à les utiliser et (b) de n'accorder ces terres supplémentaires que si le projet d'investissement progresse de manière responsable (voir la section C ci-dessous concernant le développement du projet), et sous réserve d'un engagement effectif avec les détenteurs légitimes de droits de propriété et les communautés locales dans la zone des terres supplémentaires (voir chapitre 3.II). Ces clauses ne doivent cependant pas avoir pour effet contraire d'exclure les détenteurs légitimes de droits de propriété de l'utilisation de terres adjacentes supplémentaires en les détenant pour l'expansion potentielle d'un projet.

4.9. *Clause d'option.* Avec une "clause d'option", les parties conviennent que le projet d'investissement peut être étendu à des terrains supplémentaires au choix de l'investisseur si, *entre autres*, le projet a été développé conformément au plan d'affaires, aux intérêts de tout détenteur légitime de droits d'occupation, aux indicateurs clés de performance et au calendrier global du projet. Pour une telle clause, les parties doivent préciser le type et le moment de l'avis à fournir et les conditions d'octroi des droits sur les terres supplémentaires.

4.10. *Clause de préférence.* Avec une "clause de préférence", parfois appelée "clause de droit de premier refus", les parties conviennent que l'investisseur peut avoir la priorité sur tous les autres demandeurs si le concédant décide de mettre à disposition le droit d'occupation et les droits connexes d'une parcelle de terrain attenante, à condition que l'investisseur paie un loyer supplémentaire ou remplisse d'autres obligations (par exemple, financières, économiques ou sociales). Lorsque les intérêts de toutes les parties et parties prenantes sont pris en considération et équilibrés, la clause peut être un moyen utile d'étendre un projet réussi. Une telle option pourrait également dissuader l'investisseur d'essayer dès le départ d'obtenir des droits sur plus de terres qu'il ne peut en utiliser. Comme pour une clause d'option, les parties doivent préciser la procédure et les conditions d'octroi des droits sur des terrains supplémentaires.

B. Droits fonciers et droits connexes

4.11. *Vue d'ensemble.* L'octroi du droit d'occupation et des droits connexes définit généralement la manière dont l'investisseur peut utiliser le terrain, ainsi que toute autre ressource (par *exemple*, l'eau, les minéraux et le bois) et les infrastructures. Certains CITA accordent des droits étendus, mais les parties sont encouragées à négocier soigneusement l'octroi des droits et à spécifier les droits concernés dans le contrat. Tout manquement à cette règle donne souvent lieu à des conflits entre les investisseurs, les concédants et les titulaires légitimes de droits d'occupation. Les dispositions contractuelles doivent être éclairées par les résultats des exercices de diligence raisonnable et d'évaluation d'impact, notamment en ce qui concerne les droits des titulaires légitimes de droits d'occupation et les impacts éventuels sur ces derniers (voir le Chapitre 2.I). En guise de garantie pour ces titulaires, les parties peuvent expressément accorder, refuser ou réserver des droits aux titulaires légitimes de droits d'occupation (par *exemple* pour un accès continu à la terre pour le passage, l'eau, le pâturage ou la collecte des fruits) - soit en tant que parties au contrat ou à un accord connexe, soit en tant que tiers bénéficiaires (voir le Chapitre 2.III) - afin d'assurer la protection et le respect des droits de ces titulaires.

1. Droits fonciers

4.12. *En général.* En accordant des droits fonciers (par *exemple* des droits de possession, d'utilisation, d'accès et de transfert, ainsi que les responsabilités et les contraintes associées),¹⁷⁵ les parties doivent tenir compte non seulement des aspects fonciers, mais aussi des autres ressources et de toutes les installations et infrastructures existantes ou futures qui pourraient être construites pour le projet. Des dispositions claires et spécifiques sur ces questions peuvent contribuer à prévenir les malentendus, les griefs et les éventuels litiges. Les parties doivent cependant toujours tenir compte du cadre juridique applicable et être conscientes de la mesure dans laquelle les clauses contractuelles relatives aux droits de propriété et d'utilisation d'autres ressources et infrastructures seront valables et applicables (voir le Chapitre 1).

4.13. *L'utilisation des terres.* Le contrat doit préciser la date à laquelle le terrain doit être mis à la disposition de l'investisseur, la durée du droit d'utilisation du terrain, le type d'investissement ou d'activité pour lequel le terrain a été accordé, et les utilisations autorisées du terrain, y compris la construction d'installations sur ce terrain lui-même. Sous réserve que l'investisseur obtienne les permis et licences nécessaires (voir le Chapitre 4.V.A.1), le contrat lui accorde généralement le droit de posséder et d'utiliser le terrain pour les activités agricoles spécifiées. L'investisseur détient généralement les droits de possession et d'utilisation pendant toute la durée du contrat, à condition que les limites prévues dans cet octroi de droits soient respectées et que les parties remplissent leurs autres obligations. Les droits de possession et d'utilisation de l'investisseur doivent tenir compte des droits de tout détenteur légitime de droits d'occupation, par exemple en étant limités de certaines manières (par *exemple*, par l'octroi de droits à ces détenteurs dans le contrat - soit en tant que partie ou tiers bénéficiaire - ou en retenant les droits pour protéger ces détenteurs)

4.14. *Accès et contrôle des terres.* Lorsque le régime foncier et les droits connexes sont accordés temporairement à un investisseur - *c'est-à-dire que le terrain n'est pas vendu à l'investisseur* - les droits de l'investisseur sont limités par le droit du concédant de s'assurer que l'accès et l'utilisation de l'investisseur ne portent pas atteinte à certains droits fondamentaux. Le concédant a donc intérêt à savoir si l'investisseur respecte ses engagements concernant la manière dont la terre est utilisée (par *exemple*, en respectant les contraintes d'utilisation ou en faisant pousser les cultures convenues). D'où l'importance pour le contrat de définir les droits d'accès, y compris le droit du concédant ou éventuellement d'autres personnes d'inspecter la terre.

¹⁷⁵

FAO. 2002. [Tenure et développement rural](#), Land Tenure studies No. 3, para. 3.1.

4.15. *Droits à d'autres ressources.* Le contrat doit préciser dans quelle mesure l'investisseur peut utiliser d'autres ressources dans la zone du projet, y compris les ressources en surface (par exemple le bois), les ressources souterraines (par exemple le pétrole, l'or) et l'eau, ainsi que la pêche. Dans certains cas, l'octroi de droits étendus à des investisseurs a, sans le savoir ou par erreur, inclus des droits étendus sur des ressources situées sur le terrain, ce qui peut entraîner des impacts négatifs sur l'environnement (par exemple, l'extraction du bois) ou sur les communautés locales qui pourraient avoir besoin de ces ressources. Les concédants doivent s'assurer que seuls les droits sur les ressources qui sont censés être accordés sont effectivement transmis aux investisseurs.

4.16. *Ressources en surface.* Le contrat doit spécifier les droits des investisseurs à utiliser les ressources en surface, y compris les forêts, qui peuvent encore être utilisées par les détenteurs légitimes de droits de propriété pour la chasse ou d'autres sources de nourriture et de subsistance. En particulier, l'utilisation des forêts pour le bois est une question que les parties doivent examiner et, le cas échéant, traiter dans le contrat d'une manière conforme au droit national. Il existe des cas où des investissements prétendument agricoles ont en fait servi de moyen pour les investisseurs d'accéder à des forêts à des fins commerciales. Les parties peuvent prévenir de tels cas en spécifiant expressément dans le contrat si un projet d'investissement peut utiliser le bois trouvé dans la zone d'investissement pour des installations ou à d'autres fins.

4.17. *Les ressources du sous-sol.* L'octroi général de droits sur les terres peut créer une confusion par rapport aux droits sur les ressources minérales souterraines (par exemple le pétrole, le gaz naturel, les métaux), qui peuvent être très précieuses et dont l'extraction peut avoir des effets négatifs. Dans certains États, toutes les ressources souterraines appartiennent au gouvernement, tandis que dans d'autres, elles appartiennent au propriétaire des terres situées au-dessus. Dans tous les cas, le contrat doit traiter de manière claire des droits relatifs aux ressources minérales souterraines. Une option consiste à inclure une "clause d'exclusion" précisant que le concédant se réserve tous les droits relatifs à ces ressources et indiquant les modalités de préavis et de compensation pour la perte de terres due à l'exploitation de ces ressources. Si les parties ont l'intention de permettre aux investisseurs d'extraire des ressources souterraines dans le cadre d'un investissement agricole, des garanties doivent être mises en place (par exemple pour les détenteurs légitimes de droits d'occupation, les communautés locales et l'environnement).

4.18. *L'eau.* L'utilisation de l'eau par un projet d'investissement peut avoir des répercussions importantes sur les détenteurs légitimes de droits de propriété, les communautés locales et l'environnement. Lorsque le concédant est un

gouvernement chargé de gérer les ressources naturelles, le contrat doit le prévoir : (i) spécifier 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 évaluations d'impact du projet (voir le Chapitres 3.III et IV) ; et (ii) indiquer les modalités d'utilisation de l'eau, les quantités nécessaires, et préciser les redevances correspondantes, la procédure d'ajustement et les protections qui doivent être mises en place. Lorsque le concédant est une communauté locale, alors que cette communauté peut ne pas avoir la responsabilité de la gouvernance de l'eau, les parties doivent néanmoins considérer les sources et les quantités d'eau à utiliser dans le contrat afin de minimiser la confusion et d'éviter les griefs et les litiges avec les membres de cette communauté.

4.19. *Droits retenus.* Les parties doivent examiner si le concédant souhaite continuer à utiliser la terre de certaines manières ou y avoir accès. De même, les parties doivent examiner comment les détenteurs légitimes de droits d'occupation 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 communautés, et conformément au droit interne applicable, les parties peuvent expressément retenir ou réserver certains droits dans le contrat pour sauvegarder des utilisations particulières (par exemple, la culture de plantes dans une zone spécifique) ou l'accès (par exemple, le passage, l'accès à l'eau, la pêche ou le pâturage) par ces détenteurs et communautés. Une autre option serait d'accorder ces droits particuliers à ces titulaires et communautés (c'est-à-dire dans le contrat ou un accord connexe conclu avec eux en tant que partie ou en tant que tiers bénéficiaires). Le respect des droits d'occupation légitimes de cette manière peut contribuer à garantir le bon fonctionnement du projet et à minimiser ou éviter tout impact négatif.

2. Octroi de droits connexes

4.20. *Droits non liés à la terre et aux ressources naturelles.* Les droits connexes sont ceux qui ne sont pas directement liés à la terre et aux ressources pour lesquelles des droits d'occupation sont accordés, mais qui sont nécessaires pour que l'investissement soit correctement mis en œuvre. Ces droits peuvent comprendre, entre autres, les droits (a) d'accès aux installations et aux services publics ; (b) d'utilisation et de construction d'infrastructures ; et (c) d'importation de biens, d'exportation, de transport et de production marchande.

a) Accès aux installations et aux services publics

4.21. *Installations. Facilités.* Les parties doivent examiner comment les installations existantes doivent être utilisées ou si elles peuvent être supprimées,

ainsi que si l'investisseur aura le droit de construire de nouvelles installations. Pour les installations existantes, les parties doivent envisager les installations ou les bâtiments, tels que ceux qui pourraient entraver l'utilisation du terrain ou qui sont utilisés par des détenteurs légitimes de droits d'occupation, et préciser tout droit d'utilisation et tout droit retenu en ce qui concerne ces installations, ainsi que les questions de maintenance. En ce qui concerne les droits de construction, les parties doivent tenir compte de toutes les installations qui pourraient devoir être construites pour le projet, y compris les droits d'utilisation, les droits retenus et les responsabilités en matière d'entretien. Il se peut que des installations doivent être construites, par exemple, pour le traitement de la production agricole. Les parties doivent également examiner comment les différentes installations peuvent être transférées ou restituées (voir le Chapitre 6).

4.22. *Les services publics essentiels.* Les parties doivent tenir compte de la quantité d'eau et d'électricité que le projet peut utiliser, ainsi que de la quantité de déchets qu'il est censé produire, et aborder expressément dans leur contrat l'accès aux services essentiels (par exemple, l'eau, l'électricité et la gestion des déchets). Elles doivent également analyser si des droits connexes sont nécessaires à cet égard (par exemple, pour construire des lignes électriques ou des conduites pour accéder aux systèmes de services publics locaux) qui devraient être pris en compte dans le contrat.

4.23. *Clauses relatives aux services publics.* Les droits sur les services essentiels peuvent impliquer l'utilisation par l'investisseur de systèmes publics ou privés d'approvisionnement en eau et en électricité. Le contrat peut contenir des clauses relatives à :

- l'installation des passages nécessaires pour accéder au site du projet, l'installation de systèmes de pompage d'eau, de réseaux électriques ou de conduites d'alimentation en eau ;
- les modalités de passage des conduites d'alimentation en eau ;
- les exigences en matière de gestion des déchets ; et
- les modalités d'installation des canaux ou de tout élément nécessaire au fonctionnement optimal du projet conformément aux études de faisabilité et aux évaluations d'impact.

4.24. *Surmonter les difficultés.* Les parties doivent s'assurer que le contrat contient toutes les clauses nécessaires pour fournir des informations pertinentes ou préciser les moyens de surmonter les difficultés. Par exemple, les systèmes locaux d'approvisionnement en eau ou en électricité peuvent ne pas offrir de

solutions pour couvrir toutes les difficultés qui pourraient entraver l'activité de l'investissement, auquel cas ces questions doivent être clairement réglementées dans le contrat. Dans certains cas, les systèmes d'eau ou d'électricité peuvent devoir être installés sur des terrains adjacents pour que ces services puissent atteindre la zone du projet, ou les systèmes peuvent être généralement inadéquats. Lorsqu'un tel accès est nécessaire ou que les systèmes sont inadéquats, les parties doivent également envisager ces questions et prévoir des solutions dans le contrat, selon les besoins et les circonstances.

b) Infrastructure

4.25. *En général. En général.* Les infrastructures comprennent à la fois les infrastructures générales (par exemple, les routes publiques) et les infrastructures spécifiques à l'investissement (c'est-à-dire construites pour soutenir le projet d'investissement).¹⁷⁶ Le contrat doit traiter des droits et obligations des parties en ce qui concerne les infrastructures existantes et la construction de nouvelles infrastructures. Ces aspects dépendent en partie de la nature des parties contractantes. Si le concédant est le gouvernement, par exemple, les parties pourraient envisager les besoins et les utilisations des infrastructures à une plus grande échelle, car le gouvernement conserve généralement la responsabilité des infrastructures et des travaux publics, alors qu'une communauté locale pourrait ne pas avoir cette responsabilité. L'étude de faisabilité et les évaluations d'impact doivent éclairer l'élaboration du contrat, notamment pour protéger et respecter les droits de tout titulaire légitime de droits d'occupation (voir les Chapitres 3.III et IV).

4.26. *Infrastructure existante.* Les parties doivent s'efforcer de mettre à profit les systèmes d'infrastructure existants (par exemple, les routes, l'eau, l'irrigation, l'élimination des déchets), que ces systèmes soient publics ou privés. Dans le même temps, les parties doivent être conscientes de l'impact de l'utilisation envisagée sur cette infrastructure et ses utilisateurs actuels et chercher à éviter ou à minimiser tout impact négatif. En conséquence, les droits d'utilisation spécifiques de l'investisseur devraient être définis en fonction d'ensembles d'infrastructures spécifiques, tels que le poids maximum des camions pouvant emprunter des routes particulières. En outre, les parties devraient examiner, le cas échéant, si des améliorations pourraient être apportées aux infrastructures existantes et de quelle manière.

¹⁷⁶ Voir CNUDCI. 2001. [Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé](#).

4.27. *Nouvelles infrastructures.* Le projet d'investissement peut nécessiter la construction de nouvelles infrastructures. Le droit de construire doit être clairement défini dans le contrat de manière à tenir compte de toutes les limitations et garanties nécessaires. Les parties doivent déterminer qui est propriétaire de toute infrastructure nouvellement construite (par *exemple* /l'investisseur, le gouvernement ou les collectivités locales), et notamment si une structure de copropriété peut être convenue. Les droits de propriété doivent être définis de manière à préciser le propriétaire, la durée de la propriété et les circonstances dans lesquelles la propriété peut prendre fin. Lorsque l'infrastructure doit être détenue en copropriété, il est important de préciser le véhicule juridique (par *exemple*, une société, une coopérative ou un trust) pour cette copropriété. Comme la propriété peut ne pas être indéfinie et pourrait revenir à la fin du contrat, les parties doivent aborder les questions de propriété en ce qui concerne le transfert (par *exemple* à un nouvel investisseur), la restitution du terrain à la fin du contrat ou à la résiliation. Dans certaines situations, il peut être nécessaire d'offrir une compensation à l'investisseur pour les investissements liés aux infrastructures lors de l'acquisition forcée, de la réversion ou de la résiliation. Parmi les autres questions à prendre en considération, on peut citer la nécessité éventuelle d'acquérir un terrain (*c'est-à-dire de l'exproprier*) en rapport avec cette construction (voir le Chapitre 3.III.D) et l'obligation d'utiliser un contenu local, l'importation d'équipements, en tout ou en partie, et les obligations correspondantes en matière d'entretien et de réparation de l'infrastructure.

4.28. *Entretien, réparation et frais.* Les parties devraient envisager des obligations d'entretien, de réparation et de perception de redevances en ce qui concerne les infrastructures. Pour les infrastructures appartenant à l'État, le gouvernement pourrait imposer des redevances pour couvrir, *entre autres*, les coûts d'entretien et de réparation de la fourniture de ces infrastructures. Lorsque des tarifs commerciaux sont applicables pour l'électricité, l'eau et d'autres fournitures, ils doivent être bien définis pour l'information de l'investisseur et être pris en compte dans le cadre du plan d'entreprise de l'investisseur. Les parties peuvent souhaiter examiner si les pouvoirs publics pourraient renoncer aux redevances en échange d'un engagement de l'investisseur à investir dans l'infrastructure. Le financement des infrastructures par le secteur privé peut impliquer la perception de redevances d'utilisation pour couvrir les coûts d'investissement, d'exploitation et de maintenance. Il peut être conseillé, par exemple, de faire payer des droits d'utilisation de l'infrastructure et d'utiliser tout ou partie de ces droits pour engager des employés locaux afin d'entretenir et de développer l'infrastructure. Le développement des capacités et la formation en matière d'exploitation et de maintenance des infrastructures doivent également

Les droits et obligations des parties

être inclus. Lorsqu'elles conviennent de la construction de nouvelles infrastructures, les parties devraient également s'entendre sur la responsabilité de l'entretien et de la réparation de ces infrastructures.

4.29. *Droits d'accès.* En plus de définir les droits de l'investisseur et du concédant, les parties doivent tenir compte des droits des détenteurs légitimes de droits d'occupation et des communautés locales sur les infrastructures existantes et nouvelles (par exemple, pour circuler sur une route existante ou nouvelle qui serait dans la zone du projet ; ou pour utiliser les ressources en eau). Le cas échéant, les parties doivent veiller à ce que ces droits soient intégrés au contrat, que les détenteurs légitimes de droits d'occupation 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).

4.30. *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 d'infrastructures, sous réserve de certaines exigences variables. Les droits et obligations de tout financier tiers doivent, comme ceux du projet d'investissement global, être correctement alignés sur l'approche d'investissement responsable et durable du projet.

4.31. *Obligations de développement et infrastructure sociale.* La construction et l'amélioration des infrastructures peuvent n'être qu'un aspect des clauses traitant des préoccupations plus larges en matière de développement de projets et d'infrastructures sociales. En ce qui concerne les premières, les aspects infrastructurels de ces clauses pourraient également être soumis à des indicateurs de performance clés. En ce qui concerne les seconds, le contrat peut contenir une clause exigeant de l'investisseur qu'il construise ou soutienne d'une autre manière ce que l'on appelle l'infrastructure sociale, par exemple en contribuant au développement d'une école ou d'un hôpital pour la communauté locale (voir la Section II.E ci-dessous).

4.32. *Contrôle et conformité.* Les obligations liées aux infrastructures, comme les autres obligations découlant du contrat, doivent être contrôlées et soumises à des vérifications de conformité, notamment en ce qui concerne l'acquisition et le maintien des permis ou licences nécessaires (voir la Section V.A.1 ci-dessous). Les parties devraient examiner les permis ou licences des autorités gouvernementales, des organes et des organismes administratifs (par exemple, les autorités environnementales, les autorités de gestion des routes, les services de planification et de construction, les services de travaux publics) qui peuvent être nécessaires et préciser ces besoins dans le contrat par souci de clarté. Sous réserve du respect des exigences en matière de permis et de licences, le processus

doit être mené en temps utile et les permis et licences ne doivent pas être refusés sans raison. Pour atteindre un niveau de certitude à cet égard, les parties devraient décrire toutes les conditions préalables et les obligations futures liées à la réception des permis et des licences.

4.33. *Répartition des risques, non-exécution et règlement des litiges.* Le contrat doit clairement définir les obligations des participants et la répartition des risques liés à l'infrastructure. Le cas échéant, les tiers assument des responsabilités et des indemnisations, ils doivent être impliqués dans les phases contractuelles (voir le Chapitre 3.V). Afin de couvrir les responsabilités et les risques liés à l'infrastructure, les parties concernées devraient envisager de prévoir une assurance dans le contrat. Les obligations relatives à des ensembles spécifiques d'infrastructures doivent être réglées et les parties responsables doivent être identifiées. Le non-respect par une partie de ses obligations contractuelles en matière d'infrastructure peut donner lieu à une rupture de contrat et à un recours pour la partie lésée ou elle peut être excusée (voir le Chapitre 5). Afin de promouvoir une relation durable, les parties devraient examiner les situations potentielles de non-exécution qui pourraient survenir en rapport avec les différents droits et obligations liés à l'infrastructure et les traiter dans le contrat. De même, les parties devraient envisager des mécanismes pour résoudre les litiges relatifs aux infrastructures partagées (voir le Chapitre 7).

c) *Importation, exportation, accès au marché et transport*

4.34. *En général. En général.* La prise en compte des questions d'importation, d'exportation, d'accès au marché et de transport est importante pour assurer le succès d'un investissement. Cela peut couvrir un certain nombre de questions telles que l'importation des intrants nécessaires à la production agricole, le transport et, en fin de compte, l'acheminement de cette production vers le marché pour la vente. Si le bailleur de fonds est le gouvernement, les parties pourraient probablement aborder ces questions en détail, car le gouvernement est généralement responsable de ces questions, alors 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 national applicable a un impact sur le fonctionnement du projet ainsi que si et comment le contrat devrait fournir des éclaircissements sur ces questions.

4.35. *Importation.* Le contrat doit préciser les modalités d'approvisionnement en semences et autres biens importés (par exemple, équipements et matériels). Les investisseurs ont généralement besoin d'équipements et de machines, qui sont souvent importés. Étant donné que les droits d'importation ou autres taxes

et redevances peuvent constituer un obstacle sérieux au démarrage et à la poursuite des activités, la question doit être examinée lors des négociations du contrat. En conséquence, les parties peuvent souhaiter aborder ces questions dès la phase de négociation et inclure des conditions spécifiques dans l'accord contractuel final.

4.36. *Exportation.* Certaines lois nationales peuvent établir des incitations ou d'autres moyens pour faciliter l'exportation de produits agricoles par des investisseurs opérant dans cet État, généralement par le biais d'une loi d'incitation à l'investissement. Lorsqu'elles ne sont pas clairement réglementées par la loi généralement applicable, il est conseillé aux investisseurs de négocier les conditions d'exportation des produits de leur activité avec le gouvernement qui a la responsabilité à cet égard. Dans le cadre de cette négociation, les parties devraient préciser dans le contrat les mesures applicables (*c'est-à-dire les interdictions ou les limitations d'exportation*) si une situation de sécurité alimentaire devait survenir dans l'État d'accueil (voir également le Chapitre 5.II concernant les excuses pour non-exécution).

4.37. *Accès au marché.* Certaines lois limitent l'accès aux marchés locaux afin de protéger les producteurs locaux. Cela peut ne pas poser de problème aux investisseurs qui ne s'intéressent qu'aux endroits où ils peuvent cultiver leurs produits sur un marché étranger prédéterminé. Mais les restrictions d'accès au marché peuvent être une considération importante pour les investisseurs qui ne se concentrent pas exclusivement sur le marché d'exportation. Il est important que les parties prennent en considération les intérêts en matière d'accès au marché afin de clarifier les conditions d'accès à un marché final approprié pour la production agricole en question.

4.38. *Transport.* Les parties doivent examiner les questions liées au transport, en particulier les moyens (*par exemple, la route, le rail*) par lesquels la production doit être livrée aux marchés, aux entrepôts et aux ports pour la distribution et, si nécessaire, l'exportation, ainsi que les coûts connexes. Les droits de transport doivent être spécifiés dans le contrat, ainsi que tout engagement en matière d'infrastructure à cet égard.

C. Développement de projets

4.39. *En général.* Les CITA accordent généralement à l'investisseur le droit exclusif de mener des opérations agricoles commerciales spécifiques dans la zone désignée (bien que, comme nous l'avons vu, le contrat peut prévoir que les membres des communautés vivant sur ou autour de la concession ont toujours le droit d'utiliser certaines ressources conformément aux coutumes et pratiques traditionnelles, ou de mener 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 des terres qui auraient pu être utilisées à d'autres fins sont immobilisées, ou que d'autres opérateurs auraient pu mieux développer le même projet. Les concédants ont donc intérêt à ce que les dispositions contractuelles découragent les acquisitions spéculatives et établissent des jalons et des calendriers clairs pour la mise en œuvre des projets. Certains concédants souhaitent également que le contrat régleme la nature des activités d'utilisation des terres afin de poursuivre certains objectifs.

4.40. *Établir des paramètres.* Pour répondre à ces préoccupations, les CITA peuvent établir des paramètres clairs pour la mise en œuvre des projets. Des clauses bien rédigées exigent de l'investisseur qu'il mette en œuvre le projet selon un plan de développement spécifié et elles établissent des délais clairs de conformité ainsi que des sanctions en cas de non-respect. Il peut s'agir, par exemple, de clauses qui fixent des objectifs quantitatifs pour étendre progressivement la superficie des terres cultivées ou pour construire et exploiter une installation de transformation. Lorsque le concédant est une autorité publique, il peut également souhaiter préciser les cultures que le projet produira (*par exemple, des cultures destinées à la production alimentaire ou énergétique*), dans le cadre d'une politique publique visant à répondre à la demande intérieure pour un produit donné.

4.41. *Les cibles.* Pour que ces dispositions soient efficaces, elles doivent compléter les objectifs basés sur les intrants (*par exemple, les apports en capital*) par des objectifs orientés vers les résultats (*par exemple, basés sur 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 contenu du plan de développement de l'investissement (voir le Chapitre 3.III). En outre, ces clauses devraient être accompagnées d'exigences de rapport proportionnées (voir la Section V.B.2 ci-dessous), de garanties de bonne fin ou d'autres moyens pour promouvoir et encourager le respect des règles le cas échéant, et de pouvoirs permettant au concédant de procéder à des inspections et de sanctionner le non-respect des règles.

4.42. *Délais de mise en conformité.* Certaines lois foncières nationales prévoient que les investisseurs n'acquiescent des droits d'occupation et des droits connexes que s'ils se conforment à certains engagements de développement de projet dans un délai déterminé (*par exemple, deux à cinq ans*). Ces dispositions répondent à un objectif politique visant à promouvoir l'utilisation productive des terres. Mais elles ont tendance à être un instrument peu efficace pour les investissements à long terme dont la durée dépasse largement la période légale. Dans ces situations, le contrat doit identifier les étapes de mise en œuvre, les calendriers et les

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

4.43. *Questions de mise en œuvre.* Selon la nature de l'investissement, des dispositions supplémentaires peuvent être nécessaires pour résoudre les problèmes de mise en œuvre qui se posent dans la phase finale du projet. Par exemple, dans une plantation agroforestière où la propriété des arbres est transférée au concédant à l'expiration du contrat, des dispositions peuvent être nécessaires pour garantir que vers la fin du contrat, l'investisseur est toujours incité à gérer l'exploitation de manière durable, y compris la replantation en cours. La clôture du projet soulève également des questions spécifiques qui, en fonction du droit national applicable, peuvent nécessiter des dispositions contractuelles spécifiques.

4.44. *Indicateurs de performance.* En plus des objectifs quantitatifs, les clauses de développement de projet devraient également fournir des indicateurs de performance qualitatifs. De nombreux contrats ne le font qu'en termes très généraux, en exigeant, par exemple, que l'investisseur adhère aux "bonnes pratiques agricoles". Bien qu'elles soient potentiellement utiles pour clarifier les attentes des parties, ces clauses peuvent soulever des questions sur leur signification et leurs implications précises. Des clauses plus efficaces lient les indicateurs de performance qualitative à des normes internationales spécifiques lorsqu'elles sont disponibles (tout en reconnaissant que ces normes doivent généralement être adaptées et améliorées en fonction du contexte spécifique du pays). Les parties devraient également prévoir un mécanisme indépendant (*c'est-à-dire* non dirigé par le gouvernement) d'évaluation des performances pour suivre l'adhésion aux normes internationales.

