

Remodeler les contrats pour promouvoir des investissements de qualité concernant des ressources naturelles

Points-clés

- **Les initiatives pour** renforcer la capacité des gouvernements à négocier de bons contrats peuvent faire la différence - mais elles doivent être complétées par des efforts pour augmenter la transparence et la participation publique dans le processus de passation des contrats.
- **Pour le développement durable**, faire une bonne affaire ne suffit pas - il faut prendre en compte les considérations sociales et environnementales, et cela non seulement dans des clauses consacrées à ces sujets, mais aussi dans le contrat entier et tout au long du processus de passation des contrats.
- **Le soutien aux capacités de** préparation aux investissements dans les contrats et dans les processus de passation des contrats (par exemple pour améliorer les mesures de sauvegardes, l'expertise, les partenariats ou les contrats types) peut aider à s'assurer que les contrats produisent un investissement de qualité.

Les contrats d'investissement sont des accords entre un investisseur et un pays hôte qui définissent les termes d'un projet d'investissement. Les concessions pour des projets d'agriculture ou d'industrie extractive en sont des exemples. Considérés conjointement avec les lois nationales et internationales applicables, ces contrats définissent la manière dont les risques, les coûts et les bénéfices sont distribués. La sélection de ceux qui peuvent participer au développement des contrats influence la mesure dans laquelle les parties tierces peuvent exprimer leurs avis. Par conséquent, passer les contrats correctement est très important pour maximiser la contribution de l'investissement au développement durable. Cela ne se limite pas aux questions sur les revenus publics, et inclut la transparence et la participation publique dans le processus de passation des contrats, et une bonne intégration des considérations sociales et environnementales au travers du contrat.

Pourquoi les contrats sont importants pour un investissement de qualité

Récemment, la libéralisation économique, l'amélioration des transports et de la communication, et la demande globale en énergie, minéraux et produits agricoles ont alimenté l'investissement étranger dans des projets de ressources naturelles dans de nombreux pays pauvres. Par ailleurs, dans beaucoup de pays à bas revenu, le secteur des ressources naturelles fait l'objet d'une grande partie des investissements étrangers.

Les investissements dans les ressources naturelles peuvent aider à stimuler la croissance économique, à générer des revenus publics, à développer l'infrastructure et à créer l'emploi. Cependant, ils peuvent aussi ne pas parvenir à créer suffisamment de liens positifs avec l'économie locale et ils peuvent mettre à l'écart les producteurs locaux. L'investissement étranger peut amener des technologies plus propres et une meilleure gestion, mais de grands projets de ressources naturelles peuvent aussi dégrader l'environnement. Les investissements dans les ressources naturelles peuvent créer de nouvelles sources de revenu qui aident à réduire la pauvreté, mais ils peuvent aussi priver les pauvres de leurs terres et de leurs ressources naturelles.

Ces résultats sociaux, environnementaux et économiques, positifs et négatifs, dépendent de multiples facteurs, y compris de la politique et des contextes institutionnels et socio-économiques. C'est la "qualité" du contrat entre l'investisseur et les pays hôtes qui est la clé pour déterminer à quel point l'investissement soutient ou sape les objectifs de développement durable comme la réduction de la pauvreté et la durabilité environnementale.

Les contrats d'investissement incluent, par exemple, le pétrole, les concessions minières ou agricoles, et les accords de partage de production dans les projets en pétrole et gaz. Malgré une grande diversité dans la pratique contractuelle, habituellement ces accords répartissent les droits aux ressources, fixent les termes des activités de développement de la ressource, définissent le partage des revenus entre l'investisseur et l'état, et établissent les sauvegardes sociales et environnementales. La qualité est beaucoup plus influencée par ces principaux termes de l'investissement que par la philanthropie d'entreprise qui est marginale.

Les gouvernements qui cherchent à encourager l'investissement de qualité doivent réfléchir sérieusement aux termes contractuels et à la manière avec laquelle ils sont négociés et gérés. A long terme,

La transparence dans la passation de contrats est cruciale, mais pas suffisante

un contrat juste est aussi important pour l'investisseur: par exemple, un accord fiscal déséquilibré exposerait l'investisseur au risque d'une renégociation, et de mauvaises sauvegardes sociales et environnementales