4.45. *Incitations.* En plus de sanctionner le non-respect, certains contrats créent également des incitations pour que l'investisseur se conforme aux paramètres souhaités. Par exemple, certaines clauses conditionnent certains avantages à ce que l'investisseur atteigne manifestement les objectifs fixés dans les délais impartis. Ces avantages peuvent inclure un examen favorable des demandes de l'investisseur d'étendre la zone du projet ou la durée du contrat.

4.46. *Coordination avec d'autres dispositions.* Les clauses relatives au développement de projets doivent être coordonnées avec d'autres dispositions contractuelles pertinentes. La durée et les clauses de renouvellement, si elles sont utilisées conjointement avec les clauses de développement de projet, doivent être cohérentes. Les clauses d'exonération, également appelées clauses d'excuses pour non-exécution, doivent traiter des situations dans lesquelles l'investisseur ne

peut pas respecter le plan de développement convenu en raison de la survenance de certains événements (voir le Chapitre 5.II.A concernant la force majeure). D'autres clauses pertinentes dépendent en partie des objectifs qui sous-tendent les clauses de développement du projet. Par exemple, si le concédant souhaite que le contrat précise la nature des activités économiques autorisées (*par exemple*, le type de culture à produire) afin que le projet contribue à répondre à la demande locale pour un produit donné, le contrat doit également déterminer si, et à quelles conditions, l'investisseur peut exporter ce produit. Les parties doivent également tenir dûment compte, dans leurs négociations, de questions connexes telles que le suivi (voir la Section V ci-dessous) et les différents recours en cas de rupture de contrat (non-exécution) par l'investisseur (voir le Chapitre 5.III.C).

D. Durée et renouvellement

4.47. *Durée en général. Durée en général.* La durée optimale de l'octroi d'un droit d'occupation ou de droits connexes dépend de divers facteurs, tels que la situation particulière des parties, la manière dont l'investissement affecterait les droits des titulaires légitimes de droits d'occupation, les cultures à planter, les prix actuels et attendus du marché pour ces cultures ou le temps nécessaire à l'investisseur pour rembourser ses dettes et amortir l'investissement initial. Par exemple, certains arbres à noix (par exemple, les pistaches ou les noix de pécan) prennent plus de cinq ans à partir du moment de la plantation pour atteindre des quantités suffisantes compatibles avec une production commerciale. Dans de telles situations, la limitation de la durée du contrat à une période très courte pourrait empêcher des investissements agricoles responsables dans ces cultures. Alors que certaines législations nationales prévoient des périodes de durée auxquelles le contrat doit se conformer, c'est généralement le contrat qui fixe la durée, ainsi que les conditions de renouvellement.

4.48. *Durée établie par la législation.* Les lois de certains États limitent la durée globale des concessions de droits d'occupation et des droits connexes sur les terres domaniales à un certain nombre d'années ou établissent une période initiale au terme de laquelle un projet peut être évalué et la durée prolongée. Ces restrictions peuvent établir une période générale pour toutes les concessions (c'est-à-dire lorsque le gouvernement est le concédant) ou une durée spécifique pour les projets dans des secteurs particuliers, tels que l'agriculture, afin d'éviter que les terres soient réservées sans utilisation et de surveiller les éventuels impacts négatifs. Les limitations de la durée déterminées par le droit national varient, et les parties doivent être conscientes que dans certains cas, elles peuvent être assez courtes (par exemple cinq ans). Lorsqu'elles existent, les parties, en

suivant la loi applicable, doivent respecter cette limite et doivent s'y référer dans le contrat pour plus de clarté, même si elles ne stipulent pas une autre durée conforme à la loi applicable.

4.49. *Durée contractuelle.* Tant que la durée de la subvention est conforme au droit national, les parties sont libres de déterminer la durée dans le contrat, qui dépendra des circonstances. Dans la pratique, certains contrats prévoient des périodes de très longue durée avec la possibilité supplémentaire d'un renouvellement (par *exemple* 99 ans avec une option de renouvellement), bien que les parties doivent être conscientes que de telles durées prolongées peuvent effectivement équivaloir à un contrat de vente déguisé et que des durées contractuelles trop longues sans rapport avec l'économie de l'investissement sont contraires à une pratique commerciale responsable. Il est conseillé aux parties de définir clairement la durée de l'investissement dans le contrat en fonction des cycles de production et des types d'activités afin de permettre le remboursement intégral de la dette et de réaliser un investissement durable et responsable, d'une manière conforme au droit national. Les clauses de durée du contrat doivent être alignées sur les clauses de développement du projet (voir la Section C ci-dessus) ou d'examen périodique (voir la Partie V ci-dessous). La durée doit explicitement inclure une date de début et de fin. La date de début (*c'est-à-dire* 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 3.V.B concernant les conditions).

4.50. *Renouvellement en général.* À la fin de la durée applicable de l'octroi du régime foncier et des droits connexes, le contrat prend fin (voir le Chapitre 6.II) ou est soumis à un renouvellement conformément aux termes du contrat. En pratique, la fin de ces contrats ne signifie généralement pas la fin de l'activité, qui peut être devenue importante et durable. Lors de la rédaction du contrat, les parties peuvent souhaiter anticiper les difficultés potentielles liées à la fin de la durée du contrat et éviter de longues renégociations en incluant une clause de renouvellement ou de prolongation. Ces clauses définissent à la fois le processus et les conditions de renouvellement et de prolongation. En ce qui concerne le processus, les parties doivent préciser comment et quand elles doivent se notifier mutuellement leur intention de renouveler ou de prolonger le contrat, la durée de ce renouvellement ou de cette prolongation, le nombre de fois que le contrat peut être renouvelé ou prolongé, et si le renouvellement ou la prolongation s'accompagnerait d'une modification de l'une des autres conditions contractuelles (par *exemple*, les frais de location). En ce qui concerne les exigences, les parties devraient envisager de subordonner le renouvellement ou la prolongation à la

satisfaction de toutes les obligations contractuelles ou sur la base d'indicateurs de performance clés spécifiés.

4.51. *Renouvellement et retour.* Si une partie des terres attribuées reste inutilisée au moment du renouvellement et qu'il est peu probable qu'elle soit utilisée, les parties pourraient stipuler que le titre de propriété et les droits connexes sur cette partie particulière soient restitués aux détenteurs légaux et légitimes des droits de propriété (voir généralement le Chapitre 6). L'expiration d'une période initiale ne doit cependant pas être utilisée comme un moyen pour le gouvernement de prendre le contrôle d'un projet réussi.

4.52. *Renégociations.* Si les parties n'incluent pas de clause de renouvellement ou si la clause n'anticipe pas un problème particulier qui se pose, la volonté des parties de prolonger ou de renouveler un contrat peut impliquer des renégociations, avec ou sans mécanismes de règlement des litiges (voir le Chapitre 7). Ces renégociations doivent être menées de bonne foi, en temps utile et de manière inclusive, afin d'éviter des négociations prolongées et des désaccords et de garantir que l'investissement agricole reste productif, durable et responsable.

II. LES QUESTIONS SOCIALES ET ÉCONOMIQUES

4.53. *Introduction. Introduction.* Lors de l'examen des dispositions contractuelles qui déterminent les droits et obligations substantiels des parties en matière sociale et économique, il convient de garder à l'esprit deux mises en garde.

4.54. *Les questions couvertes sont vastes et complexes, et la pratique contractuelle est très différente :* Ces différences reflètent non seulement la diversité du droit applicable, mais aussi celle des produits concernés, des configurations commerciales et d'autres facteurs contextuels. Par exemple, les dispositions contractuelles qui déterminent les droits et obligations des parties en matière sociale et économique diffèrent considérablement selon que l'entreprise implique un bail à long terme, une coentreprise ou une installation 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, les paragraphes suivants visent à identifier les questions clés à prendre en compte plutôt qu'à fournir des orientations détaillées sur des clauses ou des accords spécifiques.

4.55. *Bien que les questions soient examinées séparément dans un souci de clarté, dans la pratique, elles sont souvent étroitement liées et des compromis peuvent éventuellement être trouvés entre différents domaines :* Par exemple, les

obligations des investisseurs de développer des infrastructures sociales ou publiques pourraient avoir des répercussions sur le montage financier (par exemple, les parties convenant qu'une partie des avantages économiques est fournie en nature plutôt que sous forme de revenus). Ces compromis exigent des choix réfléchis, et les parties contractantes peuvent légitimement adopter des approches différentes. Toutefois, le droit national et international fixe des paramètres auxquels les parties ne peuvent déroger dans leurs négociations,¹⁷⁷ par exemple en ce qui concerne le respect des droits du travail et des droits de l'homme.

4.56. *Plan de section.* Cette partie examine les pratiques, les questions et les compromis qui peuvent survenir en matière sociale et économique, mais pour comprendre ces droits et obligations spécifiques, il est nécessaire de les analyser dans le contexte du contrat dans son ensemble. Ce faisant, elle aborde les éventuelles dispositions contractuelles et les orientations connexes en matière de : (A) contributions monétaires ; (B) création d'emplois, accès aux emplois et droits du travail ; (C) contenu local et transformation ; (D) agriculture contractuelle, programmes de sous-traitance et relations dans la chaîne d'approvisionnement ; (E) fonds de développement communautaire et infrastructure sociale.

A. Contributions monétaires

4.57. *En général. En général.* Les contributions monétaires sont un type possible de considération économique dans les CITA. Elles peuvent prendre différentes formes, en fonction de la nature du contrat. Les frais de location de terrain sont un type de revenu courant. Ils peuvent être calculés sur la base d'un taux fixe, que l'investisseur doit payer au concédant indépendamment de la performance du projet (modèles à revenu fixe) ; comme une part de la production ou des bénéfices (modèles de partage des revenus ou des bénéfices) ; ou comme une combinaison de composantes à revenu fixe et de partage des revenus. Dans les coentreprises, le subventionneur peut avoir droit à des dividendes de la société en participation. Selon les circonstances, d'autres contributions monétaires peuvent également s'appliquer aux relations entre l'investisseur et le concédant. De manière plus générale, tout au long du processus de négociation contractuelle, les parties doivent prêter une attention particulière à la question de savoir dans quelle devise les paiements doivent être effectués, ainsi qu'aux questions connexes telles que

¹⁷⁷ ONU. 2015. [Principes pour des contrats responsables](#). Intégration de la gestion des risques liés aux droits de l'homme dans les négociations de contrats entre l'État et les investisseurs.

la question de savoir qui assume les risques liés aux fluctuations des taux de change.

4.58. *Revenus.* En outre, l'investisseur sera dans la plupart des cas tenu d'apporter des revenus aux pouvoirs publics. Il peut s'agir de frais liés, par exemple, au prélèvement d'eau et aux permis environnementaux et autres. Il s'agit aussi généralement de taxes telles que l'impôt sur les 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 frais de location de terrains aux taxes - peuvent être regroupées dans un même montage financier.

4.59. *Dispositions contractuelles.* Le droit interne tend à jouer un rôle prépondérant dans la réglementation des obligations monétaires (voir le Chapitre 1.I.A). Nonobstant le rôle du droit national, les CITA, comme c'est généralement le cas pour les contrats à long terme, contiennent très souvent des dispositions traitant des obligations monétaires. Celles-ci peuvent aider à clarifier les paiements applicables tels que déterminés par le droit national. Elles permettent également aux parties d'adapter leurs droits et obligations aux circonstances spécifiques du projet. En matière de fiscalité, cependant, l'application du droit national - plutôt que la négociation de régimes fiscaux adaptés - crée des conditions équitables, accroît la transparence et réduit les possibilités de corruption. Et si de nombreux contrats prévoient des exceptions au droit fiscal généralement applicable (par exemple sous la forme de divers avantages fiscaux offerts aux investisseurs étrangers par les États qui cherchent à encourager les investissements étrangers),¹⁷⁸ il est largement reconnu que le contrat ne doit pas accorder d'exemptions qui ne sont pas envisagées par le droit national.¹⁷⁹

4.60. *Diverses solutions.* Il n'y a pas de solution unique lorsqu'il s'agit de concevoir des obligations monétaires. Les secteurs des produits de base et les juridictions nationales diffèrent, et les parties contractantes peuvent avoir des préférences différentes. Lorsque le concédant est une autorité publique, des questions politiques de grande envergure peuvent être en jeu au-delà des seuls

¹⁷⁸ OCDE. 2009. [Investissement étranger dans l'agriculture des pays en développement - enjeux, implications politiques et réponse internationale](#). "Pour eux, l'investissement étranger direct est considéré comme un facteur potentiellement important pour combler le déficit d'investissement, bien que l'on ne sache pas exactement dans quelle mesure ces investissements répondent à leurs besoins réels. Les avantages financiers des transferts d'actifs pour les pays d'accueil semblent peu importants. Les loyers fonciers demandés sont généralement faibles, voire nuls, par exemple, alors que les divers avantages fiscaux offerts aux investisseurs étrangers signifient un manque à gagner fiscal".

¹⁷⁹ OCDE. 2011. [Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales](#), par. II (5).

Les droits et obligations des parties

revenus. Par exemple, les redevances sur l'eau pourraient inciter l'investisseur à utiliser l'eau de manière efficace. Cette situation exige un examen attentif et global des dimensions monétaires et non monétaires.

4.61. *Compromis et besoin d'expertise.* Différentes combinaisons de flux de recettes peuvent conduire à des résultats différents en termes de répartition des recettes dans le temps, de partage des risques entre les parties et de facilité de recouvrement des recettes. Les compromis qui en résultent doivent être traités par des choix éclairés qui reflètent le contexte spécifique et les préférences des parties. Comme les avocats n'ont peut-être pas la formation ou l'expertise nécessaires pour traiter ces questions difficiles, la modélisation financière et l'expertise économique sont nécessaires pour éclairer les négociations contractuelles.

4.62. *Méthodes de calcul des revenus fixes.* Par rapport aux modèles de partage des recettes ou des bénéfices, par exemple, les accords à revenu fixe sont généralement plus faciles à gérer et sont souvent plus transparents. Ils procurent également au bailleur de fonds un revenu indépendamment du rendement des investissements. D'autre part, le partage des revenus ou des bénéfices dépend de la réussite de la production et de la vente, bien que les implications de cette situation varient selon que les accords de partage sont basés sur les bénéfices ou sur les revenus bruts.

4.63. *Partage des bénéfices et des revenus.* Le partage des bénéfices tend à être particulièrement complexe - parce que l'entreprise peut mettre un certain temps à devenir rentable (par exemple, en raison de la nécessité de récupérer d'abord les coûts d'investissement), et en raison du risque de déplacement des bénéfices. D'autre part, lorsque le partage est basé sur les recettes brutes plutôt que sur les bénéfices, les paiements seraient liés au chiffre d'affaires, indépendamment de la rentabilité. Dans les projets réussis, les formes de partage des revenus pourraient permettre au subventionneur de recevoir un revenu plus important sur la durée du projet, bien que - par rapport aux approches à revenu fixe - les modèles de partage soient également associés à une plus grande incertitude. Certains contrats combinent l'utilisation de flux de revenus fixes et de partage des revenus.

4.64. *Les entreprises communes.* Une participation dans une entreprise commune 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 gestion. Toutefois, les dividendes dépendent de la rentabilité de l'entreprise, et des études empiriques sur les coentreprises entre communautés et

investisseurs dans le domaine de l'agriculture ont mis en évidence l'efficacité limitée de la représentation au conseil d'administration ou l'absence de versement de dividendes dans certains cas. En outre, les accords de coentreprise sont intrinsèquement complexes. En tant que tels, ils nécessitent un examen attentif et des mesures ciblées pour remédier aux déséquilibres dans les informations, les ressources et les capacités respectives des parties.

4.65. *Le temps et la forme.* Outre les montants dus, le contrat détermine généralement le moment et la forme des contributions monétaires, y compris les dispositions relatives à l'inexécution et aux intérêts de retard. Lorsque le concédant est un État et que le contrat porte sur des questions fiscales, les parties doivent envisager d'établir des garanties contractuelles contre les abus en matière de prix de transfert, afin de s'assurer que les impôts dus sont effectivement payés, si la législation nationale ne traite pas ces questions de manière adéquate.¹⁸⁰ Il peut s'agir d'exiger que les transactions entre l'investisseur et les sociétés affiliées se fassent dans des conditions de pleine concurrence, et que l'investisseur conserve et divulgue des données et des registres précis et contemporains.

4.66. *Capitalisation.* Afin de garantir que l'investisseur dispose de ressources suffisantes pour réaliser l'investissement et assumer les responsabilités qui y sont liées, certaines CITA exigent également des niveaux minimums de capitalisation, c'est-à-dire le montant de ses propres capitaux dont dispose une société pour ses activités. Par exemple, le contrat peut prévoir que le ratio d'endettement de l'investisseur ne doit à aucun moment dépasser une valeur déterminée.

4.67. *Lien avec la révision périodique.* Les clauses contractuelles doivent prévoir des révisions périodiques des obligations monétaires des parties. Ces révisions 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 du montage financier (voir la Section V.A.5 concernant la notification et la révision périodique). Les clauses les plus efficaces précisent le calendrier des révisions

¹⁸⁰ Le prix de transfert désigne le prix des transactions qui ont lieu entre des sociétés appartenant à un même groupe commercial ("filiales"). Les transactions peuvent inclure la vente de biens tels que des intrants ou des produits, la fourniture de services tels que la construction, la gestion ou la commercialisation, la concession de licences de droits de propriété intellectuelle tels que des technologies brevetées, ou des prêts entre la filiale locale et d'autres sociétés appartenant au même groupe d'entreprises. Dans les grands groupes comptant de nombreuses filiales, ces transactions intra-entreprises font partie de la vie commerciale ordinaire. Mais les prix de transfert offrent des possibilités d'évitement fiscal. Chaque coût que l'entreprise attribue à des opérations en dehors du pays d'accueil a pour effet de réduire l'assiette fiscale dans ce pays. Et en manipulant les prix des biens, les honoraires des services, les redevances sur les brevets ou les intérêts sur les prêts, l'investisseur peut déplacer les bénéfices de la société constituée localement vers des filiales situées dans des juridictions où la fiscalité est moins élevée.

périodiques, exigent des parties qu'elles négocient de bonne foi les paiements révisés et identifient les dispositions permettant de déterminer les révisions si les parties ne peuvent pas se mettre d'accord - par exemple, par le biais d'une détermination par un expert indépendant nommé conjointement par les parties.

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

4.68. *En général.* L'emploi est souvent l'un des avantages les plus importants que les investisseurs vantent. Toutefois, il existe un risque qu'un investissement foncier agricole donné ne soit pas à la hauteur des attentes créées et que les emplois ne puissent pas compenser la perte de terres. En effet, selon le contexte, les terres et les ressources naturelles peuvent conférer des avantages collectifs aux populations rurales, tandis que les emplois impliquent généralement des opportunités pour les individus. Il est souvent impossible pour les investissements de fournir des emplois à tous ceux qui perdent des terres.

4.69. *Importance des emplois de qualité.* En outre, alors que les transferts de terres impliquent généralement la perte d'un actif permanent, les emplois sont souvent saisonniers, limités à une période déterminée (par exemple dans la phase de construction) ou soumis à des changements de conditions économiques. Et si l'accent est souvent mis sur le nombre d'emplois que le projet créerait, il est également important d'examiner la qualité des emplois créés et de garantir des conditions d'emploi décentes et de veiller à ce que les droits du travail soient respectés.

4.70. *Objet des dispositions relatives à l'emploi.* Les dispositions contractuelles régissant l'emploi visent à garantir que les prestations promises se concrétisent. 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 collectivités locales. Elles portent souvent sur trois questions interdépendantes : la création d'emplois, l'accès aux emplois et les droits du travail et les conditions d'emploi.

4.71. *Création d'emplois.* Il est souvent difficile de prévoir le nombre précis des différents types d'emplois que le projet va générer pendant sa durée - notamment parce que des facteurs économiques externes et souvent imprévisibles peuvent avoir des répercussions importantes sur le projet. Les contrats ne peuvent à eux seuls garantir la création d'emplois difficiles à maintenir en termes économiques. Par conséquent, 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 cherche à résoudre ces problèmes.

4.72. *Objectifs d'emploi.* Dans certains contrats, l'investisseur "déclare" qu'il "envisage" de créer un nombre donné d'emplois. Bien qu'une telle formulation puisse ne pas créer d'obligations exécutoires dans de nombreuses juridictions, l'insertion d'engagements plus spécifiques de la part de l'investisseur à employer un nombre déterminé de personnes en énumérant des chiffres dans le contrat et en prévoyant des possibilités de révisions périodiques à la lumière de l'évolution de la situation économique peut contribuer à clarifier les attentes communes des parties. Cela peut également constituer une référence utile pour le suivi du projet.

4.73. *Sauvegarde concernant les objectifs en matière d'emploi.* Les parties peuvent élaborer des clauses pour compenser les situations où la création d'emplois est nettement inférieure aux attentes. Cela pourrait être le cas, par exemple, si 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 que les parties négocient d'autres avantages tels que des paiements monétaires accrus ou des investissements dans l'infrastructure sociale.

4.74. *Accès à l'emploi : postes non qualifiés.* Outre la création d'emplois, l'accès à l'emploi est un autre défi récurrent dans les investissements agricoles. Les personnes qui perdent des terres pour la mise en œuvre d'un projet ont souvent du mal à accéder aux possibilités d'emploi que le projet crée. Certains contrats exigent que les postes non qualifiés soient occupés par des ressortissants locaux - ou même des personnes de la zone du projet ou de ses environs - chaque fois que cela est possible. De telles dispositions présupposent qu'une main-d'œuvre locale soit disponible pour occuper ces emplois.

4.75. *Des postes qualifiés.* Certains contrats prévoient que les ressortissants locaux - ou éventuellement les personnes originaires de la zone du projet ou de ses environs - doivent être prioritaires dans le recrutement, les possibilités de formation et les promotions pour les postes qualifiés (par exemple, les postes de direction et les postes techniques). Ces clauses visent à garantir que l'investissement apporte une valeur ajoutée dans le pays d'accueil. Pour garantir l'efficacité de ces clauses, certains contrats fixent des objectifs de pourcentage de main-d'œuvre qualifiée pour les ressortissants locaux et établissent des échelles mobiles, en vertu desquelles les objectifs de pourcentage d'emploi local pour les postes qualifiés augmentent pendant toute la durée du projet.

4.76. *Améliorer l'emploi.* Dans ces arrangements contractuels, au début de la mise en œuvre du projet, les travailleurs locaux peuvent occuper principalement des postes non qualifiés, mais des échelles mobiles ambitieuses associées à des exigences de renforcement des capacités visent à accroître le nombre d'employés

locaux occupant des postes techniques et de direction. Pour que ces échelles mobiles fonctionnent, les contrats doivent fixer des objectifs réalistes à la lumière des conditions socio-économiques dominantes, des exigences spécifiques en matière d'éducation et de formation sur le lieu de travail, y compris des calendriers et, le cas échéant, des engagements financiers annuels minimums, ainsi que des dispositions efficaces en matière de rapports et de suivi.

4.77. *Différenciation sexuelle et sociale.* Le genre et les autres différenciations sociales sont des questions importantes dans les relations de travail agricoles, en partie à cause de la ségrégation professionnelle. Dans les plantations agricoles, par exemple, les femmes sont souvent recrutées comme travailleurs temporaires, sans contrat et à la pièce. Cela signifie que les protections du droit du travail peuvent ne pas s'appliquer, et que les femmes peuvent être moins bien payées 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 l'état matrimonial en matière de recrutement, de formation, de rémunération, de conditions d'emploi, de promotion et de licenciement. Mais ces dispositions sont souvent inefficaces pour lutter contre les pratiques socio-économiques discriminatoires fondées sur le sexe qui sont bien ancrées.

4.78. *Réduire la ségrégation professionnelle.* Les contrats peuvent renforcer ces exigences générales par des mesures visant à réduire la ségrégation professionnelle - par exemple, en garantissant que tout objectif d'accès à l'emploi (y compris, mais pas seulement, les postes qualifiés) et aux possibilités de formation soit ventilé par sexe. Une approche similaire peut être adoptée en ce qui concerne d'autres sources de différenciation sociale importantes au niveau local, par exemple l'ethnicité (garantir qu'un groupe particulièrement touché ait accès à une part équitable des possibilités d'emploi et de formation) ou l'âge (faciliter l'accès aux possibilités pour les jeunes qui peuvent avoir des terres limitées).¹⁸¹

4.79. *Conditions d'emploi et relations de travail.* Une troisième série de questions concerne le respect des droits du travail internationalement reconnus, ainsi que des normes de santé, de sécurité et autres normes sur le lieu de travail.¹⁸² La plupart des États sont légalement tenus de le faire en vertu de leur adhésion à l'Organisation internationale du travail (OIT) ou de leur ratification des conventions pertinentes de l'OIT. En plus des instruments internationaux, le droit du travail national joue un rôle clé dans le traitement des questions relatives aux droits du travail. Cela comprend, par exemple, la législation régissant la liberté

¹⁸¹ [Principes du CSA-RAI](#), principe 4.

¹⁸² *Id.* principe 2 ; [VGGT](#), par. 12.4

d'association et la négociation collective, la législation sur le salaire minimum ou le salaire vital, les règlements sur les grèves, les conditions d'emploi, la santé et la sécurité, et la protection contre le licenciement abusif.

4.80. *Aborder le droit du travail dans le contrat.* Le contrat peut préciser que le projet doit être conforme au droit national et il peut aborder des questions spécifiques de droit du travail 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 aux employés et à leurs personnes à charge (par exemple, soins médicaux, logement ou éducation). Elle peut également réglementer ou restreindre l'utilisation de produits chimiques toxiques spécifiques ou exiger de l'investisseur qu'il forme les travailleurs à l'utilisation d'équipements de protection.

4.81. *Adhésion aux instruments internationaux.* Une approche consiste à exiger dans le contrat l'adhésion aux 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, le cas échéant, ou la norme de performance 2 de la SFI. Ce dernier fixe des exigences de base telles que le respect du droit national, 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.

4.82. *Lien vers le suivi.* Pour faciliter le suivi, le contrat doit exiger de l'investisseur qu'il conserve des données et des dossiers précis sur la création d'emplois, l'accès aux emplois et le respect des droits du travail, et qu'il fasse régulièrement rapport sur les progrès réalisés. Il devrait également conférer au concédant des pouvoirs proportionnés pour contrôler le respect des dispositions, y compris le droit d'inspecter les locaux.

C. Contenu local et traitement

4.83. *En général.* S'assurer que le projet favorise un développement économique inclusif dans la zone du projet ou dans le pays en général est souvent une considération clé pour le bailleur de fonds - surtout lorsqu'il s'agit d'un gouvernement ou d'une autre autorité publique.¹⁸³ Pourtant, un défi récurrent des investissements basés sur les ressources est qu'ils peuvent créer des liens

¹⁸³ [Principes du CSA-RAI](#), principe 2.

inadéquats avec l'économie locale. En conséquence, les investissements peuvent contribuer à l'économie nationale au niveau macro, par exemple en termes de PIB ou de balance des paiements, mais ont néanmoins un impact limité sur la réduction de la pauvreté. Plusieurs États ont adopté des lois qui cherchent à maximiser les liens positifs avec l'économie locale. Selon les circonstances, des clauses contractuelles ont également été utilisées à des fins similaires.

4.84. *Considérations.* Ce numéro présente plusieurs dimensions. L'une d'elles concerne la transformation : 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 valeur ajoutée nationale - en exigeant ou en encourageant les entreprises à effectuer au moins une partie de la transformation à l'intérieur du pays. La manière dont ces politiques sont traduites en pratique contractuelle dépend des circonstances de l'investissement agricole concerné.

4.85. *Traitement local.* Dans certains cas, la transformation agro-industrielle fait partie de la conception du projet dès le début. Cela peut être le cas pour les denrées périssables qui doivent être transformées peu après la récolte, et pour les entreprises qui visent le marché intérieur. Par exemple, de nombreux projets concernant la canne à sucre impliquent le développement d'une installation de transformation pour la production de sucre ou d'éthanol. Dans de telles situations, des contrats efficaces peuvent fixer des paramètres clairs, basés sur l'étude de faisabilité du projet, pour la construction et l'exploitation de l'usine de transformation - y compris des plans de développement, des objectifs spécifiques basés sur la valeur de vente, des calendriers connexes et des dispositions de suivi.

4.86. *Encourager la transformation locale.* Dans d'autres situations, la conception du projet telle que proposée à l'origine par l'investisseur implique une production agricole à l'exclusion de toute transformation locale significative. Cela peut être particulièrement pertinent pour les denrées non périssables qui peuvent être transportées sur des distances moyennes à longues. Toutefois, même dans ces cas, le concédant peut négocier pour que le contrat exige qu'au moins une certaine partie de la production soit transformée localement. Les clauses contractuelles définissent alors les paramètres de ces exigences de transformation locale. La législation nationale a également été déployée pour encourager ou exiger la transformation locale.

4.87. *Incitations à la transformation.* Dans d'autres situations, le contrat crée des incitations pour l'investisseur à inclure la transformation locale à un stade ultérieur, par exemple par des dispositions détaillées qui obligent l'investisseur à évaluer la viabilité de la transformation locale, conditionnent l'extension du contrat à une part déterminée de la production transformée dans le pays dans un délai

déterminé, ou exigent de l'investisseur qu'il vende un pourcentage de sa production à des installations de transformation qui pourraient être établies dans le pays par des tiers à l'avenir. Bien qu'il y ait de la place pour l'ingéniosité juridique dans ces domaines, la viabilité économique est, en fin de compte, une considération importante.

4.88. *Contenu local.* Une autre question concerne l'approvisionnement en biens et services nécessaires à la mise en œuvre du projet, allant de l'équipement aux services de restauration. Certaines lois ou contrats contiennent des clauses de "contenu local" qui obligent l'investisseur à s'approvisionner ou à accorder la préférence aux biens et services vendus par des entreprises locales. Cela peut, par exemple, obliger l'investisseur à donner la priorité aux biens et services locaux 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 de fournisseurs alternatifs disponibles au niveau international.

4.89. *Exigences de performance.* Les preuves empiriques de l'efficacité de ces "exigences de performance" sont mitigées et, d'une manière générale, les dispositions légales ont peu de chances d'avoir un effet significatif s'il n'y a pas de capacité locale à saisir les opportunités commerciales créées. Par conséquent, il est essentiel de rendre les entreprises plus compétitives pour promouvoir des liens économiques positifs, que les clauses de contenu local soient utilisées ou non. Toutefois, de nombreux États ont historiquement eu recours à des exigences de performance dans leurs efforts d'industrialisation, y compris de nombreux États qui sont actuellement classés comme à haut revenu. Les exigences de performance font partie de l'arsenal politique dont disposent les pouvoirs publics pour régir les investissements en terres agricoles.

4.90. *Considérations relatives aux exigences de performance.* Lorsque des exigences de performance sont utilisées, elles doivent être bien réfléchies si l'on veut qu'elles aient l'effet souhaité. Par exemple, certains contrats exigent que l'investisseur contribue au renforcement des capacités des entreprises locales dans les domaines critiques des services et de l'approvisionnement, et qu'il restructure les achats au fil du temps afin de rendre la fourniture locale de biens et de services plus réalisable. Étant donné que les investissements impliquent souvent de longues chaînes d'entrepreneurs et de sous-traitants, les meilleures pratiques contractuelles précisent également que les exigences de performance s'appliquent aux activités économiques menées par les entrepreneurs et les sous-traitants et étendent les obligations de déclaration à ces opérateurs. Certains

contrats exigent de l'investisseur qu'il prenne des mesures proactives spécifiques pour diffuser des informations aux fournisseurs et sous-traitants potentiels.

4.91. *Objectifs de contenu local.* Les dispositions relatives au contenu local peuvent également préciser les objectifs que l'investisseur doit atteindre auprès de certains types d'entreprises, telles que les petites et moyennes entreprises, ou auprès d'entreprises détenues ou gérées par des groupes particuliers, tels que les femmes ou les jeunes. Les exigences en matière de contenu local et de traitement doivent être accompagnées de dispositions correspondantes en matière de notification et de suivi. Par exemple, le contrat peut exiger de l'investisseur qu'il présente des plans annuels sur les performances de toute installation de traitement ou sur les progrès accomplis dans la réalisation des objectifs en matière de contenu local. En utilisant les exigences de performance, les États doivent être conscients 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 ont pu ratifier.

D. L'agriculture contractuelle, les programmes de sous-traitance et les relations dans la chaîne d'approvisionnement

4.92. *En général.* Les Directives volontaires appellent les États à "soutenir les investissements des petits exploitants ainsi que les investissements publics et privés sensibles aux besoins des petits exploitants".¹⁸⁴ Ils déclarent également que les investissements responsables "devraient être réalisés en partenariat avec [...] les détenteurs locaux de droits de propriété", et que "les États devraient envisager de promouvoir une série de modèles de production et d'investissement qui n'aboutissent pas à un transfert à grande échelle des droits de propriété aux investisseurs, et devraient encourager les partenariats avec les détenteurs locaux de droits de propriété". Des¹⁸⁵ dispositions comparables encourageant la collaboration avec les petits producteurs ruraux sont également contenues dans les principes du CFS-RAI.¹⁸⁶

4.93. *Approvisionnement en produits.* Dans la pratique, de nombreuses entreprises agroalimentaires choisissent de s'approvisionner en produits agricoles auprès de producteurs indépendants, y compris de petits exploitants. Dans certains cas, l'entreprise achète la plupart ou même la totalité des produits aux producteurs et concentre ses propres opérations sur l'agrégation, la

¹⁸⁴ [VGGT](#), par. 12.2.

¹⁸⁵ *Id.*, par. 12.4 et 12.6.

¹⁸⁶ [Principes du CSA-RAI](#), par. 4.

transformation ou la distribution. Dans d'autres cas, l'entreprise gère sa propre plantation et s'approvisionne en produits supplémentaires auprès de producteurs indépendants, ce qui lui permet d'accroître sa capacité de production de manière plus souple.

4.94. *Variété de contrats d'agriculture contractuelle.* Les relations entre l'entreprise et les producteurs sont extrêmement diverses : des transactions au comptant, éventuellement par l'intermédiaire d'une chaîne de négociants et d'intermédiaires, aux accords d'agriculture contractuelle étroitement coordonnés.¹⁸⁷ L'agriculture contractuelle est elle-même extrêmement diversifiée, notamment en ce qui concerne son degré de formalisation et la nature des parties impliquées. Certains systèmes d'agriculture contractuelle reposent sur un accord bilatéral entre l'entreprise et les agriculteurs, qui peuvent choisir de commercer individuellement ou par l'intermédiaire de coopératives, tandis que d'autres sont des accords multilatéraux qui impliquent également des prêteurs, des assureurs ou d'autres prestataires de services. Si, dans de nombreux cas, les agriculteurs cultivent des terres dont ils sont propriétaires ou auxquelles ils ont accès de manière indépendante, dans d'autres, la société sous-loue des terres en concession aux cultivateurs.¹⁸⁸

4.95. *Les 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 englobent les caractéristiques structurelles de la chaîne de valeur concernée, les considérations commerciales et les choix politiques. En outre, les accords de collaboration entre l'agroalimentaire et les petits producteurs agricoles peuvent offrir des moyens de subsistance ; mais ils peuvent également exposer les agriculteurs à des arrangements d'exploitation et à des risques importants, comme dans le cas de l'endettement et des accords de prix déloyaux.

4.96. *Le droit interne et le contrat.* Dans plusieurs États, la législation nationale régit les relations au sein de la chaîne d'approvisionnement et protège les droits des agriculteurs. Des orientations internationales sont également disponibles pour traiter les questions relatives à la terre, au travail et autres dans les chaînes d'approvisionnement agricoles.¹⁸⁹ Les contrats influencent également les termes

¹⁸⁷ Pour des conseils et des orientations sur les contrats d'agriculture contractuelle, y compris la description des clauses contractuelles les plus courantes, la discussion des questions juridiques et des problèmes critiques afin de promouvoir les meilleures pratiques, voir le site UNIDROIT/FAO/FIDA. 2015. [Guide juridique sur l'agriculture contractuelle](#).

¹⁸⁸ Pour des modèles d'agriculture contractuelle responsable, voir : FAO/Institut international du développement durable (IIDD), [Modèle d'accord pour une agriculture contractuelle responsable](#), 2018.

¹⁸⁹ Par exemple, l'OCDE, la FAO. 2016. [Orientations pour des chaînes d'approvisionnement agricole responsables](#).

de toute relation de la chaîne d'approvisionnement. De multiples contrats seront en jeu au-delà du CITA lui-même. Dans de nombreux cas, il s'agira de contrats directs entre l'investisseur et des agriculteurs individuels ou des coopératives d'agriculteurs - bien que des arrangements plus informels soient également courants. Les différents contrats sont interdépendants et doivent être considérés dans leur globalité. Toutefois, le présent guide se concentre sur les dispositions de l'accord entre l'investisseur et le donateur.¹⁹⁰

4.97. *Encourager un système de culture hors sol.* Selon la situation, le contrat entre l'investisseur et le bailleur de fonds peut encourager ou même exiger de l'investisseur qu'il élabore des dispositions contractuelles avec les petits producteurs ruraux. Les parties doivent toutefois veiller à ne pas imposer de programmes de plantations satellites à des producteurs réticents. Toute disposition contractuelle obligatoire doit être fondée non seulement sur l'étude de faisabilité du projet, mais aussi sur un engagement profond et efficace avec les producteurs locaux afin de garantir que le programme de plantations satellites répond à leurs aspirations en matière de développement et que leur participation au programme est pleinement consensuelle.

4.98. *Évaluer les modèles d'investissement.* Selon le contexte et le cadre juridique applicable, un protocole d'accord autorisant l'investisseur à réaliser une étude de faisabilité pourrait exiger que l'étude évalue les modèles d'investissement qui impliquent une collaboration avec les petits producteurs ruraux, sur la base d'une consultation et, le cas échéant, du consentement des titulaires légitimes de droits fonciers et des petits producteurs agricoles ; les données de l'étude peuvent alors être utilisées pour éclairer la négociation du contrat entre l'investisseur et le donateur.

4.99. *Exigences contractuelles concernant les cultivateurs sous-traitants.* Lorsqu'un programme de cultivateurs sous-traitants répond à une demande locale, le CITA peut exiger obligatoirement que l'investisseur développe un tel programme selon certaines spécifications et certains délais, en précisant que la mise en œuvre de ces dispositions doit également être basée sur la consultation des communautés affectées. Le contrat entre l'investisseur et le donateur peut également faciliter l'accès à des opportunités dans le cadre du programme de cultivateurs sous-traitants pour des groupes spécifiques, tels que les femmes et les jeunes. Lorsque le contrat exige que l'investisseur mette en place un programme de cultivateurs sous-traitants, il doit également identifier les modalités de suivi et les sanctions en cas de non-respect - par exemple, en

¹⁹⁰ Pour des conseils sur les contrats investisseurs-agriculteurs, voir UNIDROIT/FAO/FIDA. 2015. [Guide juridique sur l'agriculture contractuelle](#).

précisant que le fait de ne pas développer le programme de cultivateurs sous-traitants conformément aux spécifications constituerait une violation matérielle du contrat et un motif de résiliation du contrat.

4.100. *Paramètres minimums.* Reconnaisant les asymétries de pouvoir de négociation qui peuvent exister entre l'investisseur et les petits producteurs ruraux, et afin d'atténuer le risque d'accords inéquitables, le contrat entre l'investisseur et le donateur peut également fixer des paramètres minimums auxquels tout accord ultérieur entre l'investisseur et l'agriculteur doit se conformer. Outre l'établissement d'un plancher pour le contenu des accords agricoles, cette approche confère au concédant un rôle contractuellement défini dans le contrôle et l'application du respect des dispositions - une considération importante étant donné qu'il est souvent difficile pour les agriculteurs d'appliquer légalement leurs accords agricoles.

4.101. *Aspects clés à aborder.* Les principaux paramètres à établir pour le contrat entre l'investisseur et le donateur comprennent l'obligation d'acheter des produits aux agriculteurs jusqu'à des niveaux de production spécifiés, sous réserve de normes de qualité généralement considérées comme raisonnables dans le secteur ; l'¹⁹¹obligation pour l'investisseur de fournir une formation et un soutien aux capacités des agriculteurs, ainsi que les modalités et les délais correspondants ; les normes de qualité applicables aux intrants (par exemple, semences, produits agrochimiques) fournis par l'investisseur ; et le prix des produits achetés aux agriculteurs locaux, basé sur des prix de référence minimums fixés au niveau international, et des intrants que les agriculteurs achètent à l'investisseur.

4.102. *Producteurs et ventes secondaires.* Le cas échéant, le contrat entre le concédant et l'investisseur doit également traiter de la vente parallèle, un problème récurrent dans de nombreux accords d'agriculture contractuelle, en créant des incitations efficaces pour que les parties restent engagées dans la relation tout en protégeant les agriculteurs contre des sanctions disproportionnées.

4.103. *Les protections des cultivateurs.* Si les cultivateurs sous-traitants cultivent les terres attribuées à l'investisseur, le contrat doit également prévoir des garanties pour assurer leurs droits de propriété, de sorte qu'ils ne puissent pas être expulsés arbitrairement en cas de défaillance. Si la société doit fournir des crédits aux agriculteurs, le contrat entre l'investisseur et l'État doit réglementer les conditions de crédit, par exemple en ce qui concerne les taux d'intérêt ou les

¹⁹¹ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 5.1.6, selon lequel la prestation doit être d'une qualité raisonnable et non inférieure à la moyenne dans les circonstances.

déductions de paiement et le rééchelonnement, de manière à atténuer le risque d'endettement des agriculteurs. Le contrat investisseur-subventionneur doit exiger de l'investisseur qu'il mette en place un mécanisme de réclamation pour entendre les plaintes des cultivateurs sous-traitants.

E. Fonds de développement communautaire et infrastructures sociales

4.104. *En général. En général.* De nombreux contrats exigent de l'investisseur qu'il fournisse des contributions monétaires ou en nature pour des infrastructures sociales et des projets communautaires dans la zone d'investissement ou à proximité. Lorsque le bailleur de fonds est la collectivité locale ou une autorité locale qui la représente, cet élément peut constituer une partie particulièrement importante des obligations économiques globales de l'investisseur. Lorsque le bailleur de fonds est l'État, les obligations relatives aux fonds de développement communautaire et aux infrastructures sociales constituent un moyen de garantir que le projet bénéficie aux groupes locaux en fonction de leurs priorités de développement.

4.105. *Partage des revenus.* Selon les dispositions constitutionnelles et administratives, les obligations contractuelles de l'investisseur peuvent être liées aux dispositions qui régissent la répartition des avantages économiques entre les organes du gouvernement central et des collectivités locales. On constate également une expérience croissante en matière d'accords entre la collectivité et l'investisseur qui complètent le contrat entre le concédant et l'investisseur et précisent la nature des obligations de l'investisseur. Ces accords entre la communauté et l'investisseur peuvent couvrir plusieurs questions abordées dans les sections précédentes, par exemple en ce qui concerne l'emploi ou les cultivateurs sous-traitants. Selon les préférences des parties, ils incluent aussi généralement des obligations de l'investisseur en ce qui concerne l'établissement et le financement d'un fonds de développement communautaire ou la fourniture et la garantie du fonctionnement continu d'infrastructures sociales telles que des écoles ou des cliniques.

4.106. *Variété de pratiques contractuelles.* La pratique contractuelle dans ce domaine est extrêmement variée, reflétant la diversité des situations et des configurations contractuelles. Si des fonds de développement communautaire ou des engagements en matière d'infrastructures sociales sont inclus dans le contrat entre le bailleur de fonds et l'investisseur, ou dans des accords séparés entre la communauté et l'investisseur, toute disposition contractuelle doit être basée sur

la consultation de la communauté et, le cas échéant, sur le CPLCC.¹⁹² Les dispositions doivent également établir des obligations claires, spécifiques, exécutoires et limitées dans le temps, ainsi que les exigences de reporting et de suivi qui s'y rapportent, et prévoir des sanctions efficaces en cas de non-respect - y compris la résiliation du contrat principal en cas de manquement important s'il n'est pas corrigé dans un délai déterminé.

4.107. *Questions à traiter.* Lorsque le contrat prévoit un fonds de développement communautaire, en fonction de la situation, il doit également préciser comment ces fonds doivent être gérés - par exemple, en créant un comité et en clarifiant sa composition et son fonctionnement, y compris la représentation effective des différents groupes d'acteurs locaux. Une attention particulière doit être accordée aux questions de différenciation sociale et de genre - par exemple, en assurant une représentation adéquate des femmes et des groupes défavorisés dans tout comité établi pour gérer le fonds de développement communautaire.

III. ENVIRONNEMENT

4.108. *Introduction. Introduction.* L'investissement en terres agricoles dépend fortement de la disponibilité et de la qualité des ressources naturelles. Toutefois, ces investissements sont souvent associés à des risques et des impacts environnementaux liés à la pollution de ces mêmes ressources naturelles (par exemple, l'eau, le sol, l'air), à la dégradation des forêts et à la perte de biodiversité. Les risques et impacts environnementaux varient selon le type d'écologie locale, le type de cultures agricoles et le système de gestion environnementale en place. En plus de créer des défis environnementaux, ces questions présentent également des dimensions 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 conséquences non seulement pour l'environnement en soi, mais aussi pour l'exercice du droit de l'homme à un environnement sûr, propre et sain. Malgré ce qui précède, les investissements en terres agricoles peuvent également avoir des effets positifs s'ils sont menés de manière responsable et durable. L'utilisation des ressources naturelles devrait être optimisée et la protection de l'environnement devrait être incluse dans le cadre du CITA et des accords connexes et ne pas être considérée isolément.¹⁹³

¹⁹² [VGGT](#) fait référence à la consultation/participation et au CPLCC, ainsi qu'à la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones (2007) et à la Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (1989).

¹⁹³ Déclaration de Rio des Nations unies sur l'environnement et le développement. 1992, principe 4.

A. Considérations générales

4.109. *Droit applicable.* Comme indiqué brièvement au Chapitre 1, le droit national et le droit international jouent un rôle clé dans l'établissement des règles, des institutions et des processus impliqués dans la protection de l'environnement. Comme nous l'avons vu au Chapitre 3.IV.B, par exemple, le droit de l'environnement exige généralement une évaluation des incidences sur l'environnement pour les projets d'investissement qui peuvent avoir des effets importants sur l'environnement, et il définit les principaux paramètres de fond et de procédure.

4.110. *Rôle des contrats dans la protection de l'environnement.* Le CITA, en tant que l'une des sources de la réglementation applicable à l'opération, peut jouer un rôle important dans la protection de l'environnement en comblant les lacunes de la réglementation lorsque le cadre juridique national peut présenter des lacunes ou des omissions. Alors que certains contrats peuvent exiger que le projet soit conforme aux lois nationales applicables, tant actuelles que futures, d'autres peuvent "compléter" les garanties environnementales nationales applicables en imposant le respect de normes internationales ou régionales. En d'autres termes, les contrats peuvent renforcer les obligations environnementales qui sont déjà requises par les lois nationales et internationales, ainsi qu'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 environnementale devraient donc constituer un objectif inviolable et partagé par les parties contractantes.

B. Questions et obligations

4.111. *Introduction.* Le droit national, régional et international de l'environnement adopté et appliqué dans chaque juridiction est différent, et les parties au contrat peuvent avoir des préférences différentes en ce qui concerne les obligations environnementales. Toutefois, sur la base des principes généraux du droit de l'environnement (par exemple, l'obligation de réaliser une évaluation des incidences sur l'environnement, la prévention, le principe de précaution, le principe du pollueur-payeur, l'accès à l'information et la non-régression), cette section examine un ensemble non exhaustif de questions environnementales et de bonnes pratiques environnementales qui devraient être adoptées en permanence, avant, pendant et après la mise en œuvre des CITA.

4.112. *Évaluations des incidences sur l'environnement et obligations contractuelles.* Comme mentionné précédemment dans le guide, une EIE doit être considérée comme une condition préalable au contrat et comme faisant partie de

l'obligation de diligence raisonnable (voir le Chapitre 3.IV.B) à entreprendre idéalement avant le début de l'investissement foncier agricole, comme une pratique *sine qua non*. Les conclusions de l'EIE peuvent être incluses en tant qu'obligations contractuelles contraignantes pour clarifier, qualifier et quantifier les questions environnementales qui doivent être contrôlées pendant la durée de vie du projet d'investissement. Dans d'autres cas, l'EIE est réalisée après la signature du contrat, et le contrat ne prend effet qu'une fois que l'investisseur a reçu les permis environnementaux basés sur les conclusions de l'EIE (voir le Chapitre 3.V.B). Dans ces cas, le contrat doit préciser les délais de réalisation de l'EIE et ses modalités (par exemple, la passation de marchés avec des experts environnementaux indépendants). La clause peut également énoncer d'autres conditions et exigences telles que : la divulgation d'informations et la participation du public au processus d'EIE ; l'élaboration de plans de gestion environnementale pour mettre en œuvre les mesures identifiées par l'EIE ; et l'élaboration de rapports environnementaux périodiques, examinés par les institutions compétentes et accessibles à tous les publics intéressés et aux parties prenantes concernées. Des dispositions contractuelles devraient exiger de l'investisseur qu'il se conforme au plan de gestion environnementale et préciser les conséquences de son non-respect.

4.113. *Prévenir la pollution*. Selon le principe du pollueur-payeur, les¹⁹⁴ investisseurs en terres agricoles devraient être responsables des dommages environnementaux causés par l'utilisation de produits chimiques et le rejet de polluants, tels que les substances qui appauvrissent la couche d'ozone,¹⁹⁵ et devraient supporter les coûts de prévention, de contrôle et de nettoyage de la pollution, ainsi qu'être prêts à couvrir les coûts de réparation et de compensation. La législation nationale régit généralement ces questions, et les contrats peuvent combler les lacunes le cas échéant. Les meilleures pratiques contractuelles sont mises en évidence dans les paragraphes suivants.

4.114. *Approche écosystémique*. La bonne pratique consiste à adopter une approche écosystémique qui peut être définie comme "une stratégie de gestion intégrée des terres, de l'eau et des ressources vivantes qui favorise la conservation et l'utilisation durable de manière équitable".¹⁹⁶ L'approche écosystémique est basée sur l'application de méthodologies scientifiques

¹⁹⁴ Déclaration de Rio des Nations unies sur l'environnement et le développement. 1992, principe 16

¹⁹⁵ Pour la liste des substances, voir le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (1987).

¹⁹⁶ Pour plus d'informations sur l'approche écosystémique, voir Convention sur la diversité biologique (1992).

appropriées axées sur les niveaux d'organisation biologique qui englobent les processus, les fonctions et les interactions essentiels entre les organismes et leur environnement. L'approche écosystémique reconnaît que les humains, avec leur diversité culturelle, sont une composante intégrale des écosystèmes.

4.115. *Protéger l'eau.* Les parties doivent examiner attentivement les questions relatives à l'eau, notamment en négociant des dispositions contractuelles qui précisent et limitent les droits sur l'eau accordés à l'investisseur, le cas échéant. Par exemple, l'accès à l'eau et le prélèvement d'eau dans les projets d'agriculture irriguée peuvent être traités comme un droit connexe de l'investisseur (voir la Section I.B.2 ci-dessus), à réexaminer pendant la durée du contrat en fonction des conditions environnementales présentes et futures et des besoins des titulaires légitimes de droits d'occupation et des communautés concernées. Les clauses contractuelles doivent calibrer les droits à l'eau de l'investisseur pour s'assurer qu'ils n'interfèrent pas avec l'approvisionnement en eau d'autres groupes ou individus, d'autres activités agricoles et des lieux d'abreuvement des animaux. La législation nationale, ou à défaut le contrat, doit également clarifier la manière dont les droits d'eau sont déterminés. En outre, les dispositions contractuelles peuvent également prévoir la réattribution des droits d'eau lorsque les circonstances l'exigent pendant la mise en œuvre du projet ; préciser le type d'eau qui peut être utilisé (par exemple, eau de surface ou souterraine, de rivière ou de mer, etc.) ; et régir la gestion de la pollution et des rejets pour garantir que, pendant toute la durée des activités, tous les employés et les communautés résidentielles sont approvisionnés en eau potable propre et sûre.

4.116. *Prévenir la dégradation des sols.* Les parties devraient également examiner les questions relatives au contrôle de la qualité des sols. Par exemple, la rotation des cultures, les pratiques de cultures intercalaires¹⁹⁷ et les options agricoles agro-écologiques peuvent conserver et améliorer la biodiversité des sols et prévenir l'érosion des sols. Les questions de désertification doivent également être prises en compte, le cas échéant.¹⁹⁸

4.117. *Conserver la biodiversité, prévenir la déforestation et sauvegarder les services écosystémiques.* Des garanties environnementales devraient être établies pour prévenir et minimiser la dégradation, la déforestation et la perte de biodiversité.¹⁹⁹ Alors que certaines terres sont identifiées comme étant propices à l'agriculture, d'autres doivent être protégées en raison de leur haute valeur de

¹⁹⁷ Pour de plus amples informations, voir : FAO. 2017. Directives volontaires pour la gestion durable des sols.

¹⁹⁸ Voir, par exemple : Convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification (UNCCD)

¹⁹⁹ [VGGT](#), p. 24.

conservation (HCV) ou de leur stock de carbone élevé (HCS). Le droit national et international de l'environnement définit des zones protégées où les investissements en terres agricoles doivent être évités.²⁰⁰ Des dispositions contractuelles peuvent préciser ces aspects, par exemple par des engagements explicites et mesurables sur la déforestation, et des systèmes efficaces de contrôle et de suivi. Les CITA peuvent également préciser les interdictions d'introduction d'espèces exotiques envahissantes ou les mesures de protection des espèces menacées,²⁰¹ selon le cas.

4.118. *Interdiction de certains produits chimiques dans l'agriculture.* Les contrats peuvent également réglementer l'utilisation des produits chimiques dans l'agriculture.²⁰² En outre, la biosécurité et l'accès aux ressources génétiques peuvent soulever des questions complexes qui peuvent avoir une incidence directe sur les investissements en terres agricoles.²⁰³ Certains États ont interdit l'utilisation de semences et d'organismes génétiquement modifiés, ainsi que l'utilisation de certains produits chimiques et pesticides, afin de protéger leur biodiversité et d'éviter les risques pour la santé humaine. Les parties devraient adopter l'approche de précaution pour protéger l'environnement chaque fois qu'il existe une suspicion raisonnable de dommage et une incertitude scientifique.²⁰⁴

4.119. *Les connaissances traditionnelles.* Les parties devraient envisager des arrangements contractuels qui réitérent l'impératif de respecter et de protéger les connaissances traditionnelles et le patrimoine culturel des détenteurs légitimes de droits de propriété, des communautés locales et des peuples autochtones. Les

²⁰⁰ Voir, par exemple : Convention relative aux zones humides d'importance internationale (1971) ; les zones protégées identifiées par l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) ; et les réserves de biosphère de l'UNESCO.

²⁰¹ Pour plus d'informations, voir : Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (1973) et la liste rouge des espèces menacées de l'UICN.

²⁰² Le Code international de conduite pour la distribution et l'utilisation des pesticides de la FAO (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 produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international (1998).

²⁰³ Au-delà du respect des exigences du droit national, les contractants peuvent prendre en considération les exigences de la Convention sur la diversité biologique (1992) et du Protocole de Carthagène sur la biosécurité (2000) et du Protocole de Nagoya sur l'accès et le partage des avantages (2010) qui y sont liés, ainsi que les dispositions pertinentes du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (2009).

²⁰⁴ L'importance de l'approche de précaution est reconnue par le principe 15 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992), et par de nombreux traités environnementaux.

liens entre la diversité culturelle, la diversité biologique et la durabilité environnementale doivent être dûment pris en compte dans le processus d'élaboration d'un CITA. Les meilleures pratiques s'appuient sur des approches locales adaptées au contexte spécifique ; il est donc important que les parties comprennent les systèmes coutumiers de protection de l'environnement utilisés par les détenteurs légitimes de droits d'occupation et les communautés affectées, ainsi que toute préoccupation ou priorité locale spécifique liée à la biodiversité qui pourrait exiger des parties qu'elles élaborent des obligations de conservation adaptées.

4.120. *Atténuer le changement climatique et s'y adapter.* Les intersections entre le changement climatique, les droits de l'homme et l'agriculture doivent être prises en compte lors de la négociation et de la mise en œuvre des CITA. L'augmentation des températures et les phénomènes météorologiques extrêmes (tempêtes et sécheresses, par exemple) provoqués par le changement climatique affectent les cultures et la production animale.²⁰⁵ L'accord de Paris sur le changement climatique reconnaît le rôle important de l'agriculture, en particulier pour la gestion de "l'utilisation des terres, du changement d'affectation des terres et de la foresterie (UTCATF)", directe et indirecte.²⁰⁶ Les VGGT demandent que le changement climatique soit pleinement pris en compte dans la gouvernance de l'occupation des sols.²⁰⁷ Pour ce faire, les parties devraient poursuivre des modèles d'investissement en terres agricoles qui tiennent compte du climat. Lors de l'élaboration des obligations liées au climat, les parties contractantes doivent tenir compte des contributions nationales déterminées (NDC) de l'État adoptées dans le cadre de l'accord de Paris, en particulier si le gouvernement est le concédant. Les clauses contractuelles peuvent impliquer, par exemple, l'adoption d'approches agro-écologiques et de pratiques d'élevage sensibles au climat visant à la fois des émissions nettes nulles et/ou la séquestration des émissions de gaz à effet de serre (GES), comme la culture de zones agricoles à fort et long potentiel de séquestration du carbone comme les tourbières et les forêts, un travail du sol faible à nul, des cultures multiples pour réduire l'évapotranspiration et l'érosion des sols, et l'amélioration de la santé et de la fertilité des sols, ainsi qu'une meilleure utilisation des nutriments. Les clauses contractuelles peuvent également porter sur la fourniture d'un soutien technique et le développement des capacités

²⁰⁵ Pour plus d'informations, voir *Changement climatique et terres : Un rapport spécial du GIEC sur le changement climatique, la désertification, la dégradation des terres, la gestion durable des terres, la sécurité alimentaire et les flux de gaz à effet de serre dans les écosystèmes terrestres* (2019).

²⁰⁶ Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (1992).

²⁰⁷ [VGGT](#), chap. 6.

liées aux technologies sensibles au climat et sur l'obligation de réduire, de surveiller et de rendre compte des émissions de GES.

4.121. *Adopter une bonne gestion 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 parties doivent réglementer la gestion des déchets pendant la durée du projet et²⁰⁸ développer des approches visant à réduire la consommation et à recycler les matériaux de production.

4.122. *Surveillance et rapports sur la protection de l'environnement.* La transparence et l'accès à l'information sont essentiels pour une protection efficace de l'environnement. Les parties ont le devoir de coopérer lors du contrôle des obligations contractuelles, y compris en ce qui concerne les obligations environnementales. Le contrôle et la divulgation des informations environnementales peuvent être mis en œuvre par les parties contractantes ainsi que par d'autres, par exemple par le biais de systèmes de certification privés. C'est un devoir et un droit pour le concédant de surveiller les impacts environnementaux.²⁰⁹ Les parties peuvent convenir au préalable des autorités qui auront ces droits et décider si une notification préalable est nécessaire.²¹⁰ L'adoption d'audits environnementaux est considérée comme une pratique courante et devrait donc être intégrée dans les CITA afin de garantir une surveillance environnementale efficace.

4.123. *Fermeture du projet et restauration de l'environnement.* Les meilleures pratiques consistent à adopter une clause de déclassement, à transférer les obligations environnementales aux nouveaux investisseurs et à stipuler les conditions dans lesquelles le terrain doit être restitué au concédant (voir le Chapitre 6). Des obligations et assurances environnementales, ainsi que des obligations de nettoyage et de replantation peuvent être appliquées. Selon le principe du pollueur-payeur, les investisseurs doivent supporter le coût de la réparation environnementale et si le rétablissement des conditions antérieures n'est pas possible, une obligation d'indemnisation du concédant peut être appliquée.

²⁰⁸ La Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (1989) énumère certains types de déchets qui doivent faire l'objet d'une attention particulière en matière d'élimination.

²⁰⁹ [Principes du CSA-RAI](#), paragraphe 50 ; [VGGT](#), paragraphe 12.12.

²¹⁰ C'est une pratique courante dans l'agriculture contractuelle. Voir UNIDROIT/FAO/IFAD. 2015. [Guide juridique sur l'agriculture contractuelle](#), p. 109.

4.124. *Le non-respect des obligations environnementales.* Le non-respect peut constituer un manquement important au contrat. Le type de responsabilité juridique environnementale appliqué pour prévenir et réparer les dommages environnementaux dépendra du droit applicable. La relation contractuelle peut être suspendue jusqu'au rétablissement de la conformité, ou les parties peuvent décider de résilier le contrat lorsque, par exemple, la non-exécution d'une obligation environnementale essentielle affecte substantiellement les attentes légitimes de l'une des parties. Le non-respect des obligations environnementales contractuelles peut faire peser la charge de la preuve sur l'investisseur, sur la base du principe de précaution. Les mécanismes non judiciaires, tels que les mécanismes de réclamation environnementale,²¹¹ peuvent fournir des outils pour l'identification et la résolution des problèmes de non-performance environnementale (voir le Chapitre 7).

IV. LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ET DE L'AUTONOMIE RÉGLEMENTAIRE

4.125. *Introduction. Introduction.* Les États ont le devoir de protéger les droits de l'homme et de promulguer des règlements qui sont dans l'intérêt du public.²¹² Cependant, les investisseurs peuvent être préoccupés par une action publique qui pourrait nuire à leurs activités et exiger des garanties juridiques pour protéger leurs actifs. Selon les circonstances, des tensions peuvent surgir entre la protection des investissements et le devoir de l'État de réglementer dans l'intérêt du public. Ces questions nécessitent une réflexion approfondie, y compris dans le

²¹¹ Les mécanismes de réclamation qui peuvent être utilisés pour traiter les plaintes en matière d'environnement comprennent, par exemple, au niveau international : le Panel d'inspection de la Banque mondiale, la Société financière internationale (conseiller en conformité - ombudsman) et le point de contact national de l'OCDE.

²¹² Voir les [Principes directeurs des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme](#), Principes fondamentaux ("Les États doivent protéger contre les violations des droits de l'homme sur leur territoire et/ou sous leur juridiction par des tiers, y compris des entreprises commerciales. Cela implique de prendre des mesures appropriées pour prévenir, enquêter, punir et réparer ces abus par des politiques, des lois, des règlements et des décisions efficaces"). Voir également les [principes du CSA-RAI](#), paragraphe 33 ("Les États devraient veiller, dans la mesure du possible, à ce que les actions liées à l'investissement responsable dans les systèmes agricoles et alimentaires, tant dans le pays qu'à l'étranger, soient conformes à leurs obligations existantes en vertu du droit national et international et des accords internationaux relatifs au commerce et à l'investissement, en tenant dûment compte des engagements volontaires pris au titre des instruments régionaux et internationaux applicables. Les États devraient conserver une marge d'action nationale suffisante pour remplir leurs obligations en matière de droits de l'homme lorsqu'ils poursuivent des objectifs politiques liés aux entreprises avec d'autres États et entreprises commerciales, par exemple par le biais de traités ou de contrats d'investissement, conformément aux principes directeurs des Nations unies).

contexte de l'élaboration et de la mise en œuvre du CITA. Étant donné le rôle des gouvernements dans la détermination de la politique d'investissement en général et des protections en particulier, les orientations de cette partie sont orientées vers les CITA entre investisseurs et gouvernements.²¹³

4.126. *Contexte.* Les gouvernements peuvent offrir une protection des investissements de trois manières principales. Premièrement, ils peuvent légiférer sur des codes d'investissement nationaux, qui établissent des incitations et des protections pour promouvoir ou faciliter ces investissements. Deuxièmement, ils peuvent conclure des accords internationaux d'investissement (AII), qui offrent des protections aux investisseurs d'un autre État partie à cet accord qui effectuent 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 convenir de prévoir certaines protections dans le CITA qu'ils concluent avec l'investisseur. Dans chacun de ces cadres, les gouvernements, ou les parties contractantes dans le cas des CITA, peuvent établir des normes de protection substantielles. En outre, les gouvernements peuvent inclure un consentement à l'arbitrage, donnant ainsi aux investisseurs le droit de porter plainte directement contre eux. En l'absence d'un tel consentement, les investisseurs seraient tributaires d'autres formes de règlement des litiges (voir le Chapitre 7).

4.127. *Compléter le droit applicable et l'importance de l'équilibre.* Bien que les codes d'investissement et les AII s'appliquent à tous les investissements couverts, les parties à un CITA peuvent décider de compléter ces règles par des clauses contractuelles offrant des protections substantielles (par *exemple*, protection contre l'expropriation, sécurité physique et juridique et consentement à l'arbitrage. L'utilisation de telles clauses doit toutefois être soigneusement étudiée afin de garantir un juste équilibre entre le souhait de l'investisseur de bénéficier d'un environnement juridique prévisible qui rend son investissement plus sûr et la nécessité pour le gouvernement concédant d'agir dans l'intérêt du public, notamment pour protéger les droits de l'homme et la sécurité alimentaire.²¹⁴

4.128. *Plan de section.* Dans la recherche d'un juste équilibre entre la protection des investissements et l'autonomie réglementaire, trois questions à prendre en

²¹³ Pour des conseils complets sur la politique d'investissement, voir CNUCED, [Cadre de la politique d'investissement pour le développement durable](#).

²¹⁴ [Principes directeurs de l'ONU sur les entreprises et les droits de l'homme](#), principe 9 (appelant les États à "maintenir une marge de manœuvre suffisante en matière de politique intérieure pour s'acquitter de leurs obligations en matière de droits de l'homme" lors de la négociation de contrats entre investisseurs et États).

compte sont brièvement abordées ci-dessous : (A) l'expropriation ; (B) la sécurité physique ; et (C) la stabilisation et la sécurité juridique.

A. Expropriation

4.129. *En général.* Les gouvernements ont le droit, dans certaines circonstances, d'exproprier (c'est-à-dire de prendre possession) des biens. Comme indiqué au Chapitre 3, les gouvernements peuvent exproprier des droits fonciers afin de pouvoir les accorder à des investisseurs pour un projet d'investissement. Cependant, cette section traite des protections dont disposent les investisseurs contre l'expropriation de leur investissement. Elle traite de ce qui peut être couvert par ces protections, de la manière dont l'expropriation est définie à cet égard, ainsi que des conditions d'expropriation légale et d'indemnisation.

4.130. *Définition.* La définition d'une expropriation et les investissements couverts par une protection contre l'expropriation varient selon les codes d'investissement, les AII et les CITA. La définition est particulièrement importante car les litiges surviennent non seulement dans les situations où le gouvernement prend officiellement le titre de propriété de l'investissement (c'est-à-dire l'expropriation directe), mais aussi dans les situations où le gouvernement est présumé avoir porté atteinte aux droits d'un investisseur sans prendre officiellement le titre de propriété de l'investissement (c'est-à-dire l'expropriation indirecte ou la prise réglementaire). La plupart des AII font référence à l'expropriation indirecte (par *exemple* en couvrant ce que l'on appelle fréquemment des mesures équivalent à l'expropriation ou similaires) mais, même lorsqu'ils sont expressément inclus, il peut être difficile de déterminer si une expropriation indirecte a eu lieu, et les conséquences peuvent être importantes. De nombreux AII précisent également que les contrats, ou les droits qui en découlent, tels qu'un CITA, sont des investissements couverts et peuvent donc faire l'objet d'une expropriation. La détermination que la promulgation d'une loi ou d'un règlement pour des objectifs légitimes de politique publique (par *exemple*, l'environnement ou la santé publique) constitue une prise d'investissement, et donc que les autorités doivent indemniser les investisseurs affectés, peut avoir des implications de grande portée sur la capacité des États à réglementer dans l'intérêt public. Pour les investisseurs, le fait de déterminer que le texte ne constitue pas une prise de position signifie qu'ils n'ont généralement pas droit à une indemnisation.

4.131. *Circonstances.* Tout manquement d'un gouvernement concédant à certaines obligations d'une CITA n'équivaut pas à une expropriation. De même, toute action gouvernementale qui affecte un contrat d'investissement entre un investisseur étranger et une communauté locale ne constituera pas une

expropriation. En effet, les gouvernements peuvent exercer leur droit d'expropriation en toute légalité lorsqu'ils remplissent certains critères. En général, l'expropriation doit être faite pour un but public, sur une base non discriminatoire et avec le paiement d'une indemnisation rapide, adéquate et efficace.²¹⁵

4.132. *Norme d'indemnisation.* Les normes d'indemnisation peuvent varier en fonction du traité ou du droit applicable, mais une mesure courante dans les AII est celle de l'indemnisation "rapide, adéquate et efficace". Les exigences d'une indemnisation "prompte" et "effective" - à verser respectivement sans retard injustifié et dans une monnaie convertible - sont généralement sans controverse. La détermination de l'indemnisation "adéquate" est cependant plus difficile. Les traités internationaux d'investissement exigent généralement la juste valeur marchande de l'investissement exproprié, mais il existe différentes méthodes pour déterminer cette valeur (par *exemple*, la méthode des flux de trésorerie actualisés, la valeur comptable, la valeur de remplacement). Le choix de la méthode la plus appropriée dépend des circonstances particulières.

4.133. *Les clauses contractuelles.* Certaines CITA comportent des clauses qui traitent de l'expropriation. Les investisseurs peuvent particulièrement apprécier ces clauses en l'absence d'un AII applicable comportant des protections contre l'expropriation, ou lorsque les dispositions sont jugées insuffisantes d'une manière ou d'une autre. Lorsque le contrat comporte une clause d'expropriation, il doit préciser, si nécessaire, la couverture, la définition, les circonstances et la norme d'indemnisation, tout en visant à équilibrer la protection de l'investisseur et l'espace réglementaire du gouvernement concédant.

B. Sécurité physique

4.134. *En général.* La sécurité physique des investissements en terres agricoles consiste généralement à protéger les opérations de l'investissement contre le vol, la destruction des biens, les occupations, la violence envers le personnel ou d'autres menaces. Elle peut impliquer des engagements de la part du gouvernement à fournir une sécurité adéquate pour l'investissement, ou bien elle peut permettre à l'investisseur d'engager des agents de sécurité pour surveiller les lieux.

4.135. *Clauses de sécurité.* Les clauses contractuelles sur la sécurité physique peuvent définir une série d'activités de sécurité, notamment les exigences en matière d'embauche et de formation pour toute sécurité engagée par

²¹⁵ LA CNUCED. 2012. [Expropriation - Une suite](#). Série sur les questions relatives aux accords internationaux d'investissement II.

l'investisseur, les exigences en matière de rapports et de surveillance, et les exigences en matière de coordination avec les forces de l'ordre locales. Elles doivent inclure une exigence positive d'adhésion aux Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme, qui ont été élaborés par certains gouvernements, entreprises du secteur privé et groupes de la société civile pour aider les entreprises à assurer la sûreté et la sécurité de leurs opérations tout en respectant les droits de l'homme.²¹⁶

4.136. *Considérations.* Ces questions doivent être soigneusement examinées et les clauses soigneusement rédigées afin d'éviter et d'atténuer tout risque lié aux droits de l'homme et de remédier à tout abus et détournement qui pourrait se produire, notamment par le biais d'un mécanisme de réclamation crédible (voir le Chapitre 7). En règle générale, un investissement agricole responsable ne devrait pas nécessiter de mesures de sécurité autres que celles habituellement prévues par le gouvernement : la nécessité d'une "militarisation" par le biais de mesures de sécurité étendues peut être un signal d'alarme indiquant que le contexte local n'est pas propice ou favorable à l'investissement proposé.

C. Stabilisation et sécurité des droits

4.137. *En général.* Pour atténuer le risque d'une action unilatérale arbitraire, les investisseurs ont parfois cherché à négocier des clauses contractuelles qui assurent la stabilité à long terme du droit applicable et la sécurité de leurs droits. La formulation de ces "clauses de stabilisation" est très variable. Certaines clauses visent à "geler" le droit applicable aux normes en vigueur à un moment donné, en excluant l'application d'une législation ultérieure. D'autre part, les clauses d'équilibre économique lient les changements défavorables de la loi à l'exigence que le concédant rétablisse l'équilibre économique du contrat - par exemple, par la renégociation du contrat ou éventuellement le paiement d'une indemnité. Les clauses hybrides combinent à la fois des éléments de gel et d'équilibre économique.

4.138. *Préoccupations concernant les clauses de stabilisation.* Des inquiétudes ont été exprimées quant au fait que les clauses de stabilisation pourraient entraver la mise en œuvre par un gouvernement de mesures sociales, environnementales ou économiques méritoires. Des règles plus strictes en matière de consultation communautaire, de droits de l'homme, de relations de travail, de santé et de sécurité, et de protection de l'environnement - pour ne citer que quelques exemples potentiellement pertinents - pourraient nuire aux investissements et

²¹⁶ Voir la Déclaration des Nations unies sur les défenseurs des droits de l'homme (1999).

déclencher l'application des clauses de stabilisation. La crainte est que les États doivent exempter les projets des nouvelles mesures ; sinon, si les États doivent supporter les coûts engendrés par ces mesures, ils pourraient être découragés d'agir en premier lieu, en particulier lorsque les finances publiques sont mises à rude épreuve.

4.139. *Les clauses de stabilisation ne sont pas nécessaires.* Étant donné qu'elles soulèvent une foule de questions sensibles, les clauses de stabilisation ne devraient pas être automatiquement incluses dans un CITA. Si un investisseur souhaite obtenir un engagement de stabilisation, il doit être invité à en démontrer la nécessité, et le gouvernement doit sérieusement examiner s'il peut apaiser les inquiétudes des investisseurs par d'autres moyens. Les parties peuvent explorer d'autres moyens d'atténuer le risque réglementaire, tels que l'assurance et la participation de prêteurs multilatéraux. Si un bailleur de fonds 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.

4.140. *Clause d'équilibre économique flexible.* Les diverses formes de clauses de stabilisation ont des implications différentes. Les clauses de gel sont particulièrement rigides, et leur applicabilité peut être douteuse dans certains systèmes juridiques nationaux. Pour ces raisons, la pratique contractuelle a eu tendance à s'orienter vers les clauses d'équilibre économique plus souples. La formulation de tout engagement de stabilisation doit être correctement circonscrite et les actions d'intérêt public en matière sociale et environnementale ne doivent pas être couvertes. Une annexe aux principes directeurs des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme contient un ensemble de principes pour des contrats responsables, qui fournissent des orientations plus détaillées sur l'espace réglementaire et les clauses de stabilisation. Ils précisent que : "Les clauses de stabilisation contractuelles, si elles sont utilisées, doivent être soigneusement rédigées de manière à ce que toute protection des investisseurs contre de futures modifications de la loi n'interfère pas avec les efforts de bonne foi de l'État pour mettre en œuvre des lois, des règlements ou des politiques, de manière non discriminatoire, afin de remplir ses obligations en matière de droits de l'homme".²¹⁷ En outre, 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 ses coûts et de générer un niveau minimum de rendement, ou pour rassurer les prêteurs pendant la durée de leurs prêts - plutôt que d'être laissée ouverte.

²¹⁷

ONU. 2015. [Principes pour des contrats responsables](#), principe 4.

V. LA MISE EN ŒUVRE ET LE SUIVI

4.141. *Introduction.* Les CITA bien équilibrés et les projets d'investissement responsable et durable 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 rendements. Les dispositions contractuelles doivent être mises en œuvre et contrôlées pendant toute la durée du projet, et les informations sur le projet doivent être partagées entre les parties et avec les parties prenantes. En outre, des circonstances externes telles que les prix des matières premières peuvent changer de manière significative pendant la durée du projet, et l'entreprise elle-même peut connaître différentes phases dans les opportunités et les défis auxquels elle est confrontée.

4.142. *Prendre des dispositions et coopérer.* Les parties doivent donc envisager et définir dans des dispositions contractuelles les modalités de gestion de leurs relations pendant toute la durée du projet. Il s'agit notamment d'assurer la bonne mise en œuvre par le suivi des obligations des parties et des impacts permanents du projet (par exemple, par des évaluations d'impact actualisées), les exigences en matière de rapports et le réexamen périodique des obligations des parties à la lumière de l'évolution des circonstances. À cette fin, il est essentiel que chaque partie contractante coopère avec les autres pendant toute la durée du contrat.²¹⁸

4.143. *Importance de la communication ouverte.* Le contrat doit identifier les dispositions visant à faciliter la communication entre les parties, ainsi qu'entre les parties et les communautés locales, allant de simples clauses qui fournissent les points de contact respectifs des parties à des dispositions plus structurées telles que des comités mixtes. Étant donné qu'un manque de communication entre les parties peut entraîner une rupture des relations, les parties doivent veiller à ce que des canaux de communication clairs existent entre les personnes concernées, notamment pour le partage des rapports et autres informations et pour la discussion des préoccupations et des griefs (voir le Chapitre 7). Les options comprennent des dispositions contractuelles définissant : les points de contact, les plans de communication qui précisent les processus de partage des informations, et les comités communautaires, qui remplissent diverses fonctions liées au partage des informations et à l'examen des préoccupations et des griefs. En établissant des plans de communication et des comités communautaires, les parties doivent prendre des mesures pour s'assurer que les femmes, les jeunes

²¹⁸ Voir, par exemple, [UPICC](#), art. 5.1.3 (qui stipule que "chaque partie doit coopérer avec l'autre partie lorsque cette coopération peut raisonnablement être attendue pour l'exécution des obligations de cette partie" et fournit un commentaire entre les parties dans le cadre des contrats à long terme).

et les autres membres de la communauté qui ne sont pas normalement impliqués dans ces discussions puissent accéder à l'information et participer.

4.144. *Plan de section.* Afin d'aider les parties à examiner et à traiter ces questions, la présente partie (A) couvre les principales questions de mise en œuvre, notamment les assurances, les garanties de bonne exécution, les garanties de performance environnementale, ainsi que les avis et les examens périodiques, et (B) donne un aperçu du suivi, y compris des modalités de suivi et de l'importance de la transparence et de l'établissement de rapports.

A. Mise en œuvre

4.145. *Introduction.* La conformité, la notification et le contrôle de l'exécution du contrat sont, tout comme la transparence et l'établissement de rapports, importants pour la réussite d'un projet d'investissement. Cette section aborde brièvement certaines questions clés de conformité - notamment (1) les permis et licences, (2) les assurances, (3) les garanties de bonne exécution, (4) les cautions de bonne exécution environnementale - et traite d'aspects importants liés (5) à la relation continue entre les parties, en particulier la notification et l'examen périodique du contrat et de son exécution.

1. Permis et licences

4.146. *En général.* Les permis ou licences, qui autorisent un projet d'investissement particulier, sont généralement exigés par le droit national, avant la formation ou la mise en œuvre du contrat, et peuvent être réadmis comme une obligation contractuelle que les parties sont appelées à respecter pendant toute la durée de l'exploitation de l'investissement (voir le Chapitre 3.V concernant les conditions préalables). Comme décrit précédemment dans ce guide, celles-ci sont généralement accordées par les autorités publiques (par exemple, les ministères de l'agriculture ou de l'environnement) et peuvent être exigées pour diverses raisons, y compris, par exemple, certaines activités agricoles, l'utilisation de ressources naturelles, la construction d'installations ou d'infrastructures et pour des impacts environnementaux (voir le Chapitre 3.IV).

4.147. *Clauses contractuelles, coordination et émission.* Lors de l'évaluation du cadre juridique (voir le Chapitre 1), les parties doivent envisager et déterminer quelles autorisations sont nécessaires à l'établissement ou au fonctionnement du projet d'investissement. Par souci de clarté, cette identification doit être faite expressément dans le contrat, notamment en énumérant ceux qui pourraient être une condition à l'établissement du projet (voir le Chapitre 3.V.B concernant les conditions). Lorsque le gouvernement est le concédant, le contrat peut indiquer

les cas dans lesquels le gouvernement peut suspendre les permis ou licences concernés, par exemple lorsqu'il existe un risque important de dommage à l'environnement. Si le gouvernement n'est pas le concédant, les parties doivent se coordonner avec les fonctionnaires du gouvernement afin de s'assurer que toutes les dispositions contractuelles à cet égard sont conformes au droit national et de comprendre et finalement de satisfaire toutes les exigences. Les gouvernements devraient veiller à ce que, lorsque les conditions nécessaires sont remplies, les permis ou licences soient délivrés et renouvelés en temps utile et ne soient pas refusés de manière injustifiée.

2. Assurance

4.148. *En général.* L'assurance peut jouer un rôle important en atténuant de nombreux risques du projet, en couvrant des risques tels que l'incendie, le vol, la maladie ou les catastrophes naturelles, les dommages aux biens ou les blessures aux personnes, et la vie ou la santé des employés de l'investissement. Certains États peuvent rendre obligatoire une couverture d'assurance particulière pour les parties, et les CITA et les accords connexes peuvent contenir des obligations spécifiques à cet égard.

4.149. *Disposition.* Les produits d'assurance sont généralement fournis par des entités privées mais peuvent également être proposés par de grandes entités coopératives ou mutuelles, ce qui peut rendre l'assurance plus abordable. Il existe également dans certains États des régimes d'ordre public, qui prévoient des mécanismes de garantie pour les services d'assurance privés ou qui subventionnent une couverture d'assurance minimale, généralement en la liant au crédit accordé dans le cadre de régimes publics. Au-delà des régimes d'assurance, les grandes catastrophes naturelles peuvent être couvertes par des interventions spéciales de l'État offrant un certain niveau de compensation pour les pertes agricoles.

4.150. *Clause contractuelle.* Certains contrats peuvent prévoir des obligations d'assurance. Dans ce cas, le contrat doit préciser quelle partie a l'obligation d'obtenir une assurance et indiquer le type d'assurance à souscrire. 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 (par exemple, 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. Il faut veiller tout

particulièrement à vérifier que la clause d'assurance est conforme aux exigences du droit applicable.

3. Garanties de performance

4.151. *En général.* Dans tout projet important, y compris les investissements en terres agricoles, les parties cherchent à obtenir l'assurance que la contrepartie remplira ses obligations contractuelles et, dans le cas contraire, qu'elle ne subira pas de pertes. Les garanties de bonne exécution sont couramment utilisées pour traiter ces questions dans les projets de construction et d'infrastructure.

4.152. *Les types.* Il existe deux principaux types de garanties de bonne fin - (1) les garanties de bonne fin monétaires et (2) les garanties de bonne fin - bien qu'elles varient d'un investissement à l'autre. Premièrement, dans le cas des garanties monétaires de bonne fin, le garant (par *exemple*, une institution financière) s'engage à verser au gouvernement ou à l'autorité compétente une somme d'argent déterminée et limitée pour satisfaire aux obligations contractées par l'autorité contractante en raison de la défaillance de l'investisseur. Une garantie de bonne fin monétaire peut être un formulaire de contrat, une lettre de crédit stand-by ou une garantie à la demande. Deuxièmement, pour les garanties de bonne exécution, le garant peut soit (a) rectifier ou compléter l'exécution elle-même (par *exemple*, réparer ou finir une route qui a été mal construite ou pas du tout) ; soit (b) s'organiser pour qu'un autre entrepreneur le fasse et ensuite compenser les pertes causées par l'inexécution de l'entrepreneur initial. Le garant se réserve toutefois le droit de respecter ses obligations par le seul paiement d'une somme d'argent.²¹⁹

4.153. *Applicabilité potentielle.* Les garanties de performance sont généralement utilisées dans les projets de construction et d'infrastructure à grande échelle, et non dans les CITA. Les investissements agricoles sont à long terme, et il faut souvent au moins dix ans pour en tirer un quelconque profit, alors que de nombreux projets d'infrastructure peuvent être achevés dans ce laps de temps. Les garanties de bonne fin peuvent néanmoins être utiles pour encourager les investisseurs à se conformer à un CITA, car l'obligation de rembourser la garantie à l'institution financière incite fortement l'investisseur à respecter ses obligations. En conséquence, si les parties entretiennent une relation transparente et coopérative, une garantie de bonne fin peut être un mécanisme approprié pour

²¹⁹ En outre, la garantie d'entretien est un sous-ensemble des garanties d'exécution. Elle protège contre les défaillances futures pendant les phases de démarrage ou de maintenance d'un projet et garantit que le contractant effectuera les réparations ou les travaux de maintenance nécessaires pendant la période suivant l'achèvement du projet.

promouvoir le respect des obligations et pourrait être envisagée pour la mise en œuvre du projet.

4. Garanties de performance environnementale

4.154. *En général.* Les garanties de performance environnementale, ou garanties d'impact environnemental, sont un arrangement par lequel les investisseurs financent des projets environnementaux, et les gouvernements ou d'autres financiers (par *exemple* l'agence de développement) remboursent ce financement à la condition que le bénéfice proposé soit atteint. Ces obligations sont donc similaires à un contrat de paiement à la performance, l'investisseur assumant le risque. Théoriquement, ce mécanisme crée une forte incitation à suivre l'avancement du projet et à s'assurer que les obligations sont respectées. Il encourage également la transparence de la part de l'investisseur, qui cherche à s'assurer qu'il ne fait aucun doute qu'il a atteint les résultats du projet et qu'il fera rembourser l'obligation.

4.155. *Applicabilité potentielle.* Les garanties de performance environnementale peuvent mériter d'être prises en considération par les parties impliquées dans les CITA car elles peuvent établir des objectifs, un calendrier et des récompenses financières claires pour le respect d'objectifs environnementaux spécifiés, tant pour le développement d'un projet que pour la conservation ou la clôture du projet. Compte tenu de l'orientation à court terme et des mesures quantifiables et techniques du succès, ces garanties peuvent être inappropriées pour traiter des problèmes environnementaux à plus long terme (par *exemple*, la pollution de l'eau par diverses sources).

4.156. *Adaptation aux CITA.* Le modèle de garantie de performance environnementale peut être adapté aux CITA, ce qui favorise le suivi et la mise en œuvre. Les investisseurs et les gouvernements pourraient par exemple convenir que certains avantages peuvent être obtenus par l'investisseur (par exemple, des parcelles de terre supplémentaires, un avantage fiscal) pour chaque objectif environnemental spécifique atteint (par *exemple*, la réhabilitation des habitats de la faune et de la flore sauvages, la réduction du ruissellement des engrais et des pesticides dans les sources d'eau). Si l'investisseur n'atteint pas l'objectif dans le délai imparti, il peut être contraint de restituer certaines parcelles de terrain ou de commencer à payer une taxe dont il était auparavant exonéré. Les objectifs et les récompenses spécifiques qui sont délivrés sur des périodes de temps discrètes sont plus susceptibles d'inciter les investisseurs à faire preuve de transparence dans leurs efforts, et pour toutes les parties à contrôler et à respecter leurs obligations contractuelles.

5. Avis et réexamen périodique

4.157. *Avis.* Une communication ouverte et continue est essentielle à la réussite du projet d'investissement. Une clause de notification précise la manière dont les parties doivent communiquer formellement, généralement par écrit. Cette disposition est liée à des obligations particulières du contrat pour lesquelles une notification, dans certaines circonstances, peut être requise. La notification peut être exigée, par exemple, en relation avec les clauses d'option concernant des terrains supplémentaires (voir le Chapitre 4.I.A), les clauses de renouvellement concernant la prolongation du contrat (voir le Chapitre 4.I.D), les excuses pour non-exécution (voir le Chapitre 5.II), le droit de remédier à la non-exécution (voir le Chapitre 5.III.B.), la résiliation (voir le Chapitre 5.III.B.4) et les litiges (voir le Chapitre 7).

4.158. *Révision périodique.* Pour s'assurer que les termes du contrat restent pertinents et appropriés à la lumière de l'évolution des fondamentaux économiques, les parties doivent envisager des révisions programmées ou des renégociations périodiques des termes et établir la procédure de ces révisions et renégociations dans le contrat. Les clauses de révision périodique doivent préciser : le calendrier (par exemple, tous les cinq ans) ; le champ d'application, qui peut être général ou limité à des clauses spécifiques (par exemple, les frais de location) ; et les modalités pratiques permettant aux parties de réviser conjointement les conditions du contrat. Un exemple serait les clauses prévoyant l'ajustement périodique des frais de location de terrains à la lumière de l'évolution des circonstances. Les clauses les plus efficaces prévoient des dispositions pour les situations où les parties ne peuvent pas s'entendre sur les révisions.

4.159. *Modifications et renégociations.* Dans le cadre des révisions périodiques, les parties devraient envisager de spécifier une procédure dans le contrat pour permettre la modification du contrat en fonction des résultats de ces révisions et de l'accord des parties. Une telle procédure pourrait accélérer les renégociations (voir le Chapitre 5.III.B.3) et renforcer la stabilité et la durabilité.

B. Suivi

4.160. *En général.* Des problèmes peuvent survenir, même dans le cadre d'un contrat parfaitement rédigé, si les parties ne contrôlent pas son exécution, ce qui implique d'évaluer le respect par les parties des obligations contractuelles et de toute autre loi applicable, ainsi que les impacts du projet. Le suivi est essentiel pour garantir qu'un CITA et tout accord connexe aboutissent à un projet réussi tant pour l'investisseur que pour le bailleur de fonds et que les bénéfices escomptés de l'investissement soient réalisés, y compris pour les éventuels titulaires légitimes de droits d'occupation et les communautés locales. Le suivi est

toutefois un exercice complexe et difficile, car il peut prendre beaucoup de temps et se dérouler sur une longue période. Cette section décrit (1) les modalités générales de suivi (*par exemple, les questions, les méthodes et les personnes concernées*) afin d'améliorer le suivi des contrats et (2) l'importance de la transparence et de l'établissement de rapports dans le cadre de ces modalités.

1. Arrangements

4.161. *Questions à suivre.* En général, un large éventail de questions peut faire l'objet d'un suivi. Le suivi est lié aux différentes obligations et aux indicateurs clés de performance définis dans le contrat, ainsi qu'aux éventuels impacts sociaux et environnementaux, qui peuvent être liés aux évaluations d'impact et aux plans d'atténuation qui ont été initialement réalisés et établis, respectivement (voir le Chapitre 3). Les questions couvertes comprennent le respect non seulement du cadre réglementaire général, mais aussi des obligations spécifiques du contrat, ainsi que de tout accord connexe, tel que

- l'obligation du concédant d'accorder le droit d'occupation 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, pour protéger les ressources naturelles et, le cas échéant, pour maintenir ou payer des redevances pour les infrastructures existantes ou pour construire de nouvelles infrastructures ;
- les obligations en matière de développement de terrains et de projets, qui peuvent comporter des objectifs et des délais particuliers ;
- les obligations monétaires, telles que les paiements, la participation aux bénéfices et la capitalisation ;
- les obligations sociales, notamment en ce qui concerne la création d'emplois et les droits du travail ; le contenu local et la transformation ; l'agriculture contractuelle, les cultivateurs sous-traitants et les relations avec la chaîne d'approvisionnement ; et les fonds de développement communautaire et l'infrastructure sociale, y compris les aspects liés au genre et à la différenciation ;
- les obligations environnementales, notamment pour protéger l'eau, prévenir la dégradation des sols, conserver la biodiversité, atténuer le changement climatique et s'y adapter, et gérer les déchets

- des obligations de sécurité physique, à la fois pour protéger l'investissement et pour garantir que tout arrangement n'ait pas d'impact négatif sur les titulaires légitimes de droits d'occupation et les communautés locales.

4.162. *Méthodes et normes.* Il existe différentes méthodes pour contrôler le respect des normes et pour collecter les données requises : elles peuvent être réalisées par l'investisseur, le gouvernement, un auditeur indépendant ou une organisation locale. Pour faciliter le suivi et l'application du contrat, les parties doivent veiller à ce que le contrat définisse clairement les méthodes à utiliser pour chaque obligation, ainsi que les indicateurs ou autres aspects à surveiller.²²⁰ Pour certains indicateurs, les parties devraient envisager d'adopter des normes de certification supervisées par des organismes de certification - entités publiques ou privées - qui pourraient être impliqués dans le suivi.

4.163. *Autocontrôle des investisseurs.* Que ce soit en vertu du droit national ou du CITA, les investisseurs doivent être tenus de s'auto-surveiller et de faire des rapports sur certaines questions dans un délai convenu. Les outils d'autocontrôle mis en place peuvent inclure l'invitation de tiers indépendants à évaluer le niveau de conformité, ainsi que les risques éventuels et l'exposition à la conformité.

4.164. *Surveillance des concédants.* Lorsqu'il agit en tant que concédant, le gouvernement peut subordonner le contrat ou son renouvellement au respect de ses obligations par l'investisseur. Cela signifie que si un investisseur ne remplit pas une obligation, les pouvoirs publics peuvent être en droit de demander réparation (voir le Chapitre 5). Même lorsque le gouvernement n'est pas le concédant, il peut avoir la responsabilité de surveiller le projet conformément au cadre juridique applicable par le biais de la législation et des règlements d'application. Cependant, le suivi n'est pas une tâche facile pour de nombreux gouvernements ou communautés locales, car le temps et les ressources nécessaires à un suivi adéquat peuvent être importants. Un autre défi peut se poser en raison de l'approche fragmentée et sectorielle du suivi, qui peut impliquer divers ministères et organismes gouvernementaux (par exemple, le foncier, l'environnement, l'agriculture), chacun ayant son propre domaine d'intérêt et ses propres responsabilités. Dans ces cas, s'il peut être difficile d'assurer une surveillance consolidée de tous les aspects du projet, il est essentiel que la surveillance soit effectuée de manière coordonnée afin de permettre au projet de se dérouler avec un minimum d'interférences.

²²⁰ VGGT Guide technique No. 4, p. 72 (identifiant la documentation possible pour la surveillance et la notification), *id.* tableau 7 (montrant la documentation pour la surveillance et la notification).

4.165. *Contrôle indépendant.* Le contrôle des investisseurs et des bailleurs de fonds comporte des risques, notamment l'absence ou l'excès de rapports et le manque de ressources respectivement. Le contrôle indépendant (*c'est-à-dire par un tiers*) est donc considéré comme une bonne pratique. En conséquence, les parties devraient envisager, en fonction de la taille du projet, de stipuler le contrôle des obligations clés par un auditeur indépendant ou une organisation locale neutre, telle qu'une organisation de la société civile. Les coûts de ce contrôle pourraient être envisagés par les parties lors de la négociation du contrat, et une possibilité pourrait consister à mettre de côté un pourcentage déterminé des recettes du projet.

2. Rapports et transparence

4.166. *Introduction.* Un contrôle efficace est impossible sans une transparence et une information suffisantes. Il s'agit d'outils essentiels dans le domaine des investissements pour la lutte contre la corruption et la protection des droits de l'homme, qui s'inscrivent dans une tendance croissante vers une plus grande transparence des entreprises en général et de ces types d'investissements en particulier. Étant donné la confluence des problèmes et des impacts qui peuvent découler d'un projet d'investissement agricole, la préparation et le partage des rapports peuvent être essentiels à la réussite d'un projet responsable et durable.

4.167. *Contexte.* Les CITA peuvent avoir un impact significatif sur le public, en particulier sur les détenteurs légitimes de droits de propriété et les communautés locales. Ils peuvent apporter des avantages aux communautés locales, mais peuvent également avoir des effets négatifs, en privant les gens de leurs droits de propriété ou en causant des dommages à l'environnement (par exemple, la dégradation des sols due à une agriculture excessive). Il est essentiel de surveiller le respect des règles et les impacts si l'on veut que les acteurs concernés puissent prendre des mesures correctives. Il est également important que le grand public sache comment les entreprises commerciales sont entreprises et mises en œuvre, afin de tenir les parties responsables.

4.168. *Plan de section.* En ce qui concerne les questions liées à la transparence et à l'établissement de rapports, cette section les répartit entre (a) les investisseurs et (b) les bailleurs de fonds. Elle se termine par une brève discussion sur (c) les informations confidentielles, qui peuvent être protégées de la divulgation (par exemple, par la suppression de ces informations dans les documents).

a) Investisseurs

4.169. *En général.* Les obligations de déclaration pour les investisseurs peuvent être prévues par la législation nationale et, dans le cas d'investissements étrangers, par la législation de l'État d'origine de l'investisseur. Les parties doivent connaître les obligations de l'investisseur en matière d'information en vertu de la loi applicable, ainsi que toute autre spécification, et éventuellement y faire référence dans le contrat. Le concédant doit être clair sur ce qui est précisément requis et attendu, y compris les types de rapports et les normes applicables.

4.170. *Les rapports en général.* Les rapports doivent être accessibles, compréhensibles et présentés sans retard injustifié, conformément au droit et au contrat applicables. Bien que les informations fournies doivent être complètes, les parties doivent éviter de publier des rapports inutilement longs qui finissent par obscurcir les informations pertinentes et pourraient constituer une entrave délibérée à la transparence et aux obligations en matière de rapports.

4.171. *Rapports sur les obligations financières et non financières.* L'investisseur doit être responsable de la tenue d'une comptabilité précise conformément aux normes internationales d'information financière (par exemple les normes internationales d'information financière (IFRS), le cas échéant), dans un bureau situé à proximité de la zone d'investissement ou dans l'État dans lequel cette zone est située. Les investisseurs sont généralement chargés de fournir au concédant des états financiers vérifiés, généralement aux frais de l'investisseur. Les investisseurs doivent également se conformer à des normes d'information non financière conformes au droit national et aux normes internationales - telles que la norme ISO 26000, qui fournit des orientations sur la responsabilité sociale.

4.172. *Rapports périodiques.* L'investisseur doit également être responsable de la préparation et de la fourniture de rapports d'activité à des intervalles précis (par exemple, une fois par an ou deux fois par an) qui présentent des résumés des informations clés concernant le projet. Les rapports d'activité pourraient porter, *entre autres, sur les opérations du projet* (par exemple, les quantités produites, la superficie plantée, les mises à jour et les calendriers de développement), l'indemnisation versée au concédant et, le cas échéant, aux titulaires légitimes de droits fonciers et aux communautés locales, et tout impact social ou environnemental, ainsi que toute mesure d'atténuation prise (par exemple, la consommation d'eau). Les parties peuvent convenir dans le contrat de normes de rapport pour des questions particulières, telles que la responsabilité sociale ou la durabilité, ainsi que de la nécessité d'obtenir des certifications convenues.

4.173. *Disponibilité des rapports et des informations connexes.* Si les rapports doivent être partagés entre les parties, celles-ci doivent également examiner quels rapports et informations connexes doivent être mis à disposition de manière plus générale. Outre la divulgation du CITA et de tout accord connexe dans le cadre de la négociation et de la formation du contrat (voir le Chapitre 3.V), les parties devraient inclure une clause contractuelle rendant certains documents (par exemple, les évaluations d'impact et les plans de gestion ; les rapports d'activité) accessibles au public et ouverts à l'inspection (par exemple, dans un bureau accessible ou en ligne),²²¹ sous réserve de la protection des informations confidentielles. En plus de cette divulgation, les parties pourraient veiller à ce que ces documents (ou des résumés de ceux-ci) soient également mis à disposition dans les langues locales et à ce que des réunions régulières continuent d'être organisées avec les communautés locales et d'autres parties prenantes afin de faciliter un engagement et un partage d'informations permanents.

b) Concédants

4.174. *En général.* Les bailleurs de fonds jouent un rôle clé pour assurer la transparence des CITA et des projets connexes. Ils doivent s'assurer que les informations relatives à l'établissement et aux opérations de l'investissement sont disponibles pour les investisseurs, les détenteurs légitimes de droits de jouissance et toute communauté locale qui pourrait être touchée.

4.175. *Les investisseurs.* Pour garantir la transparence des bailleurs de fonds vis-à-vis des investisseurs, ils doivent communiquer avec précision les informations pertinentes dans un format accessible. Pour les gouvernements et les communautés locales, cela inclut les changements concernant le domaine d'investissement (par exemple, changement de titre, constatations environnementales, conflit, projets d'infrastructure pouvant affecter le terrain). Pour les gouvernements en particulier, ces informations comprennent également :

- les lois pertinentes (par exemple, les lois sur les biens immobiliers, les lois commerciales, les procédures d'appel d'offres et de passation de marchés, le droit des contrats, les titres autochtones, les traités internationaux en vigueur)²²², qui peuvent être mises à disposition sur le site web du gouvernement
- des informations budgétaires précises (par exemple, un budget annuel, la divulgation de la balance des paiements, la dette nationale,

²²¹ Voir CNUCED, BM. 2018. CSA-RAI 10, p. 3, tableau 1 (contenant une liste de documents qui pourraient être classés comme privés entre les parties et comme publics).

²²² [VGGT](#), par. 3B (8).

la notation de crédit, les actifs de l'État), qui peuvent être compilées conformément aux normes comptables publiques pertinentes et également mises à disposition sur le site web du gouvernement.

4.176. *Les titulaires légitimes de droits d'occupation, les collectivités locales et le grand public.* Les concédants devraient chercher à inclure une clause contractuelle rendant disponibles certains rapports et informations connexes, sous réserve de la protection des informations confidentielles. En outre, les gouvernements concédants, en particulier, peuvent garantir que les communautés locales et le grand public ont accès aux informations pertinentes concernant le projet d'investissement en établissant, dans le droit national, des exigences claires pour la divulgation des rapports et des informations connexes. En outre, étant donné que différents niveaux de gouvernement peuvent être responsables du contrôle de différents aspects du projet d'investissement, il est important de veiller à ce que les titulaires légitimes de droits de jouissance, les communautés locales et le grand public aient accès aux informations pertinentes à ces différents niveaux.

4.177. *Mécanismes de partage de l'information.* Divers mécanismes peuvent être utilisés par les bailleurs de fonds pour mettre des informations à la disposition des investisseurs et du grand public, tels que des réunions, des sites web et des canaux médiatiques. Le gouvernement, par exemple, peut mettre des informations à disposition sur son site web et les tenir à jour, faciliter les réunions avec l'investisseur et les détenteurs légitimes de droits d'occupation, fournir des communiqués de presse et d'autres informations aux médias, veiller à ce que les parties prenantes intéressées puissent participer aux procédures relatives aux permis et licences du projet et répondre aux demandes d'accès à l'information concernant le projet.

c) *Informations confidentielles*

4.178. *En général. En général.* Lorsqu'ils envisagent la transparence et les obligations d'information connexes - y compris la mise à disposition du public du CITA - certains investisseurs peuvent être préoccupés par la protection des informations commercialement sensibles, qui pourraient être utilisées par des concurrents pour obtenir un avantage. Conformément aux pratiques émergentes en matière de transparence et de divulgation, les informations confidentielles peuvent être supprimées des documents qui doivent être mis à la disposition du public. Ce qui constitue une information confidentielle peut être défini par le droit interne et, en l'absence de telles orientations, pourrait être défini par les parties dans une clause contractuelle. Une plus grande précision quant à ce qui constitue une information confidentielle peut réduire la probabilité de litiges concernant les

expurgations, qui sont censées être limitées et ne devraient pas être utilisées pour protéger des documents entiers de la divulgation.

4.179. *Définir les informations confidentielles.* Les règles de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur le traité pourraient illustrer les moyens par lesquels les parties pourraient établir une définition opérationnelle de l'information confidentielle. L'article 7 de ce règlement fournit une définition de base des informations confidentielles ou protégées :

- des informations commerciales confidentielles ;
- protégés contre la mise à disposition du public en vertu du traité ;
- protégés contre la mise à disposition du public par les lois pertinentes ; et
- des informations qui, si elles étaient divulguées, entraveraient l'application de la loi.

4.180. *Les rédactions.* Les investisseurs et les bailleurs de fonds peuvent expurger les informations qui sont considérées comme confidentielles. Pour la procédure, les règles de la CNUDCI sur la transparence peuvent également servir de source d'inspiration. Elles stipulent que le tribunal arbitral consultera les parties pour déterminer une procédure de coopération pour les expurgations et décidera finalement si des informations particulières doivent être expurgées si les parties ne parviennent pas à un accord. Pour ce faire, des procédures sont mises en place pour assurer l'identification et la rédaction rapides des informations confidentielles. Les parties pourraient suivre une procédure similaire, dans laquelle une tierce partie neutre les aide à se mettre d'accord sur ce qui constitue des informations confidentielles ou protégées, en fixant des délais pour la notification des expurgations qu'elles proposent et en veillant à ce que la procédure dans son ensemble soit rapide et efficace afin de mettre les informations à la disposition du public en temps utile.

4.181. *Divulgarion non autorisée.* Selon le droit applicable et toute disposition pertinente du contrat, la divulgation non autorisée d'informations spécifiques et confidentielles peut constituer une violation de l'obligation de confidentialité. Les parties doivent également prêter attention aux documents contenant des informations qui, bien que non définies comme confidentielles dans le CITA, peuvent néanmoins faire l'objet d'une protection en vertu du droit national. Pour autant que la partie dont les informations ont été divulguées puisse faire la preuve requise d'un préjudice potentiel ou d'un préjudice réel, cette partie peut avoir droit à des dommages-intérêts ou à d'autres recours (voir le Chapitre 5.III.B)

Projet

CHAPITRE 5

LA GESTION DE LA RELATION CONTRACTUELLE PENDANT LA MISE EN ŒUVRE : INEXÉCUTION ET MOYENS CONTRACTUELS

5.1. *Vue d'ensemble.* Les parties à des CITA, qui sont généralement des contrats à long terme et complexes, ainsi que d'autres parties prenantes concernées sont susceptibles de se trouver dans des situations où les droits et obligations (voir le Chapitre 4) prévus ne seront pas exécutés 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 d'une gestion proactive de la relation contractuelle et des relations avec les autres parties prenantes tout au long de la mise en œuvre de l'investissement en terres agricoles et d'atténuer les risques et les répercussions est généralement reconnue. Dans de nombreux systèmes juridiques, cependant, il n'existe aucune orientation sur la façon de traiter les cas d'inexécution et sur les types de recours dont disposent les parties contractantes et les tiers concernés pour obtenir réparation. L'accès à un recours effectif est un principe fondamental des Principes directeurs des Nations Unies ²²³. Il est donc impératif que les parties établissent un plan d'intervention clair, en particulier en incluant des mécanismes contractuels qui puissent être utilisés de manière efficace.

5.2. *Plan d'intervention et droit applicable.* Lorsqu'elles prévoient leur plan d'intervention, les parties devraient tenir compte de l'éventail des moyens que la partie lésée peut exercer en cas d'inexécution en vertu du droit applicable. Les systèmes juridiques varient en ce qui concerne les fondements de l'exercice de chacun des différents moyens, leur contenu et leur portée, ainsi que l'ordre dans lequel ils peuvent être exercés. Les parties doivent également être conscientes de la liberté que leur permet la loi applicable, dans les limites de toute disposition impérative figurant dans diverses sources comme 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).

5.3. *Promouvoir la prévisibilité, la stabilité et la flexibilité.* Dans un souci de prévisibilité et pour maintenir des relations stables pendant la durée prévue des CITA et des accords connexes, 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. Les parties contractantes devraient également être

²²³ [Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme](#) des Nations Unies, pp. 31-2.

conscientes des effets potentiels des cas d'inexécution sur un grand nombre de parties prenantes extérieures, y compris celles qui ne sont pas parties au contrat ou les tiers bénéficiaires. En particulier, les parties doivent examiner avec soin les conséquences que pourraient avoir une inexécution et la mise en œuvre de moyens vis-à-vis des détenteurs de droits fonciers légitimes dont les moyens qu'ils pourront exercer dépendront de leur position au regard de la structure contractuelle (voir le Chapitre 2.III ci-dessus et la Section III ci-dessous).

5.4. *Plan de la section.* Si le présent Chapitre se concentre sur les moyens contractuels, la partie lésée pourrait être en droit – selon le système juridique – d'obtenir réparation sur un autre fondement que le contrat – principal ou connexe –, sur la base d'une action délictuelle ou autre. 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 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, ainsi que du cas des tiers bénéficiaires.

I. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

5.5. *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 évalué ²²⁴. 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.

5.6. *Définir les cas d'exonération et les moyens pour encourager l'exécution.* Il est important que le contrat définisse clairement les obligations dont

²²⁴ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 5.1.4 (Obligation de résultats et obligations de moyens).

*La gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre :
inexécution et moyens contractuels*

l'inexécution pourrait être excusée ou dont l'inexécution non excusée pourrait 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, qui pourrait entraîner 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.

5.7. *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, d'autres 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.

5.8. *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 lieu ²²⁵. Le présent Guide considère ces situations d'inexécution comme particulièrement graves, qui peuvent être qualifiées au niveau national d'inexécution "substantielle", "essentielle" ou

²²⁵ 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 (CVIM), 2010, adopte la même approche (voir art. 25).

“fondamentale”. En tant que bonne pratique, les parties devraient appliquer le principe de proportionnalité entre l'inexécution et le moyen mis en œuvre, particulièrement en ce qui concerne la résiliation, qui ne devrait intervenir qu'en dernier recours après avoir épuisé tous les autres recours pour atténuer et corriger l'inexécution.

5.9. *Coopération*. Lorsqu'elles envisagent les situations d'inexécution, outre la bonne foi et la loyauté des relations, la coopération est également un principe clé important pour les contrats à long terme ²²⁶. On compte parmi les exemples l'échange d'informations pertinentes, l'attribution d'un délai supplémentaire pour l'exécution, l'atténuation du préjudice, 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 6.II sur la restitution des terres).

5.10. *Surveillance de l'inexécution et mesures correctives*. Même lorsque le contrat prévoit explicitement des moyens pour l'inexécution, il est impossible que les parties envisagent tous les détails des nombreuses situations possibles d'inexécution qui peuvent survenir. Par conséquent, une bonne approche serait de définir dans le contrat 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 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 4.V.B). Ces mécanismes devraient 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 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.

5.11. *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 7). Avant de recourir à des formes de règlement juridictionnel (par l'arbitrage ou devant des tribunaux étatiques), les parties devraient, dans la mesure du possible, donner la priorité aux règlements à l'amiable (par exemple par les négociations et la médiation) car

²²⁶ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 5.1.3 (Devoir de coopération).

*La gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre :
inexécution et moyens contractuels*

ils peuvent être considérés comme une continuation des moyens coopératifs en cas d'inexécution et pourraient être organisés par les parties selon les mêmes procédures. En outre, les mécanismes de réclamation peuvent également servir à traiter les situations de non-exécution à un stade précoce et à rechercher une solution appropriée.

II. CAS EXCEPTES DE RESPONSABILITÉ

5.12. *Survenance d'événements.* Pendant la durée d'un CITA, 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. Si 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 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.

5.13. *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.

5.14. *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 (voir le Chapitre 1).

5.15. *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 CITA ou à des accords connexes et sont tenus à certaines obligations (voir le Chapitre 2.III.), 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.

5.16. *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

5.17. *Notion générale.* L'impossibilité d'exécuter un contrat, 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.

5.18. *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 conçue de différentes manières selon l'organe juridictionnel et le système juridique.

5.19. *Clauses de force majeure.* Il est conseillé aux parties d'inclure dans le CITA et les accords connexes 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) prévoit les effets de la réalisation de tels événements.

1. Événements constitutifs de force majeure

5.20. *Définition.* Les clauses contractuelles contiennent le plus souvent une référence générale à la "force majeure", associée à un autre terme tel que "cas fortuit". Certaines clauses peuvent également utiliser les termes "facteurs

*La gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre :
inexécution et moyens contractuels*

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 l’inexécution et préciser si l’empêchement est de nature permanente ou temporaire, une distinction qui détermine également les conséquences de l’empêchement.

5.21. *Liste des événements constitutifs.* 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 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.

5.22. *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, tremblements de terre, pandémies ²²⁷), souvent mentionnés comme des catastrophes naturelles. Les épidémies et les attaques de 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.

5.23. *Conflits avec les communautés locales.* Les conflits avec les communautés locales qui entravent l’exécution du contrat (par exemple, si les communautés locales bloquent l’accès aux infrastructures nécessaires) peuvent être admissibles comme force majeure selon le contrat et les circonstances particulières. Lorsque ces événements auraient pu être évités ou étaient raisonnablement prévisibles, comme c’est le cas dans la plupart des contrats dans lesquels les communautés

²²⁷ Pour des conseils spécifiques sur l’impact d’une pandémie sur les relations contractuelles, voir UNIDROIT. 2020. Note du Secrétariat sur les Principes d’UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international et la crise sanitaire du COVID-19.

locales ont effectivement été identifiées comme potentiellement affectées par le contrat et consultées (voir le Chapitre 2), on peut se demander si des troubles ou des conflits constitueraient en fait des événements constitutifs de force majeure, car ils touchent à des questions centrales qui doivent être traitées dans le cadre de l'investissement. L'inclusion de tels événements dans le champ d'application de la force majeure pourrait plutôt constituer 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).

5.24. *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 (voir la Section C ci-dessous).

2. Conséquences de la reconnaissance de la force majeure

5.25. *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.

5.26. *Fardeau de la preuve.* 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 le créancier de prétendre à une indemnisation²²⁸. 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'évènement, qu'elle possède les caractéristiques requises par le contrat ou la loi applicable et le lien de causalité entre l'évènement et l'inexécution.

5.27. *Suspension de l'exécution.* Dans des cas extrêmes, l'empêchement prévient toute exécution ultérieure et entraînera la résiliation du contrat. En règle

²²⁸ 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.

*La gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre :
inexécution et moyens contractuels*

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 CITA. 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. Il peut également être souhaitable d'indiquer à partir de quel moment le délai commence 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.

5.28. *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 en limitant la résiliation aux prestations futures (voir la Partie III.B.4 ci-dessous).

5.29. *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. À cette fin, 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 telle disposition, les parties peuvent décider à tout moment de modifier leur accord initial ou d'en conclure un autre par consentement mutuel. Toutefois, si 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 puissent exceptionnellement donner lieu à un tel droit ou devoir²²⁹. Cela peut découler d'une disposition législative expresse ou des principes généraux de bonne foi, de solidarité ou de coopération.

B. Changement de circonstances

5.30. *Notion générale.* Les changements de circonstances pendant la durée du contrat peuvent aller au-delà des risques envisagés par les parties au moment de

²²⁹ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.1.7 (Force majeure) et art. 6.2.3 (Effets du hardship).

sa conclusion ²³⁰. Les situations qui modifient fondamentalement l'équilibre de la relation – sans que cela n'empêche nécessairement l'exécution – (ce qui constituerait par exemple un cas de force majeure) 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.

5.31. *Diversité des situations de hardship en droit interne.* Une clause traitant du changement de circonstances est nécessaire parce 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.

5.32. *Modification fondamentale.* 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 altèrent la situation financière d'une partie ou entraînent des fluctuations des prix à l'échelle mondiale, sont des situations fréquentes de changements de circonstances pouvant excuser l'inexécution du contrat. Dans les CITA, par exemple, l'investisseur peut être confronté à une 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

²³⁰ Voir aussi CNUDCI. 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, p. 155, paras 126-130; p. 217, para 35; Guide technique des Directives volontaires n° 7, p. VIII-X.

*La gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre :
inexécution et moyens contractuels*

conditions du marché augmentent considérablement le coût de la fourniture de ces services.

5.33. *Moment du changement de circonstances et prise en charge du risque.* Pour pouvoir invoquer le hardship, les événements en question doivent être au-delà du contrôle de la partie désavantagée. Ils doivent aussi avoir lieu ou être connus de la partie désavantagée après la conclusion du contrat, sinon elle aurait pu en tenir compte au moment de la conclusion du contrat. En outre, le hardship ne peut pas être invoqué si la partie défavorisée a assumé le risque du changement de circonstances, soit expressément, soit en raison de la nature même du contrat.

5.34. *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 et que pour les années restantes de la durée du contrat.

5.35. *Absence de clause de hardship dans le contrat.* 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 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 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, ni à la contrepartie de cesser de remplir ses propres obligations.

5.36. *Traiter des changements de circonstances dans le contrat.* À des fins de clarté et de flexibilité, les parties devraient envisager les changements de circonstances qui pourraient survenir pendant la durée du contrat et traiter de cette question dans le contrat. Une clause de hardship définira les circonstances déclenchant sa mise en œuvre et leurs conséquences. 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

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

5.38. *Troubles civils.* Un gouvernement peut vouloir suspendre l'exécution du contrat en raison de troubles internes ou en réponse à un sentiment populaire accompagné 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 signent 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. 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, l'exposant à une responsabilité supplémentaire ²³¹.

5.39. *Situations de nécessité.* Une situation de nécessité, créée par un "péril grave et imminent" ²³², 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

²³¹ Commission du droit international 2001. Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, arts. 4-8.

²³² *Id.*, art. 25.

*La gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre :
inexécution et moyens contractuels*

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.

5.40. *Relation avec les clauses de stabilisation.* Un contrat conclu avec l'État peut être soumis à une clause de stabilisation (voir le Chapitre 4.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 sa formulation.

III. MOYENS EN CAS DE CONTRAVENTION AU CONTRAT

5.41. *Inexécution non excusée.* Lorsque l'inexécution ne relève pas d'un cas d'exonération de responsabilité, la partie ou les parties lésées et d'autres parties prenantes peuvent demander réparation au contrevenant au contrat.

5.42. *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 ou les autres communautés locales) 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 4 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

5.43. *Comportement de la partie lésée.* Le comportement de la partie lésée, selon la loi applicable, peut avoir un impact 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, ce qui peut entraîner une réduction du prix.

5.44. *Fait de la partie lésée.* Le fait de la partie lésée envisage généralement deux situations distinctes²³³. En premier lieu, une partie n'est pas en mesure d'exécuter 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 (c'est-à-dire le concédant) ne délivre pas l'autorisation nécessaire pour construire le centre. 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.

5.45. *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 sont nécessaires pour 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 défectueuse²³⁴. Afin de promouvoir la coopération et d'éviter des comportements opportunistes, certains systèmes juridiques peuvent limiter les moyens que peut exercer la partie qui a contribué à l'inexécution.

5.46. *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. En effet, de nombreux systèmes juridiques reconnaissent une telle obligation, souvent connue sous le nom d'obligation d'atténuation du préjudice²³⁵. Selon la loi applicable, le défaut d'atténuation peut aboutir à 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 peut

²³³ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.1.2 (Fait du créancier).

²³⁴ *Id.*, art. 7.4.7 (Préjudice partiellement imputable au créancier).

²³⁵ *Id.*, art. 7.4.8 (Atténuation du préjudice).

le priver de tout moyen, y compris des moyens en nature, des réductions de prix et des dommages et intérêts.

5.47. *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. 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-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 aux contrats bilatéraux ainsi qu'aux contrats multipartites et aux contrats connexes (voir le Chapitre 2). 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.

B. Aperçu des moyens

5.48. *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

5.49. *Prestation identique ou équivalente attendue.* 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.

5.50. *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 ce moyen sert à exercer une pression sur l'autre partie pour l'encourager à s'exécuter. L'incidence de la suspension sur l'évolution de la relation contractuelle dépend 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 prélude à une résiliation future, en particulier lorsque les circonstances font apparaître qu'il y aura une inexécution fondamentale.

5.51. *Droit à l'exécution en nature.* 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-intérêts peuvent être demandés ou une solution de remplacement peut être envisagée. 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-intérêts à la partie victime de l'inexécution.

5.52. *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

*La gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre :
inexécution et moyens contractuels*

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 ²³⁶. La survenance d'un préjudice n'est pas une 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 ²³⁷.

5.53. *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 ²³⁸. 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 dans le cadre d'une action en justice ou 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.

5.54. *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 à la partie lésée 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 ²³⁹. Dans certains systèmes juridiques ²⁴⁰, à certaines conditions, la partie en défaut a le droit de corriger la situation même

²³⁶ *Id.*, art. 7.2.2 (Exécution de l'obligation non pécuniaire).

²³⁷ Pour les contrats de vente internationale, une règle semblable se trouve à l'art. 46(2), CVIM.

²³⁸ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.1.5 (Délai d'exécution supplémentaire).

²³⁹ *Id.*, art. 7.2.3 (Réparation et remplacement).

²⁴⁰ *Id.*, art. 7.1.4 (Correction par le débiteur).

après l'expiration du délai d'exécution. Pour ce faire, elle doit donner une notification raisonnable pour ce qui est de sa date, de son contenu et de la façon dont elle est effectuée. 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.

5.55. *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. Il en serait ainsi lorsque le défaut d'exécution est équivalent à une inexécution essentielle, de même que si la partie lésée 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, la partie lésée a simplement décidé qu'elle ne souhaite pas poursuivre les relations contractuelles. La plupart des systèmes juridiques ont un principe d'indemnisation intégrale des dommages subis ²⁴¹. 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.

5.56. *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, en particulier 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.

2. Moyens pécuniaires

5.57. *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

5.58. *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 œuvre lorsque l'une des prestations est défectueuse ou incomplète et que la partie lésée ne souhaite pas

²⁴¹ *Id.*, art. 7.4.2 (Réparation intégrale).

*La gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre :
inexécution et moyens contractuels*

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.

5.59. *Application.* Le contrat peut définir les critères de réduction de prix qui 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.

5.60. *Exemples.* La réduction de prix peut être appliquée dans les CITA lorsque le concédant ne remplit pas ses obligations, par exemple lorsqu'il 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 une augmentation des certaines dépenses qui ont augmenté ses propres coûts en raison des actions ou de l'inaction de la contrepartie (par exemple, le gouvernement ne répare pas le système d'irrigation dont il est le propriétaire).

b) Dommages-intérêts

5.61. *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 en combinaison avec d'autres moyens ou à titre exclusif et, dans ce cas, l'objectif est normalement de placer la partie lésée dans la position qu'elle aurait eue si le contrat avait été exécuté comme prévu. Les dommages-intérêts couvrent généralement les coûts engagés et les pertes de profits.

5.62. *Preuve de la perte ou du préjudice.* Contrairement aux cas où l'inexécution du contrat peut suffire à l'obtention de dommages-intérêts, la partie lésée doit prouver qu'elle a subi une perte ou un préjudice. Toutefois, certains systèmes juridiques renversent la charge de la preuve, de sorte que la partie lésée doit simplement prouver l'inexécution, et 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 une perte ou un préjudice, les systèmes juridiques peuvent utiliser plusieurs critères : la réparation intégrale, la certitude et la prévisibilité sont les plus courants.

5.63. *Réparation intégrale.* La réparation intégrale est un principe généralement admis qui peut concerner toute perte subie et tout gain dont la partie lésée a été privée, lorsqu'il est établi qu'il existe un lien de causalité adéquat. Un tel préjudice

peut être compris au sens large au-delà des effets pécuniaires, et comprendre, notamment, la souffrance physique ou morale.

5.64. *Certitude*. La réparation est due uniquement en cas de préjudice établi avec un degré raisonnable de certitude ²⁴². 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. De nombreux systèmes juridiques reconnaissent la perte d'une chance, mais seulement en proportion de la probabilité qu'elle survienne.

5.65. *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 contrat ²⁴³. Les parties peuvent définir de façon détaillée ce qui constitue des pertes prévisibles. Il est conseillé au concédant de noter que les dispositions contractuelles pourraient permettre à l'investisseur d'être indemnisé des dommages non prévisibles causés par l'inexécution du concédant.

5.66. *Montant des dommages-intérêts*. Si des dommages-intérêts sont dus, ils devraient couvrir la totalité du préjudice, y compris le dommage effectif et le manque à gagner. 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 déjà 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).

5.67. *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.

5.68. *Clause contractuelle sur les types 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

²⁴² *Id.*, art. 7.4.3 (Certitude du préjudice).

²⁴³ *Id.*, art. 7.4.4 (Prévisibilité du préjudice).

*La gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre :
inexécution et moyens contractuels*

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.

5.69. *Clause contractuelle sur le montant des dommages-intérêts.* Les parties peuvent rédiger des clauses pour 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 (par exemple en produisant des preuves et en quantifiant les dommages) et tendent à inciter à l'exécution, notamment en énumérant des valeurs et des frais que les tribunaux ne seraient pas en mesure d'évaluer (par exemple, des préjudices immatériels, le coût des investissements effectués en se fondant sur une exécution du contrat, etc.).

5.70. *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 considéré comme manifestement excessif dans les circonstances ²⁴⁴.

5.71. *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.

c) Intérêts et indemnités de retard

5.72. *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 prévus par le droit des contrats au niveau national et international en cas de retard de paiement d'obligations de sommes d'argent,

²⁴⁴ *Id.*, art. 7.4.13 (Indemnité établie au contrat).

notamment du prix ²⁴⁵. 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 certitude ²⁴⁶.

3. Renégociation et adaptation du contrat

5.73. *Introduction.* Si la certitude des obligations contractuelles est un principe important pour répondre aux attentes des parties, soutenant ainsi la stabilité du contrat, 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.

5.74. *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.

5.75. *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

²⁴⁵ *Id.*, art. 7.4.9 (Intérêts pour non-paiement de somme d'argent).

²⁴⁶ *Id.*, art. 7.4.3 (Certitude du préjudice) et 7.4.4 (Prévisibilité du préjudice).

la survenance de certains événements (voir le Chapitre 4.V.A sur l'examen périodique).

4. Résiliation

5.76. *La résiliation comme moyen en cas d'inexécution.* Le terme "résiliation" (ou des termes équivalents que l'on trouve dans la pratique contractuelle) peut couvrir 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. Le Chapitre 6 traite de la résiliation à l'expiration du contrat et d'un commun accord. 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.

5.77. *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 affecter d'autres parties prenantes. 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 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.

5.78. *Inexécution fondamentale.* La résiliation ne devrait s'appliquer habituellement qu'en cas d'inexécution essentielle (également appelée "substantielle" ou "fondamentale"). Certains systèmes juridiques limitent le recours à la résiliation du contrat aux cas dans lesquels l'inexécution remplit certains critères : elle prive substantiellement la partie lésée de ce qu'elle 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 ²⁴⁷.

5.79. *Résiliation et clauses pénales.* Selon les circonstances de l'inexécution, les clauses pénales peuvent être plus appropriées que la résiliation. Il existe une myriade de motifs de résiliation dans les CITA (par exemple, des conflits avec la communauté locale au sujet des droits sur la zone d'investissement ; le non-respect des conditions de récolte prescrites ; le non-respect des obligations contractuelles dans le délai prescrit ; le défaut de commencer l'exploitation de la terre dans les délais convenus, etc.).

²⁴⁷ *Id.*, art. 7.3.1 (Droit à la résolution).

5.80. *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 manquement²⁴⁸. 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.

5.81. *Résiliation totale ou partielle.* Lorsque le contrat consiste en une série d'obligations 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 restituer²⁴⁹.

5.82. *Effets.* Lorsqu'il est mis fin au contrat, les parties se trouvent généralement libérées de leurs obligations en vertu du contrat mais non pas de leurs obligations post-contractuelles, qui peuvent persister même après la résiliation. Par exemple, les parties peuvent convenir qu'après la date de résiliation du CITA, l'investisseur devra retirer les biens situés sur les terres dans

²⁴⁸ Pour les contrats du commerce international, une règle semblable est établie à l'art. 7.3.2(2) des Principes d'UNIDROIT et, pour les contrats de vente internationale à l'art. 64(2), CVIM.

²⁴⁹ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 3.2.13 (Annulation partielle).

*La gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre :
inexécution et moyens contractuels*

un délai donné. De façon similaire, certaines obligations de développement (par exemple de construire ou d'entretenir des infrastructures) peuvent subsister après la fin du contrat.

5.83. *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 4.II.C). Dans ces situations, les parties devraient indiquer clairement dans le contrat les conséquences de chaque type d'inexécution sur l'ensemble du contrat d'investissement. 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 ces 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.

5.84. *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 résultant de l'inexécution).

C. Cas d'inexécution et moyens correspondants dans le contexte des contrats d'investissement en terres agricoles

5.85. *Introduction.* La présente section donne un aperçu des inexécutions les plus courantes qui peuvent survenir en relation avec les différents types de droits et d'obligations identifiés dans le Guide (voir le Chapitre 4). Elle comprend un tableau indiquant ces inexécutions, les obligations respectives et les moyens correspondants possibles, étant entendu que les moyens applicables peuvent être prévus par les parties au contrat sous réserve des dispositions impératives. À défaut de disposition des parties dans le contrat, les règles impératives et supplétives de la loi applicable 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 obtenir 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.C), ou avoir recours à des mécanismes de réclamation (voir le Chapitre 7.I).

5.86. Le tableau traite des moyens en cas d'inexécution par l'investisseur de ses obligations (1) et des moyens en cas d'inexécution par le concédant de ses obligations (2). Toutefois, il ne traite pas des cas de non-exécution constituant un cas de force majeure ou d'autres motifs d'exonération d'exécution ; des moyens pour inexécution d'obligations réglementaires nationales (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 droits autochtones ou de protection de l'environnement) ou d'accords internationaux sur les investissements, ou encore 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	Moyens du concédant	Moyens des DDL & com. loc.
OBLIGATIONS RELATIVES AUX DROITS FONCIERS		
<ul style="list-style-type: none"> - utilisation non autorisée, excessive ou inappropriée des ressources (par ex. bois, ressources du sous-sol, eau, etc.) - utilisation non autorisée de la terre (par ex. concernant les cultures) - Violation des droits d'accès à la terre, aux ressources ou aux infrastructures des DDL & com. loc. 	<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 comme le droit à l'eau 	<p><i>Selon leur participation en tant que parties à un CITA, parties à un accord connexe ou tiers bénéficiaires</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 connexes - Droit à des dommages-intérêts * - Résiliation * - Moyens en vertu des accords entre investisseur et communauté **

*La gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre :
inexécution et moyens contractuels*

	<ul style="list-style-type: none"> - Droit à des dommages-intérêts - Renégociation du contrat - Résiliation 	<ul style="list-style-type: none"> - Moyens dérivant de l'exercice des moyens par le concédant²⁵⁰ - Demandes en vertu de mécanismes de réclamations ***
OBLIGATIONS RELATIVES AU DÉVELOPPEMENT DU PROJET		
<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</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 	

²⁵⁰ 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.

OBLIGATIONS RELATIVES AUX QUESTIONS SOCIALES ET ÉCONOMIQUES		
<p>Contributions monétaires</p> <ul style="list-style-type: none"> - Inexécutions concernant les obligations pécuniaires (paiement des loyers, des impôts et redevances pour les services, etc.) 	<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 	
<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 - inexécution des services prévus pour les employés (par ex. services de soins, logement ou éducation) - Défaut de respecter les objectifs de liens avec l'économie locale en termes de produits et de transformation 	<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 - Demandes en vertu de mécanismes de réclamations ***

*La gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre :
inexécution et moyens contractuels*

<p>Agriculture contractuelle, programmes de sous-traitance 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 	<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.) 	<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 - Demandes en vertu de mécanismes de réclamations ***

OBLIGATIONS RELATIVES À L'ENVIRONNEMENT		
<ul style="list-style-type: none"> - utilisation non autorisée, excessive ou inappropriée des ressources : eau - Inexécution des obligations concernant la protection environnementale – par ex. concernant les cultures et techniques de production , les rejets de polluants - Atteinte aux droits des DDL et com. loc. concernant la durabilité environnementale, les savoirs traditionnels et le patrimoine culturel 	<p style="text-align: center;"><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 - Droit à des dommages-intérêts - Renégociation 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 - Demandes en vertu de mécanismes de réclamations ***
OBLIGATIONS RELATIVES À LA SÉCURITÉ 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 ***

*La gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre :
inexécution et moyens contractuels*

OBLIGATIONS RELATIVES AU SUIVI ET A LA MISE EN ŒUVRE		
<ul style="list-style-type: none"> - Défaut de remettre les rapports environnementaux, financiers et non-financiers aux parties - Défaut de mettre à la disposition du public et des DDL et com. loc. les rapports convenus, financiers et non-financiers 	<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	Moyens de l'investisseur
OBLIGATIONS RELATIVES AUX DROITS FONCIERS	
<ul style="list-style-type: none"> - Violation de la clause d'option ou de la clause de préférence concernant l'octroi de terres supplémentaires 	<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</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 - concernant la fourniture des services convenus <p>Inexécution concernant les infrastructures</p> <ul style="list-style-type: none"> - Concernant la fourniture des infrastructures convenues et leur entretien – 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

*La gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre :
inexécution et moyens contractuels*

<p>Inexécutions concernant la délivrance d'autorisations</p> <ul style="list-style-type: none"> - Défaut / retard de délivrer les autorisations, licences et permis nécessaires 	<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
<p>OBLIGATIONS RELATIVES À LA PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT</p>	
<ul style="list-style-type: none"> - Défaut de fournir la sécurité suffisante pour protéger l'investissement 	<ul style="list-style-type: none"> - Droit à des dommages-intérêts - Résiliation
<ul style="list-style-type: none"> - Violation de la clause de stabilisation 	<ul style="list-style-type: none"> - Renégociation / adaptation du contrat - Droit à des dommages-intérêts - Résiliation
<p>OBLIGATIONS RELATIVES AU SUIVI ET À LA MISE EN ŒUVRE</p>	
<p>Violation de l'obligation de confidentialité</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Droit à des dommages-intérêts - Résiliation

Projet

CHAPITRE 6

TRANSFERT DES DROITS ET OBLIGATIONS EN VERTU DU CONTRAT ET RESTITUTION DES DROITS FONCIERS

6.1. *Vue d'ensemble.* Le présent Chapitre traite des questions relatives (I) au transfert du projet d'investissement ou des droits et obligations découlant des CITA, en particulier d'un investisseur à un autre et (II) 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 du projet d'investissement.

I. TRANSFERT

6.2. *En général.* Les droits et obligations découlant des CITA, 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 les droits nationaux, les instruments internationaux et la pratique contractuelle (tels que "cession"²⁵¹ ou "acquisition"), est une modalité par laquelle l'investisseur transfère tout ou partie de ses droits et se libère de tout ou partie ses 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 4.I) ainsi que l'obligation de recruter les populations locales et de fournir aux communautés locales des avantages sociaux et économiques (voir le Chapitre 4.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 (c'est-à-dire le transfert de la société qui a investi par l'intermédiaire du CITA, voir la Section B ci-dessous). Enfin, alors que les paragraphes suivants se concentrent principalement sur le transfert des droits et obligations d'un investisseur à un autre, il peut y avoir des cas où les droits sont transférés par le concédant (par exemple le transfert du droit de recevoir des loyers ou d'autres paiements).

²⁵¹ Par exemple, les Principes d'UNIDROIT se réfèrent à "cession de créance" (art. 9.1.1 *et seq.*), "cession de dette" (art. 9.2.1 *et seq.*) et cession de contrat" (art. 9.3.1).

6.3. *Justification économique.* Bien que le transfert de droits, d'obligations ou de l'ensemble du contrat d'un investisseur à un autre ne soit pas au cœur des activités agricoles, il peut être nécessaire pour diverses raisons (par exemple pour 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 dans 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).

6.4. *Transfert de droits, transfert d'obligations et transfert du contrat.* Trois types de transfert sont à distinguer. 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. Le droit applicable permettra habituellement au concédant de céder librement ce droit au paiement à un tiers (par exemple un organisme gouvernemental, une collectivité locale). Deuxièmement, les CITA 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 ces obligations à une autre partie (c'est-à-dire le nouvel investisseur). Les lois nationales varient considérablement en ce qui concerne les mécanismes utilisés pour transférer les obligations. Dans la plupart des pays cependant, 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 ²⁵². Troisièmement, la cession du contrat signifie que tous les droits et obligations d'une partie, dans la plupart des cas

²⁵² Voir par exemple pour les contrats du commerce international les Principes d'UNIDROIT, arts. 9.2.1 et 9.2.3.

Transfert des droits et obligations en vertu du contrat et restitution des droits fonciers

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 locales ²⁵³.

6.5. *Cadre juridique.* Les terres étant des biens sensibles pour les concédants, le droit interne prévoit souvent des restrictions à l'acquisition de terres dans des situations spécifiques. Ces restrictions varient d'un État à l'autre, découlent généralement de diverses sources 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 – voir le Chapitre 1), et tiennent souvent à la nationalité de l'investisseur, à l'étendue des terres agricoles et à leur zonage. Des restrictions peuvent exister avant la conclusion du contrat ou être rendues applicables ultérieurement, par exemple lorsqu'un investisseur manifeste l'intention de transférer une obligation à un nouvel investisseur. Dans les États qui ne sont pas dotés d'une réglementation spécifique et complète adaptée aux investissements fonciers, les parties peuvent utiliser le contrat pour combler cette lacune.

6.6. *Superposition de sources de droit.* 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 général des contrats et des obligations, 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 dans certains pays à se conformer à différentes règles pour pouvoir effectuer le transfert, s'il est permis. Lorsqu'ils ne font pas l'objet de règles spécifiques en droit interne, les CITA peuvent comporter des dispositions similaires 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.

6.7. *Accords connexes.* Une autre question à prendre en considération est l'existence d'accords connexes au CITA principal (voir le Chapitre 2.III.B.2). 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

²⁵³ Voir par exemple les Principes d'UNIDROIT, art. 9.3.3 ainsi que CNUDCI, 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, para. 62, p. 133.

pour partager les avantages et fournir des emplois aux personnes locales. Ces accords connexes sont généralement liés au CITA principal conclu entre le concédant et l'investisseur initial. Afin d'assurer l'effectivité des droits après le transfert, il est souhaitable que les parties contractantes incluent une disposition prévoyant le transfert automatique des droits et obligations en vertu de l'accord connexe au nouvel investisseur.

6.8. *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 privée²⁵⁴. 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 leurs citoyens. Par conséquent, un concédant public ne cède généralement pas l'ensemble du contrat, mais seulement une partie des droits afin de conserver la propriété de la terre. En général, c'est l'investisseur qui transférerait ses obligations ou qui serait remplacé par le concédant.

A. Légalité de la validité du transfert et efficacité du transfert, formalités requises et restrictions

6.9. *Transfert en général.* Dans les CITA, les parties contractantes devraient savoir que la loi applicable peut imposer des exigences ou des limites au transfert des droits et obligations découlant du contrat. Les parties devraient donc s'assurer que tout transfert soit conforme au cadre juridique afin que le transfert soit valable et efficace. Sous réserve des lois applicables, les parties peuvent envisager d'insérer dans leur contrat initial des clauses spécifiques sur le transfert des droits et obligations, de l'ensemble du contrat et sur le changement d'investisseur, en précisant l'étendue et les conditions dans lesquelles ce transfert est possible.

6.10. *Transfert des obligations : nécessité d'un accord.* Un transfert d'obligations valable exige un accord 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 locales, ou entre le concédant et le nouvel investisseur avec le consentement de ces détenteurs et communautés²⁵⁵. Souvent, le nouvel investisseur, le concédant et les autres parties contractantes concluront un nouvel accord. Ce nouveau contrat peut se référer au

²⁵⁴ FAO. 2015. [Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N° 4](#), p. 33.

²⁵⁵ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 9.2.1.

*Transfert des droits et obligations en vertu du contrat
et restitution des droits fonciers*

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 3.V.A). En outre, la conclusion d'un nouvel accord peut clarifier les droits et obligations du concédant et du nouvel investisseur, en particulier en ce qui concerne les droits fonciers et les droits connexes sur les terres et, le cas échéant, garantir que les droits des détenteurs légitimes de droits de propriété et des communautés locales sont protégés. Il peut aussi expressément libérer l'investisseur initial de ses obligations.

6.11. *Conditions de consentement, préavis et acceptation.* Les lois nationales exigent généralement que le concédant donne son consentement au transfert des obligations. Si la loi ne le prévoit pas, les parties contractantes devraient inclure une clause qui précise les conditions du consentement préalable du concédant. Le droit interne ou les contrats peuvent prévoir l'obligation pour l'investisseur initial de donner notification au concédant avant de transférer toute obligation, afin d'obtenir son consentement ou lorsque le consentement a été donné par avance ²⁵⁶. 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, cela peut affecter la substance même du contrat 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

²⁵⁶

Id., art. 9.2.4

des droits fonciers, en considérant toutefois toujours l'efficacité d'une telle clause selon le droit interne applicable ²⁵⁷.

6.12. *Détenteurs de droits fonciers légitimes et transfert.* Le transfert d'obligations devrait impliquer la consultation des communautés locales (voir le Chapitre 3.II) ²⁵⁸. Les investisseurs et les concédants doivent connaître l'étendue 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 légaux ²⁵⁹ 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. De plus, il peut y avoir une superposition de droits différents sur les mêmes terres.

6.13. *Détenteurs de droits fonciers légitimes et consentement.* La reconnaissance des droits des communautés locales concernées devrait impliquer leur consultation en cas de transfert des obligations à un nouvel investisseur. Leur consentement est requis en tant que condition précontractuelle et comme faisant partie de la procédure de diligence requise, 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'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux exigent que le CPLCC (consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause) s'applique aux peuples autochtones pour que le transfert soit réalisé ²⁶⁰. Même si l'information n'est pas facilement disponible, les parties 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.

6.14. *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

²⁵⁷ *Id.*, art. 9.2.9(2).

²⁵⁸ Les Directives volontaires, paras. 9.9 et 12.7.

²⁵⁹ FAO. 2015. [Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N° 4](#), p. 33.

²⁶⁰ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007), art. 10; et Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (1989), art. 16.

Transfert des droits et obligations en vertu du contrat et restitution des droits fonciers

d'investissement en recrutant des travailleurs locaux ou en contribuant à un fonds de développement. 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 par conséquent important car le transfert peut impacter les aspects fondamentaux de leur relation contractuelle ²⁶¹. Le consentement devrait être obtenu à la fois par le concédant et par l'investisseur initial avant la prise d'effet du transfert.

6.15. *Consentement informé.* 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. Le nouvel investisseur 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 3). 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.

6.16. *Restrictions au transfert.* Dans de nombreux pays, il peut y avoir des restrictions au transfert dans des situations spécifiques, par exemple lorsque le concédant détient le terrain lui-même, lorsque le terrain présente des caractéristiques spécifiques, lorsque l'investisseur n'est pas un ressortissant de l'État dans lequel le terrain est situé ou lorsqu'il y a un changement de contrôle de l'investisseur.

6.17. *Terres appartenant à l'État.* Comme souligné précédemment, dans certains pays, la propriété foncière revient à l'État. Par conséquent, les CITA 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 renforcée (par exemple les terres de la Couronne, les terres domaniales et les terres fédérales). Lorsqu'un investisseur cherche à transférer ses obligations en vertu de baux portant sur les terres, de même que lorsqu'il conclut le contrat avec le concédant, un grand nombre d'autorisations peuvent être nécessaires. Par exemple, si les droits fonciers du concédant reposent sur une loi, un acte du parlement peut être

²⁶¹

FAO. 2015. [Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N° 4](#), p. 51.

requis. Dans les États décentralisés, des approbations fédérales et locales peuvent être requises.

6.18. *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. Toutefois, pour de telles opérations, certains systèmes exigent des autorisations spécifiques car ces investissements peuvent avoir des effets importants sur les intérêts des États (par exemple environnementaux, sociaux, économiques, etc.)²⁶². 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 plafond²⁶³. 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'environnement²⁶⁴ 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 *ad hoc* qui interdit expressément le transfert des terres en raison de leurs spécificités.

6.19. *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 nationale²⁶⁵ ou fixer un quota sur le pourcentage des terres agricoles nationales qui peuvent être détenues

²⁶² Les Directives volontaires, paras. 12.6, 12.10.

²⁶³ FAO. 2015. [Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N° 4](#), p. 33.

²⁶⁴ *Id.*, p. 36.

²⁶⁵ Voir la législation nationale citée dans *Id.*, p. 49

*Transfert des droits et obligations en vertu du contrat
et restitution des droits fonciers*

par des étrangers. Dans ces cas, les investisseurs étrangers peuvent envisager de former des entreprises conjointes avec des partenaires locaux.

B. Transfert de la personne de l'investisseur

6.20. *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 de transférer des droits fonciers dans un certain nombre de pays. Le concédant doit néanmoins envisager que l'investisseur pourrait être cédé par une société mère à une autre, ou fusionner avec une autre société, ou changer de contrôle.

6.21. *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. En exigeant le consentement préalable du concédant, ce type de clause peut réduire le risque d'abus de droit de la part de l'investisseur.

6.22. *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.

6.23. *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 ²⁶⁶.

6.24. *Partenariat*. L'investisseur qui souhaite collaborer avec un autre investisseur pour exploiter les terres peut décider de ne pas transférer ses droits et obligations prévus dans le CITA. 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. Importance de la divulgation

6.25. *En général*. Le transfert d'un CITA 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" ²⁶⁷. 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 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 DES TERRES EN FIN DE CONTRAT ET RÉSILIATION DU CONTRAT

6.26. *Portée*. Le terme "restitution" vise les situations dans lesquelles les actifs doivent revenir automatiquement de l'investisseur initial au concédant initial en fin de contrat ou en cas de résiliation du contrat ²⁶⁸. Si le concédant est souvent le principal bénéficiaire de la restitution des terres, la restitution peut également concerner les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales qui détiennent ou détenaient des droits sur la terre. De plus, la restitution ne concerne pas que les terres car tous les biens associés au projet peuvent faire l'objet de restitution à l'expiration du CITA.

²⁶⁶ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 9.1.2.

²⁶⁷ Les Directives volontaires, p. 35.

²⁶⁸ CNUDCI. 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, p. 176 et seq., paras. 36 et seq.

*Transfert des droits et obligations en vertu du contrat
et restitution des droits fonciers*

6.27. *Expiration et résiliation.* 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 peut prendre fin avant le terme prévu, et le contrat devrait prévoir une clause de résiliation qui traite les circonstances spécifiques de la restitution des biens, y compris la restitution des droits fonciers. 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 5.III). Le concédant peut également inclure des dispositions à cet effet dans le contrat pour assurer la restitution des terres et des biens connexes dans certains cas, par exemple lorsque l'investisseur fait l'objet d'une procédure de dissolution ou de liquidation. Enfin, le concédant peut demander la restitution des terres qui ne sont pas utilisées par l'investisseur.

A. Conditions de la restitution

6.28. *Cadre juridique.* La plupart des lois nationales ont des dispositions traitant de la restitution de biens spécifiques à l'expiration du contrat ou en cas de résiliation. Les parties doivent savoir que plusieurs sources juridiques peuvent s'appliquer, des règles générales sur la restitution en fin de contrat ou des dispositions spécifiques contenues dans le droit des baux et le droit foncier. En outre, les systèmes juridiques peuvent appliquer des régimes différents pour les biens mobiliers et les biens immobiliers, les terres et les bâtiments étant souvent considérés comme des biens fonciers immobiliers. Il convient de noter qu'il existe de nombreuses catégories de biens (par exemple biens monétaires et non monétaires, etc.)²⁶⁹ et que ces définitions peuvent avoir des conséquences sur les conditions de la restitution.

6.29. *Clauses contractuelles sur la restitution.* De préférence, les biens doivent être restitués automatiquement au concédant à l'expiration du contrat. Pour éviter toute confusion et tout différend, les parties devraient négocier des clauses spécifiques réglant cette procédure à l'avance. Une solution pour gérer la restitution des biens est 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, qui sera de vérifier "si l'ouvrage est dans l'état prescrit et conforme aux critères pertinents énoncés dans [le CITA]"²⁷⁰. Ce

²⁶⁹ Voir par exemple les Principes d'UNIDROIT, arts. 7.2.1. et 7.2.2.

²⁷⁰ CNUDCI. 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, p. 178, para. 42.

comité peut être le même que celui chargé de la supervision et du suivi du projet (voir le Chapitre 4.V.B).

6.30. *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 faire partie des droits cédés par le concédant à l'investisseur pour l'exploitation de la terre (voir le Chapitre 4.I.A). En outre, l'investisseur peut être obligé de construire des infrastructures sur les terres dans le cadre de leur exploitation économique (voir le Chapitre 4.I.B.2). 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 négative sur une partie contractante. L'investisseur peut également conclure des accords avec des détenteurs de droits fonciers légitimes et des communautés locales pour partager les profits d'exploitation par le biais d'un fonds de développement local ou de la construction d'installations (voir le Chapitre 4.II.E). À la fin du contrat, ces biens pourraient être restitués. 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.

6.31. *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. À cet égard, 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"²⁷¹. Le contrat pourrait d'abord rappeler quels biens sont définis par le cadre juridique interne comme étant des biens publics. Cette catégorie de biens sert généralement à l'exécution spécifique du contrat (c'est-à-dire l'exploitation économique des terres), et ils seront restitués au concédant sans frais et libres de tout droit, charge ou garantie. La seconde catégorie couvre les biens acquis par l'investisseur et qui ne sont pas indispensables à l'exploitation économique des terres mais qui peuvent améliorer la productivité ; ceux-ci peuvent être achetés par le concédant à son gré. Enfin,

²⁷¹ *Id.*, p. 119, para. 23.

*Transfert des droits et obligations en vertu du contrat
et restitution des droits fonciers*

certains biens peuvent rester la propriété privée de l'investisseur et peuvent être librement retirés ou cédés par l'investisseur.

6.32. *Les terres.* Selon le contrat, le concédant peut rester propriétaire des terres pendant toute la durée du projet 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 la fin du contrat, et des efforts devraient être faits pour que les détenteurs de droits fonciers légitimes recouvrent leurs droits²⁷². Sauf disposition contraire, l'investisseur peut être tenu de restituer le terrain "exempt de toute hypothèque et charge, à l'exception des dédommagements pour les améliorations apportées aux biens ou pour leur modernisation"²⁷³. Cette nécessité est "en vue d'assurer la continuité [de l'exploitation de la terre]"²⁷⁴ et provient du statut particulier de la terre qui revêt une grande importance pour le concédant, les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales. En effet, certains systèmes interdisent la propriété privée des terres. Le terme "amélioration" désigne les travaux effectués par l'investisseur 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. A l'inverse, l'investisseur pourra être tenu responsable de toute détérioration des terres.

6.33. *Arbres.* Dans les secteurs forestiers et arboricoles, les arbres revêtent une importance intrinsèque pour l'exploitation économique de la terre. Certaines essences d'arbres ayant besoin de plusieurs années pour être productives (par exemple, trois ans pour un palmier, cinq ans pour un hévéa, dix ans pour un eucalyptus, quarante ans pour un bouleau), elles 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 la durée du contrat afin de préserver l'environnement et de maintenir le rendement des terres (voir le Chapitre 4.III). Une telle obligation devrait être contrôlée et supervisée par le concédant et les détenteurs de droits fonciers légitimes ou les communautés

²⁷² Les 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.")

²⁷³ CNUDCI. 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, p. 176, para. 38.

²⁷⁴ *Id.*

locales, le cas échéant. À la fin du contrat, et sauf disposition contraire, l'investisseur doit restituer le terrain dans le même état qu'il l'a reçu. Par conséquent, cela peut se traduire par l'obligation de l'investisseur 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.

6.34. *Cultures.* Avant la fin 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 mentionné plus avant, 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. S'il y a des jeunes arbres sur les terres à la fin du contrat, 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 la fin du contrat et la récolte). L'indemnité peut être calculée comme étant un retard dans la restitution des terres.

6.35. *Bâtiments et infrastructures.* 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. Deuxièmement, l'investisseur peut avoir construit des bâtiments et des infrastructures sur les terres conformément aux dispositions du contrat. En effet, d'une part l'investisseur peut avoir le droit de construire des bâtiments supplémentaires 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

*Transfert des droits et obligations en vertu du contrat
et restitution des droits fonciers*

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.

6.36. *Matériel d'équipement.* 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 la fin du contrat de telle sorte que le concédant peut les acheter à leur valeur nominale ; ou s'ils ne sont pas amortis à la fin du contrat, le concédant peut les acheter à une juste valeur de marché. Si les matériels d'équipement ont été fournis par le concédant à l'investisseur, ils doivent lui être restitués car les machines, les camions et les outils peuvent être d'une grande importance pour la poursuite de l'exploitation économique de la terre. Les parties devraient également surveiller tout changement intervenant dans le matériel d'équipement. Par exemple, pour les machines considérées trop anciennes ou hors d'usage, les parties peuvent trouver un moyen équitable de financer leur remplacement et décider qui en sera le bénéficiaire à la fin du contrat.

6.37. *Transfert de technologie.* En fin de 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 ²⁷⁵. 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". 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 donner ces informations sensibles à une autre partie et plus encore à un nouvel investisseur qui pourrait être un concurrent. Comme l'obligation de transfert de technologie ne peut être imposée

²⁷⁵ CNUCED. 1985. Projet de code international de conduit pour le transfert de technologie, Ch. 1, para. 1.2. (en anglais)

unilatéralement à l'investisseur par le concédant ²⁷⁶, 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. Il convient de noter que le cadre juridique peut 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. Par exemple, 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

6.38. *Obligation de restitution.* Dans de nombreux pays, l'investisseur peut être tenu de restituer les biens en fin de contrat, ce qui signifie que 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. L'investisseur devrait retirer les biens qu'il voudrait conserver dans le délai convenu par les parties afin de ne pas empêcher la poursuite de 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 ²⁷⁷. Ainsi, 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 devraient prévoir des procédures avant l'expiration du contrat. Par exemple, un comité conjoint pourrait être chargé de superviser l'avancement de la restitution ²⁷⁸ et pourrait également évaluer les coûts imprévus et les partager entre les parties. 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.

6.39. *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 peut être évaluée par le comité conjoint sur la base de critères objectifs. Avant la conclusion du contrat

²⁷⁶ CNUDCI. 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, p. 183, para. 51.

²⁷⁷ *Id.*, p. 178, para. 41.

²⁷⁸ *Id.*, p. 178, para. 42.

*Transfert des droits et obligations en vertu du contrat
et restitution des droits fonciers*

d'investissement, les parties contractantes peuvent évaluer les caractéristiques biologiques, chimiques et environnementales des terres par les études de faisabilité (voir le Chapitre 3.III). Il peut y avoir détérioration de la terre lorsque les valeurs sont inférieures après réévaluation par les parties (par exemple, par le comité conjoint) et elle peut être attribuée à une mauvaise utilisation des terres par l'investisseur (en raison par 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.

6.40. *Délai de restitution.* La fin du CITA 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 imputés²⁷⁹.

²⁷⁹ Voir les Principes d'UNIDROIT, art. 7.4.10.

Projet

CHAPITRE 7

MÉCANISMES DE RÉCLAMATIONS ET RÈGLEMENTS DES DIFFÉRENDS

7.1. *En général.* Même avec une négociation et une rédaction minutieuses, aucun contrat ne peut couvrir toutes les éventualités. L'évolution des circonstances peut entraver l'exécution du contrat selon ses conditions initiales, et même les efforts de renégociation de conditions différentes peuvent ne pas permettre la poursuite de l'exécution du contrat (voir le Chapitre 5 sur les moyens). Dans ce cas, il est essentiel de résoudre les plaintes et les litiges entre les parties contractantes ou avec des non-parties de manière efficace et efficiente. En particulier, l'investisseur, qui a engagé d'importantes ressources en capital, attend une certaine prévisibilité et certitude dans la manière dont les différends seront résolus. À cette fin, les clauses contractuelles qui stipulent qu'une ou plusieurs parties contractantes renoncent à leur droit d'accès à un recours effectif ont peu de chances d'être appliquées.

7.2. *Impact au-delà des parties contractantes.* Comme l'exécution d'un CITA et d'accords connexes peut avoir une incidence au-delà des parties contractantes, les mécanismes de réclamations et le règlement des différends peuvent concerner ces parties, ainsi que d'autres parties prenantes, y compris les tiers bénéficiaires (les "non-parties"). Comme cela a déjà été indiqué dans le présent Guide, 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 (voir le Chapitre 2.I). Les non-parties à un contrat ne sont liées par aucun engagement contractuel, mais peuvent être affectées par l'exécution (ou l'inexécution) du contrat. Par exemple, les détenteurs de droits fonciers légitimes ainsi que des membres des communautés locales peuvent être déplacés ou subir la pollution causée par l'activité d'investissement en terres agricoles.

7.3. *Conflits dérivant de contrats entre investisseurs et gouvernements.* Les conflits entre investisseurs et gouvernements sont susceptibles d'influer sur les conditions précontractuelles (voir le Chapitre 3), sur l'exécution ou l'inexécution du contrat et sur la résiliation ou l'abandon unilatéral du contrat par l'une des parties contractantes. Selon la situation ou le différend dérivant du contrat investisseur-gouvernement, les parties contractantes et les non-parties peuvent recourir à divers mécanismes de règlement des différends. Un conflit purement factuel peut être soumis à un avis d'expert, à la négociation ou à la médiation, alors qu'un conflit 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 y ont consenti), ou à une action devant les tribunaux nationaux ou les tribunaux régionaux et internationaux.

7.4. *Situations dérivant de contrats entre investisseurs et communautés.* Les conflits entre les investisseurs et les communautés locales sont susceptibles de concerner le respect de la part de l'investisseur envers les intérêts de la communauté, son développement et environnement. La proximité et même la dépendance des communautés locales à l'égard des terres 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 préoccupations et aux plaintes des communautés locales permettra de régler de nombreuses situations à un stade précoce, avant qu'elles ne dégénèrent en conflit. Les mécanismes de réclamations peuvent offrir une solution pour de telles situations qui sont signalées à un stade précoce. Lorsqu'une situation dégénère en conflit, il pourrait convenir de recourir à la négociation, à la médiation, à l'arbitrage (le cas échéant)', ou aux tribunaux nationaux, régionaux et internationaux.

7.5. *Plan de la section.* Le présent Chapitre donne d'abord un aperçu général des considérations qui sous-tendent les mécanismes de réclamation (I), puis examine les différents mécanismes de règlement des litiges ²⁸⁰ (II) et, enfin, aborde l'exécution des règlements, sentences et jugements (III).

I. MÉCANISMES DE RÉCLAMATIONS

7.6. *Définitions.* 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 les attentes légitimes, fondées sur une loi ou une pratique coutumière, ont été affectées par les activités des parties contractantes ²⁸¹. Les mécanismes de réclamations font référence à toute procédure non judiciaire ou judiciaire dans le cadre de laquelle les éléments à l'origine de l'injustice perçue peuvent être invoqués et des recours peuvent être formés ²⁸².

²⁸⁰ Le présent Chapitre doit être lu à la lumière de l'une des idées fondamentales qui sous-tendent des Principes d'UNIDROIT, à savoir le *favor contractus*, dont l'objectif est de préserver le contrat dans la mesure du possible et de favoriser la poursuite de la relation contractuelle. Voir, par exemple, les Principes d'UNIDROIT, arts. 6.2.1-6.2.3, 7.1.4, 7.3.1.

²⁸¹ NU. [Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme](#), p. 32.

²⁸² *Id.*

7.7. *Lien avec les études d'impact et les communautés locales.* Les CITA sont susceptibles d'avoir des incidences environnementales, sociales et relatives aux droits de l'homme importantes sur les communautés locales. Outre les études d'impact telles que décrites au Chapitre 3.IV., 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.

7.8. *Objectif.* Les mécanismes permanents de réclamation visent à traiter des manquements, entre autres, au respect des lois nationales, des stipulations contractuelles, du défaut d'adoption des bonnes pratiques commerciales, lorsque les évaluations d'impact ne sont pas réalisées ou ne font pas l'objet d'un suivi adéquat.

7.9. *Procédures équitables, transparentes et prévisibles.* Afin d'assurer un engagement constant et efficace des parties contractantes et des non-parties, les mécanismes de réclamation doivent être équitables, et prévoir des procédures transparentes et prévisibles. Ces mécanismes peuvent faire intervenir des enquêteurs impartiaux et consciencieux et, comme le relève le Principe 9 CSA-RAI, devraient être facilement accessibles à tous les détenteurs de droits fonciers légitimes et aux membres des communautés locales²⁸³. 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 leur donnera une solution rapide, ce mécanisme peut prévenir l'escalade du conflit entre les parties contractantes et les non-parties.

7.10. *Formes.* Il existe quatre formes principales de mécanismes de réclamation : (1) une instance du gouvernement concédant ou d'institutions dépendant de l'État ; (2) une activité de l'entreprise de l'investisseur ou de sa structure opérationnelle ; (3) une collaboration entre les parties contractantes ou (4) un mécanisme de surveillance par des tiers.

7.11. *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 les situations dans lesquelles le recours judiciaire peut être excessif ou culturellement inapproprié, 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 proposent de régler les

²⁸³ 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. 87-8.

différends dans un cadre plus informel et peuvent mieux répondre aux besoins des parties lésées qui préfèrent ne pas saisir les tribunaux ou refusent de le faire.

7.12. *Mécanismes de réclamation relevant des investisseurs.* Les Directives volontaires demandent que "les entreprises devraient prévoir des mécanismes non judiciaires, ou coopérer avec de tels mécanismes, afin d'offrir des voies de recours, y compris, s'il y a lieu, des mécanismes efficaces de règlement des différends au niveau opérationnel"²⁸⁴. Les mécanismes qui relèvent de la structure organisationnelle ou opérationnelle de l'investisseur fournissent un accès direct aux non-parties lésées par les activités de l'investisseur. Ils 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'aggravent²⁸⁵. Tout comme les mécanismes 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.

7.13. *Mécanismes de réclamation des parties prenantes.* Les mécanismes de réclamation peuvent être administrés par une seule partie prenante, par des représentants des principales parties prenantes qui gèrent conjointement le processus, ou par une partie qui supervise le processus tout en restant responsable devant les autres parties prenantes. Les parties prenantes peuvent comprendre 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.

7.14. *Exemples de mécanismes de réclamation.* 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

²⁸⁴ Les Directives volontaires, para. 3.2.

²⁸⁵ Voir par exemple Société financière internationale (SFI). 2009. *Good Practice Note. Addressing Grievances from Project-Affected Communities* (en anglais).

entreprises multinationales constituent un autre mécanisme de réclamation important des parties prenantes. Alors que le Panel d'inspection de la Banque mondiale traite un large éventail de réclamations d'origines diverses, le mécanisme de règlement des réclamations des PCN de l'OCDE est réservé aux réclamations résultant du non-respect des Principes directeurs de l'OCDE, obligeant les États qui adhèrent aux Principes directeurs de l'OCDE à établir un PCN à cette fin.

7.15. *Mécanismes de réclamation supervisés par un tiers.* La supervision par un tiers, qui a déjà été abordée au Chapitre 4.V.B. 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.

7.16. *Bonnes pratiques.* Les parties et les non-parties devraient prendre note des bonnes 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 des "indicateurs de bonnes pratiques" tels que ²⁸⁶ :

- *Préciser la valeur fondamentale 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, y compris l'engagement à l'égard de l'équité du processus et des résultats ; 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

²⁸⁶ Conseiller-médiateur en matière de conformité/*Compliance Advisor Ombudsman* (CAO). 2008 - Note consultative: *A Guide to Designing and Implementing Grievance Mechanisms for Development Projects*, p. 2-4 (en anglais). Nous notons que le langage utilisé dans la note consultative de la Banque mondiale fait référence à un contexte donné qui devrait être adapté et adapté aux circonstances particulières de chaque projet d'investissement dans les terres agricoles.

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 (voir le Chapitre 3.II) - 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 devraient participer à la conception du mécanisme de réclamation au lieu qu'un système conçu par l'entreprise soit imposé. 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 ou des plaintes 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 locale, les représentants de la communauté devraient contribuer à l'élaboration du mécanisme de réclamation et aux améliorations futures.
- *Assurer l'accessibilité et la sensibilité aux questions de genre.* 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 de réclamation 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 également être évaluées et intégrées au mécanisme.
- *Identifier un point central de coordination.* Un lieu en évidence et doté de personnel adéquat, une personne ou une équipe, devrait être assuré. Le 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.

- *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 la participation 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 de réclamation, 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 registre des réclamations 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 peut résoudre des réclamations sur une base commune, plutôt que de continuer à régler chaque plainte au cas par cas.
- *Évaluer et améliorer le mécanisme.* 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. À 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.

7.17. *Poursuite des bonnes pratiques.* D'autres exemples de bonnes pratiques se trouvent dans la *Good Practice Note on Addressing Grievances from Project-Affected Communities* de la Société financière internationale (SFI), qui identifie cinq étapes clés dans le processus de gestion des réclamations ²⁸⁷ :

- *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.

7.18. *Critères d'efficacité.* En outre, pour assurer un fonctionnement optimal de tout mécanisme de réclamation établi, les parties contractantes et les non-parties devraient adopter les "critères d'efficacité" des Principes directeurs des Nations Unies qui soulignent que les mécanismes de réclamation devraient être ²⁸⁸ :

- *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

²⁸⁷ SFI. 2009. *Good Practice Note. Addressing Grievances from Project-Affected Communities*, pp. 16-28, (en anglais).

²⁸⁸ NU. [Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme](#), 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. 88 (Tableau 8).

types de procédures et d'issues disponibles ainsi que 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 en mettant l'accent sur le dialogue concernant les moyens d'examiner et de résoudre les plaintes.

II. MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

7.19. *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 à certaines conditions d'exécution 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 empêcher que ne se forme un différend, ni les parties contractantes ni les non-parties ne devront procéder au règlement du différend.

7.20. *Plan de la section*. Cette section examine les considérations générales concernant les mécanismes de règlement des différends (A), décrit les formes possibles que peuvent prendre les règlements non judiciaires (B) et judiciaires des

différends (C). La forme de règlement des différends la plus appropriée sera déterminée par les circonstances de chaque situation ou différend et par la manière et la mesure dans laquelle les non-parties sont impliquées.

A. Considérations d'ordre général

7.21. *Accord sur un mécanisme de règlement des différends.* Les parties contractantes peuvent convenir du mécanisme 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 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, et en matière de droits de l'homme, des cas d'exonération de responsabilité en cas d'inexécution 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.

7.22. *Loi applicable.* Il s'agit d'une préoccupation préliminaire dans la résolution des différends. La légalité de la propriété et du régime foncier, ainsi que d'autres questions liées à la terre, sont régies par la loi de l'État dans lequel la terre est située (c'est-à-dire la loi de l'État d'accueil). En outre, le fond d'un litige peut être régi par une ou plusieurs lois choisies par les parties contractantes. Comme indiqué au Chapitre 1, le cadre juridique des CITA comprend des sources de droit nationales et internationales. En l'absence de choix explicite, le fond du litige peut être régi par une combinaison de droit de l'État d'accueil et de droit international. Par exemple, les litiges portant sur une revendication de droits fonciers qui sont soumis à un jugement définitif et contraignant par un décideur impartial, seront souvent déterminés principalement par l'application du droit de l'État d'accueil.

7.23. *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 pourrait préférer le règlement des différends par l'arbitrage international, tandis qu'un gouvernement concédant 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 peuvent se trouver dans une position plus faible par rapport à l'investisseur ou au gouvernement et 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 impliquées, contractantes et non-parties. Lorsque le choix du mécanisme de règlement des différends a été stipulé par une partie contractante, l'accès à des voies de recours efficaces (voir le Chapitre 5) est d'autant plus essentiel pour favoriser l'établissement d'une relation contractuelle fonctionnelle ainsi que la stabilité et la prévisibilité contractuelles. C'est une garantie contre un comportement déloyal de la part de la partie contractante la plus forte et garantit que les parties contractantes les plus faibles, ainsi que les non-parties, disposent d'un recours effectif.

7.24. *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 CITA, 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.

7.25. *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, 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, sous réserve de la loi régissant l'arbitrage, les non-parties peuvent également présenter des observations écrites au tribunal. À cette fin, les parties contractantes peuvent envisager d'adopter ou d'adapter la procédure prévue dans le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités pour recevoir les observations de "tiers"²⁸⁹. Dans les procédures de règlement des différends moins institutionnalisées, telles qu'une audience devant les anciens d'une communauté autochtone, les anciens peuvent souhaiter

²⁸⁹ CNUDCI, 2014. [Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités](#), art. 4.

entendre toutes les parties intéressées avant de prendre une décision finale qui lie les parties contractantes et les non-parties.

7.26. *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 partie. 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.

7.27. *Consentement pour d'autres fora.* En revanche, les mécanismes non judiciaires de règlement des différends sont ceux prévus dans le contrat. Par exemple, l'arbitrage est une forme de règlement consensuel et non judiciaire des différends qui exige le consentement des parties contractantes avant que l'arbitrage puisse avoir lieu. Le consentement peut être exprimé dans une clause compromissoire du contrat ou dans un échange de lettres entre les parties contractantes. La forme du consentement sera normalement déterminée par la loi applicable au CITA, sous réserve des dispositions impératives du droit interne des terres.

7.28. *Consentement en dehors du contrat.* Les parties contractantes peuvent également convenir d'un règlement non judiciaire des différends en dehors du CITA. L'accord peut porter sur des différends futurs ou sur un 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, 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.

B. Règlement non judiciaire des différends

7.29. *Introduction.* Les procédures de règlement non judiciaire des différends sont parfois plus rapides et plus souples que les procédures de règlement judiciaire. Les parties contractantes peuvent souvent choisir une ou plusieurs

options en les adaptant à leurs besoins. Par exemple, (1) les parties 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 ; (2) les parties souhaitant préserver autant que possible leurs relations contractuelles peuvent préférer la négociation, la médiation ou la conciliation ; et (3) 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.

1. Avis d'experts

7.30. *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 différend factuel dans le cadre d'un CITA 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 et de fait. Étant donné que ce dernier exemple soulève des questions juridiques d'interprétation du contrat et de preuve qui nécessitent l'intervention d'un conseil juridique, il est peu probable qu'une expertise seule soit suffisante.

7.31. *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.

7.32. *Qualifications, disponibilité et indépendance 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.

7.33. *Rapport écrit 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.

2. Négociation et médiation

7.34. *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 cette dernière est normalement menée par une tierce personne, le médiateur, qui aide les parties en litige à parvenir à un compromis²⁹⁰. 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.

7.35. *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 négocier 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

²⁹⁰ 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.

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.

7.36. *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 ²⁹¹. 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. 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 ²⁹².

3. Arbitrage

7.37. *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 alors que la participation de non-parties à la procédure arbitrale requiert généralement le consentement des parties contractantes. Les différends découlant des CITA peuvent être soumis à un arbitrage prévu par le contrat ou en vertu d'un traité.

²⁹¹ OHADA. 2017. Acte uniforme relatif à la médiation, arts. 1, 4, 7-9.

²⁹² 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.

7.38. *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 moyens²⁹³. 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.

7.39. *Principe d'autonomie.* Dans l'arbitrage contractuel, un accord d'arbitrage est séparable du contrat principal²⁹⁴ et permet au tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence sans avoir recours aux tribunaux²⁹⁵. 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 compromissoire²⁹⁶. 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.

²⁹³ CNUDCI. 2006. [Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international](#), art. 7 (Option 1).

²⁹⁴ *Id.*, art. 16(1); accompagné de Note Explicative, para. 25.

²⁹⁵ *Id.*

²⁹⁶ Voir UNIDROIT/FAO/FIDA. 2015. Le [Guide juridique sur l'agriculture contractuelle](#), p. 228.

7.40. *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 existantes ²⁹⁷. 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.

7.41. *Arbitrage fondé sur des traités.* Dans l'arbitrage fondé sur un traité, il doit y avoir consentement entre l'investisseur et l'État hôte, 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 qui peut conférer 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.

7.42. *Aspects procéduraux particuliers de l'arbitrage fondé sur des traités.* Les différends dans le cadre des CITA 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

²⁹⁷ CNUDCI. 2010. [Règlement d'arbitrage de la CNUDCI](#), art. 17(5).

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.

7.43. *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 investissements ²⁹⁸, 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 régulière ²⁹⁹, et l'engagement - quoique moins fréquent dans les nouveaux et récents AII - de respecter toutes les obligations contractées par l'État hôte avec les investisseurs ³⁰⁰. 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

²⁹⁸ La clause AII qui établit cette obligation est également connue comme une clause FET (*Fair and Equitable Treatment*- Traitement juste et équitable).

²⁹⁹ La clause AII qui établit cette obligation est également connue comme une clause d'expropriation.

³⁰⁰ La clause AII qui établit cette obligation est également connue comme clause-parapluie.

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.

7.44. *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 les mémoires des parties et les déclarations des témoins doivent être mis à la disposition du public sur demande ³⁰¹ 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 ³⁰², pour autant que la publication des documents et leur participation ne compromettent ni la protection des informations confidentielles ni l'intégrité du processus arbitral ³⁰³. 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.

7.45. *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* ³⁰⁴, 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

³⁰¹ Règlement de la CNUDCI sur la transparence, art. 3.

³⁰² *Id.*, arts. 4-5.

³⁰³ *Id.*, arts. 7.

³⁰⁴ Voir par exemple CNUDCI. 2010. Règlement d'arbitrage.

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.

7.46. *Sentences finales.* L'arbitrage se conclut avec la sentence finale rendue par le tribunal qui 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.

7.47. *Exécution.* 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)³⁰⁵ 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 Section III ci-dessous concernant l'exécution).

C. Règlement judiciaire des différends

7.48. *Introduction.* Les parties en conflit qui choisissent d'intenter une procédure judiciaire seront assujetties aux lois du for, y compris aux règles de droit international privé du for qui déterminent la loi applicable, et peuvent établir que la loi applicable à une affaire donnée est une loi étrangère. Si les tribunaux de l'État d'accueil ont compétence exclusive sur les litiges concernant les terres qui s'y trouvent situées³⁰⁶, les parties 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.

7.49. *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

³⁰⁵ La [Convention de New York](#) a été signée le 10 juin 1958, et est entrée en vigueur le 7 juillet 1959.

³⁰⁶ [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).

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 l'identité des parties en conflit.

7.50. *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.

7.51. *Tribunaux compétents.* Les parties qui choisissent le règlement judiciaire des différends peuvent (1) saisir les tribunaux nationaux ou (2) saisir un tribunal international ou régional, selon la nature de la demande et de la compétence juridictionnelle du tribunal. Comme les tribunaux nationaux ont une compétence plus large, ils recevront une plus grande variété de litiges découlant des contrats entre investisseurs et gouvernements et entre investisseurs et communautés. Les tribunaux internationaux et régionaux ont une compétence juridictionnelle plus restreinte que les tribunaux nationaux qui est généralement limitée aux actions pour violation des droits de l'homme ou soulevant des questions de droit international.

1. Tribunaux nationaux

7.52. *En général.* Les parties contractantes à un CITA ou un accord connexe peuvent intenter une action et être poursuivies 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. Il convient de noter que selon la loi et les spécificités de l'administration de la justice dans un pays donné, le tribunal national compétent peut lui-même varier (par exemple, un tribunal municipal, régional, provincial, fédéral, ou il peut s'agir d'un tribunal administratif, tous ayant souvent des règles différentes).

7.53. *Investisseurs.* Pour les CITA qui ne contiennent pas de clause compromissoire, les investisseurs nationaux et étrangers peuvent porter leur différend avec d'autres parties contractantes devant les tribunaux de l'État hôte (c'est-à-dire l'État dans lequel les terres sont situées). 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.

7.54. *Autres parties contractantes.* D'autres parties contractantes peuvent également poursuivre un investisseur 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.

7.55. *Non-parties.* Les non-parties qui sont affectées par les activités menées par les parties contractantes et pouvant même avoir des droits en tant que tiers bénéficiaires (tels que les titulaires de droits fonciers légitimes et les membres de communautés locales), 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.

2. Tribunaux régionaux et internationaux

7.56. *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. À l'heure actuelle, à l'exception de la responsabilité individuelle pour crimes internationaux³⁰⁷, seuls les États peuvent être poursuivis devant les tribunaux internationaux et régionaux.

³⁰⁷

[Statut de Rome de la Cour pénale internationale](#), art. 25.

7.57. *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 comme la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest. 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 Parties. 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.

7.58. *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 II.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"³⁰⁸. L'action diplomatique peut consister, par exemple, en des négociations au niveau interétatique.

III. EXÉCUTION DES RÈGLEMENTS OU DÉCISIONS RÉGLANT UN DIFFÉREND

7.59. *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 pouvant varier d'un État à l'autre, la partie créancière devrait connaître les lois applicables du for devant lequel l'exécution est demandée.

³⁰⁸ CDI. 2006. [Projet d'articles de la Commission du droit international sur la protection diplomatique](#), article premier.

7.60. *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.

7.61. *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.

7.62. *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 ³⁰⁹, la sentence est reconnue et exécutée par les tribunaux de tout État Partie de la Convention comme un jugement définitif rendu par un tribunal de cet État ³¹⁰. Les parties qui essaient d'utiliser la Convention de New York ou la Convention CIRDI pour exécuter une sentence arbitrale devant les tribunaux d'un État donné doivent d'abord s'assurer que cet État soit État partie à l'une de ces conventions.

7.63. *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

³⁰⁹ Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, [Convention et règlements du CIRDI](#).

³¹⁰ Signée le 18 mars 1965 et entrée en vigueur le 14 octobre 1966, art. 54(1).

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.

7.64. *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 réparation ³¹¹.

³¹¹ NU. [Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme](#), pp. 3-14, 31-41. Exemples de régimes d'exécution: [Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation](#) (2018); [Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères](#) (1958); [Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale](#) (1971).

ANNEXE I - LISTE DE VÉRIFICATION DES QUESTIONS CLÉS

(Formatage et insertion de références à adapter)

Le cadre juridique (Chapitre 1)

Les parties contractantes peuvent trouver difficile l'identification du cadre juridique applicable car il faut évaluer le droit interne (par exemple, la législation, les décisions judiciaires, les règlements et, dans certains cas, les règles coutumières) de l'État dans lequel l'investissement aura lieu, ainsi que les éléments du droit international, régional et supranational qui peuvent influencer la relation contractuelle. En outre, pour réaliser des investissements agricoles responsables, il peut être nécessaire de traiter, dans le CITA lui-même, certaines questions ou lacunes identifiées dans le cadre juridique applicable. Le premier chapitre du Guide donne donc des indications sur les différentes sources de droit qui peuvent définir le cadre juridique applicable à un CITA.

➤ **Liste de vérification des questions clés**

Examiner et évaluer le cadre juridique applicable :

- analyser la hiérarchie du cadre juridique dans l'État hôte et identifier les règles obligatoires et applicables par défaut que les parties doivent respecter, ainsi que toute règle coutumière pertinente (par exemple, la non-discrimination sur la base du genre) ;
- prendre en considération la dimension du droit international privé (y compris les conflits de lois) (par exemple lorsque l'une des parties contractantes est un investisseur étranger) pour déterminer le cadre juridique applicable, et évaluer si une clause de choix de la loi est compatible avec le régime juridique national applicable ;
- identifier le droit international public applicable, qu'il s'agisse d'instruments contraignants (par exemple, traités, règles coutumières, principes généraux) ou non contraignants, tels que les documents d'orientation internationaux (par exemple, les Principes directeurs des Nations Unies, le VGGT, les principes du CSA-RAI , GJAC) ;
- analyser les décisions judiciaires pertinentes, qu'elles soient nationales, régionales ou internationales, qui peuvent entraîner des obligations au titre du CITA ;

- évaluer s'il existe des lacunes dans le régime juridique national et si ces lacunes peuvent être comblées par des dispositions contractuelles ; et, dans la négative, évaluer si un investissement proposé doit finalement être réalisé.

Parties contractantes et autres parties prenantes : structures contractuelles (Chapitre 2)

Le chapitre 2 fournit des orientations juridiques sur les potentielles "parties contractantes" (concedants, détenteurs de droits fonciers légaux et légitimes) et les "autres parties prenantes" (par exemple, les communautés locales, les populations autochtones, les organismes gouvernementaux, les prestataires de services) qui peuvent être intéressées ou impliquées en tant que tierces parties. Le guide examine la notion de détenteurs de droits fonciers légitimes et explore une variété d'arrangements contractuels possibles (par exemple, les contrats investisseurs-fournisseurs, les contrats multipartites, les accords de développement communautaire) que les parties peuvent décider d'adopter.

➤ **Liste de vérification des questions clés**

- adopter des mesures appropriées pour déterminer, respecter et protéger les droits détenteurs de droits fonciers légitimes - qui peuvent différer de ceux des détenteurs des droits fonciers légaux ;
- effectuer une cartographie des parties prenantes afin d'identifier les différentes potentielles parties contractantes et les autres acteurs qui peuvent avoir des droits et des obligations liés à la terre, ou qui peuvent être affectés par le CITA, y compris les communautés locales, les peuples autochtones et les agences gouvernementales qui peuvent avoir besoin d'être consultés pour éviter les occupants de mauvaise foi ;
- identifier des conseillers locaux de confiance et s'engager avec diverses parties prenantes représentant différentes préoccupations, y compris, le cas échéant, les femmes, les jeunes, les personnes âgées, les peuples autochtones, les pasteurs ou d'autres groupes qui utilisent la terre de manière non traditionnelle ;
- d'examiner les éventuels arrangements contractuels visant à équilibrer les intérêts de parties contractantes et parties prenantes, y compris les contrats entre investisseurs et concedants, les contrats multipartites, les accords connexes et les contrats avec les détenteurs de droits fonciers légitimes ;

- prendre en compte les coûts financiers et organisationnels de la mise en œuvre d'une approche participative des tiers bénéficiaires.

Questions précontractuelles importantes en contrats d'investissement en terres agricoles (Chapitre 3)

Une étape essentielle pour assurer le succès d'un projet d'investissement agricole est l'obtention d'informations essentielles relatives à l'investissement avant la signature d'un contrat. Le troisième chapitre du Guide présente les éléments clés des processus précontractuels concernant la diligence requise, les études de faisabilité et les plans d'affaires, ainsi que les évaluations d'impact. Des conseils quant à comment mener les consultations sont également fournis, en particulier à l'égard de qui doit être consulté, expliquant l'importance de la qualité des consultations et soulignant la pertinence et les principales composantes d'une participation active, libre, significative et informée. Le chapitre 3 donne en outre un aperçu des étapes de la formation des contrats, y compris les processus d'appel d'offres et de soumission, la négociation, en fournissant des orientations sur la forme, le contenu et les conditions contractuelles.

➤ **Liste de vérification des questions clés**

Diligence requise :

- veiller à ce que le processus de diligence requise réponde aux normes internationales, notamment en ce qui concerne la protection des droits fonciers dans le domaine des investissements agricoles.

Consultations :

- prendre des mesures pour que les consultations suivent les orientations internationales, soient menées le plus largement possible, tiennent compte de la diversité des points de vue et créent des espaces permettant aux groupes particulièrement marginalisés de se faire entendre, notamment dans les premières phases du projet ;
- assurer une participation active, libre, efficace, significative et informée en envisageant l'utilisation de FAQ, de radio en langue vernaculaire ou de conseillers locaux (en particulier pour les communautés éloignées) ;
- fournir des documents de consultation dans une langue à laquelle les communautés peuvent accéder et veiller à ce que les personnes concernées aient accès aux moyens nécessaires (par exemple, des conseillers locaux) pour qu'elles puissent comprendre les informations reçues ;

- prendre des mesures pour garantir que le consentement libre, préalable et éclairé soit obtenu des détenteurs de droits fonciers légitimes, en particulier dans le cas des peuples autochtones.

Étude de faisabilité :

- envisager d'inclure dans l'étude de faisabilité : a) la compilation de toutes les données pertinentes ; b) l'analyse des solutions de rechange pour atteindre les objectifs du projet ; c) l'examen détaillé des coûts et des avantages de l'efficacité du projet ; d) la conception préliminaire ; et e) l'évaluation détaillée des risques, y compris ceux liés aux impacts environnementales et sociales ;
- évaluer le risque de suraccumulation de terres dans les cas où le même investisseur ou l'une de ses filiales aurait déjà acquis des droits d'occupation dans le même pays/zone ;
- examiner si la terre identifiée est à la fois appropriée et disponible et, si oui, évaluer si les ressources nécessaires (exemple l'eau) sont également disponibles ;
- considérer si le projet d'investissement concerne des terres qui doivent être expropriées ou si elles l'ont déjà été expropriées - à la suite de quoi ou pour lesquelles les détenteurs de droits fonciers légitimes ou d'autres communautés locales sont expulsés.

Plan d'affaires :

- élaborer un plan d'affaires pour le projet proposé impliquant la terre et les ressources naturelles en question et organiser les informations recueillies à partir d'une étude de faisabilité dans le cadre des stratégies de marketing, d'exploitation, de gestion et de financement du projet d'investissement.

Les évaluations d'impact :

- réaliser des évaluations d'impact en entreprenant cet exercice de manière holistique, en mettant l'accent sur la durabilité et en utilisant l'approche intégrée et participative ;

Mécanismes de réclamations et règlements des différends

- mener simultanément des évaluations concernant les impacts environnementaux, les impacts sociaux, les impacts sur les droits de l'homme, les impacts économiques, ainsi que les impacts culturels, et les impacts sur les droits de propriété intellectuelle, en gardant à l'esprit que toutes les évaluations peuvent ne pas être nécessaires dans un contexte particulier ;
- pour être plus qu'un simple exercice de "box-ticking", une évaluation d'impact devrait comprendre, entre autres, les éléments essentiels suivants : des mécanismes visant à garantir la participation de tous les détenteurs de droits fonciers légitimes susceptibles d'être affectés ; des plans de suivi et d'évaluation, y compris ceux visant à atténuer les éventuels impacts négatifs ; et l'identification des acteurs susceptibles de recevoir une réparation ;
- examiner si l'inclusion de clauses appropriées dans le CITA ou dans un accord connexe pourrait éviter ou atténuer les impacts potentiels signalés dans les évaluations d'impact ;
- reconsidérer le projet si des impacts négatifs importants sont envisagés qui ne peuvent être évités ou atténués par le contrat ou un accord connexe.

Négociation et formation de contrats :

- se conformer aux exigences et aux orientations relatives à la présentation et à l'examen des propositions d'investissement, qui doivent être examinées de manière transparente en tenant compte des incidences de la proposition, des garanties et de l'alignement général sur les plans de développement et des résultats dans la publication du contrat et de tout accord connexe, sous réserve de la rédaction d'informations confidentielles ;
- mener les négociations ou renégociations de manière inclusive et transparente, ce qui garantit à la fois la validité de tout contrat, accord ou modification qui en résulterait, et que les parties et acteurs concernés sont correctement représentés et bénéficient de l'assistance juridique nécessaire ;

- veiller à ce que le contrat ou l'accord qui en résulte réponde à des exigences de forme et de contenu dont l'inexécution pourrait, par exemple, entraîner l'annulation de ce contrat ou accord ou diverses sanctions.

Droits et obligations des parties (Chapitre 4)

L'un des plus grands défis auxquels sont confrontées les parties à un CITA est de savoir comment rédiger des dispositions appropriées traitant non seulement des droits fonciers particuliers et des droits connexes qui sont accordés, mais aussi des garanties nécessaires pour toute lacune dans la législation de l'État et pour les impacts éventuels de l'investissement. Le chapitre 4 vise donc à faciliter la négociation de dispositions dans divers domaines, tels que le régime foncier, les droits humains et sociaux - y compris la sécurité alimentaire, le genre et la jeunesse -, l'environnement, les finances, la protection des investissements et l'autonomie réglementaire des États, ainsi que le suivi, la mise en œuvre et la transparence. Des conseils juridiques sont fournis sur un certain nombre de ces garanties, y compris des mécanismes innovants pour assurer le respect des exigences environnementales et pour partager les bénéfices découlant des terres agricoles louées avec les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, notamment les accords de développement communautaire, les exigences en matière d'emploi ou de contenu local et les programmes de plantations satellites.

➤ **Liste de vérification des questions clés**

En ce qui concerne le droit foncier :

- préciser l'emplacement et la description du terrain, y compris, le cas échéant, les clauses connexes contenant les conditions relatives aux terrains supplémentaires ;
- préciser les droits fonciers à accorder, y compris les droits d'utilisation, d'accès et de contrôle des terres, des ressources, des services publics et des installations, ainsi que tout droit retenu ou réservé au concédant ou pour protéger et respecter les détenteurs de droits fonciers légitimes ;
- préciser tout droit connexe à accorder, y compris l'accès aux services publics, à l'utilisation et à la construction d'infrastructures, et autres droits nécessaires aux activités du projet (par exemple, importation, exportation, et transport ;

Mécanismes de réclamations et règlements des différends

- définir les paramètres de développement du projet, y compris les objectifs, les délais, les indicateurs de performance et les mesures d'incitation et de coordination, par exemple, avec les conditions éventuelles de durée et de renouvellement, de suivi, de révision périodique, de cas de force majeure et de transfert et de retour ;
- définir les conditions de la durée et du renouvellement de l'octroi de ces droits, en coordination avec les éventuels paramètres de développement du projet et les dispositions de révision périodique.

En ce qui concerne les questions sociales et économiques, examiner et préciser si nécessaire :

- les contributions monétaires en échange des droits accordés, qui peuvent varier en fonction de la forme du projet et de l'accord global établi par le CITA, et de tout accord connexe, ainsi que le calendrier et la forme de ces contributions et toute exigence de capitalisation visant à garantir que l'investisseur dispose de ressources adéquates ;
- la création d'emplois, l'accès aux emplois et les droits du travail, qui peuvent offrir aux détenteurs de droits fonciers légitimes des emplois de qualité dans le cadre du projet, en mettant particulièrement l'accent sur l'inclusion de ces détenteurs de manière à réduire la ségrégation professionnelle et à respecter les droits et les normes internationales en matière de conditions de travail et de lieu de travail ;
- le contenu et le traitement locaux, qui peuvent promouvoir un développement inclusif dans la zone du projet et peuvent comporter des incitations ou des exigences de performance afin d'établir davantage de liens avec l'économie locale ;
- l'agriculture contractuelle, les programmes de sous-traitance et les relations au sein de la chaîne d'approvisionnement, qui offrent diverses modalités permettant au projet d'impliquer les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, et certains paramètres minimums et aspects clés de ces modalités doivent être spécifiés dans le CITA ou dans un accord connexe ;
- les fonds de développement communautaire et les infrastructures sociales, par lesquels l'investisseur apporte des contributions monétaires ou en nature à des fonds ou à des projets communautaires afin de

Guide juridique sur les contrats d'investissement en terres agricoles
UNIDROIT/FAO/FIDA
(août 2020)

partager les bénéfices de l'investissement et pour lesquels il existe diverses pratiques contractuelles et questions à traiter dans le CITA ou un accord connexe.

En ce qui concerne l'environnement, considérer et préciser si nécessaire :

- le droit national, régional et international applicable , ainsi que les instruments pertinents en matière de responsabilité sociale des entreprises et le rôle que les CITA et les accords connexes peuvent jouer dans la protection de l'environnement ;
- les résultats des évaluations des impacts sur l'environnement et la manière dont ces impacts pourraient être traitées par des dispositions contractuelles ;
- des dispositions contractuelles concernant : la prévention de la pollution et de la dégradation des sols, la protection de l'eau et des écosystèmes, la gestion des déchets et l'atténuation et l'adaptation au changement climatique, le suivi et la clôture des projets.

En ce qui concerne la protection des investissements et l'autonomie réglementaire, envisager et préciser si nécessaire :

- la nécessité d'un équilibre entre la protection de l'investissement de l'investisseur et l'autonomie réglementaire de l'État dans lequel cet investissement est situé ou doit être situé, en vertu du droit applicable et de tout accord international d'investissement applicable ;
- à la lumière de cet équilibre, considérer des dispositions relatives aux CITA entre investisseurs et gouvernements, traitant - si nécessaire - des circonstances dans lesquelles un gouvernement peut exproprier l'investissement et la sécurité physique et juridique de l'investissement, tout en gardant à l'esprit qu'un projet d'investissement agricole responsable ne devrait pas nécessiter de dispositifs de sécurité étendus.

En ce qui concerne le suivi et la mise en œuvre, envisager et préciser si nécessaire :

- les modalités de suivi et de mise en œuvre du projet, avec un accent particulier sur la promotion d'une communication ouverte entre les parties et les acteurs ;

- la désignation de la personne responsable du contrôle des différentes obligations d'un CITA ou d'un accord connexe, ainsi que les méthodes et les normes de ce contrôle ;
- la manière dont les investisseurs et les bailleurs de fonds doivent rendre compte des questions suivies et de l'ensemble du projet, entre eux et avec les parties prenantes et le grand public, en tenant compte des obligations en matière de reporting prévues par le droit applicable, des normes internationales en matière de rapports et de la rédaction d'informations confidentielles ;
- les conditions relatives aux permis et licences, aux assurances, aux éventuelles garanties de bonne exécution ou cautions, ainsi qu'aux préavis et à l'examen périodique de l'exécution du contrat.

***Gestion de la relation contractuelle au cours de sa mise en œuvre :
Traitement de l'inexécution et des recours (Chapitre 5)***

Les parties contractantes et les parties prenantes concernées peuvent éventuellement se trouver dans des situations où les droits envisagés ne seront pas respectés et/ou les obligations ne seront pas exécutées de manière satisfaisante, que ce soit à la suite d'un événement extérieur au contrôle des parties ou en raison d'une défaillance ou d'un manquement d'une des parties. Dans de nombreux systèmes juridiques, cependant, il n'existe pas de lignes directrices sur la manière de traiter les cas d'inexécution et sur les types de recours dont disposent les parties contractantes et les parties non contractantes pour obtenir réparation. Le chapitre 5 du Guide fournit des orientations sur l'importance de garantir l'accès à un recours effectif et souligne le rôle que les parties contractantes peuvent jouer dans l'établissement d'un plan d'urgence, notamment en mettant en place des mécanismes contractuels adéquats et efficaces. Le chapitre se concentre donc sur les recours contractuels, mais, selon le système juridique spécifique, une partie lésée peut également être autorisée à demander réparation en dehors du contrat ou de l'accord connexe.

➤ **Liste de vérification des questions clés**

En ce qui concerne le plan d'urgence, il faut examiner et préciser si nécessaire :

- des situations possibles dans lesquelles certaines obligations pourraient ne pas être remplies et de la manière dont cette inexécution pourrait être excusée ou à laquelle il pourrait être remédié d'une autre manière afin d'intégrer, dans la mesure nécessaire, un plan d'urgence dans le CITA et promouvoir la prévisibilité, la stabilité et la flexibilité dans la relation contractuelle ;

- lors de la conception d'un tel plan, prendre des mesures pour s'assurer que les excuses ou les recours qu'il prévoit sont proportionnels, favorisent la coopération entre les parties et sont par ailleurs compatibles avec toute obligation de surveillance et tout mécanisme de règlement des griefs et des différends convenus.

En ce qui concerne les excuses, considérer et préciser si nécessaire :

- les événements qualifiés de cas de force majeure et ses conséquences ;
- pour les changements de circonstances, compte tenu de la diversité des approches en droit interne, préciser les circonstances particulières donnant lieu à une situation de détresse, et les conséquences de cette situation ;
- pour les contrats entre investisseurs et gouvernements, les circonstances particulières qui peuvent résulter de troubles civils et d'autres situations de nécessité.

En ce qui concerne les voies de recours, il faut envisager et préciser si nécessaire :

- le rôle du comportement de la partie lésée dans la violation, y compris l'ingérence, la contribution à la violation et le devoir d'atténuer ;
- les recours en nature, qui comprennent le refus d'exécution, le droit à l'exécution, ainsi que les mesures correctives et le droit de guérison ;
- les recours monétaires, qui comprennent la réduction des prix, ainsi que le droit aux intérêts et aux retards de paiement ;
- les renégociations qui peuvent permettre d'atténuer le risque et de réviser le contrat ou l'accord connexe ;
- la résiliation et la restitution, y compris les motifs de résiliation, les clauses de pénalité, ainsi que la procédure et les effets de la résiliation, qui ne doivent être utilisés qu'en dernier recours ;
- la manière dont il serait généralement remédié aux diverses violations - par l'investisseur, le concédant et le détenteurs de droits fonciers légitimes -.

Transfert des droits et obligations découlant du contrat et restitution des droits fonciers (Chapitre 6)

Le Chapitre 6 fournit des conseils juridiques axés sur deux moments clés de la durée de vie d'un CITA : premièrement, le transfert du projet d'investissement ou des droits et obligations découlant des CITA, en particulier d'un investisseur à un autre, et deuxièmement, la restitution du terrain à l'issue de ces contrats. En ce qui concerne les transferts, les parties doivent veiller à ce qu'ils soient traités de manière à ce qu'un projet devienne ou continue d'être responsable et durable. Des indications sont fournies sur les conditions dans lesquelles le projet peut être transféré, les limites du transfert et l'importance de la divulgation des transferts. Pour les retours, les parties doivent s'assurer que les terres agricoles restent productives et que les droits y afférents sont restitués à ceux qui les ont concédés ou qui les ont libérés d'une autre manière. À ces fins, le Guide se concentre sur les situations couvertes par le retour, le contexte particulier du retour, et le coût et les responsabilités du retour.

Liste de vérification des questions clés

En ce qui concerne le transfert, il faut envisager et préciser si nécessaire :

- les conditions dans lesquelles le projet peut être transféré, y compris en ce qui concerne la notification, l'acceptation et le consentement préalables à ce transfert, ainsi que la manière dont ce transfert affecte tout accord connexe ;
- les conditions dans lesquelles l'investisseur peut transférer ses droits et obligations à un autre investisseur, notamment en ce qui concerne les changements de contrôle, les héritiers et les affiliés, les fusions et les partenariats ;
- des limitations au transfert, notamment en ce qui concerne les terres publiques, les grandes superficies et la nationalité de l'investisseur ;
- l'importance de la divulgation des transferts.

En ce qui concerne le retour, il faut envisager et préciser si nécessaire :

- les situations couvertes par le retour qui concerne généralement la fin du contrat, que ce soit à l'expiration de la durée du contrat ou par accord mutuel ;

- le contexte particulier de la restitution, y compris les biens à restituer, les distinctions entre les biens publics et privés, et la manière dont les terres, les arbres, les cultures, les bâtiments et les infrastructures, les équipements et autres technologies doivent être traités ;
- le coût et les obligations de la restitution, y compris la manière dont (et par qui) la responsabilité en est assumée, la détérioration et le calendrier.

Mécanismes de règlement des griefs et de résolution des litiges (Chapitre 7)

Le Chapitre 7 traite des types de griefs et de litiges qui surviennent couramment dans le cadre des CITA et des divers mécanismes de règlement des différends non judiciaire et judiciaire. En établissant des mécanismes de règlement des griefs appropriés, notamment pour les employés, les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, les parties contractantes peuvent réduire les risques associés à un investissement agricole et prévenir les conflits. Toutefois, en cas de différend, le fait d'avoir défini une procédure de règlement des différends et les engagements connexes dans le contrat - y compris, par exemple, les expertises, la négociation, la médiation, la conciliation, l'arbitrage et le contentieux - peut garantir que les différends soient résolus rapidement et que les terres agricoles louées ne restent pas en jachère pendant ce différend. Les conseils juridiques visent à aider à comprendre les différentes possibilités de règlement des griefs et des litiges et à définir des procédures efficaces à cet égard.

➤ **Liste de vérification des questions clés**

Pour les mécanismes de règlement des griefs, considérer et préciser si nécessaire :

- la manière dont ces mécanismes sont liés aux évaluations d'impact, aux détenteurs de droits fonciers légitimes et aux communautés locales, ainsi que la manière dont les préoccupations de ces détenteurs et des communautés peuvent être mieux pris en compte ;
- les différents types et formes de ces mécanismes ;
- les bonnes pratiques, qui fournissent des orientations pour la mise en place et la mise en œuvre de mécanismes de réclamation efficaces.

Mécanismes de réclamations et règlements des différends

En ce qui concerne les mécanismes de règlement des différends, considérer et préciser si nécessaire :

- l'importance de l'accès à un recours effectif et de la fourniture contractuelle d'un tel recours, avec une compréhension de ce qui peut être convenu par les parties ;
- la manière dont l'inégalité du pouvoir de négociation peut influencer cet accord, les différents forums disponibles et la participation des tierces parties, le forum par défaut et le consentement.

Pour le règlement non judiciaire des litiges, il convient d'examiner et de préciser si nécessaire :

- en choisissant une ou plusieurs des options suivantes adaptées aux circonstances particulières - notamment l'expertise pour les litiges de fait, la négociation ou la médiation, et l'arbitrage, ce dernier pouvant être fondé sur un contrat ou un traité ;
- choisir un mécanisme de règlement non judiciaire des litiges, en veillant particulièrement à inclure toutes les autres parties prenantes et les tiers bénéficiaires.

Pour le règlement judiciaire des litiges, considérer et préciser si nécessaire :

- examiner si les tribunaux de l'État dans lequel le terrain est situé (c'est-à-dire l'État hôte) ont une compétence exclusive pour les litiges concernant le terrain et les différentes demandes et procédures devant ces tribunaux nationaux et si certaines demandes pourraient être soumises à des tribunaux internationaux ou régionaux.

En ce qui concerne l'exécution des règlements ou des décisions réglant un litige :

- examiner les différents moyens par lesquels une transaction ou une décision pourrait être exécutée afin de garantir qu'un régime d'exécution efficace soit disponible, si nécessaire, pour fournir une véritable réparation.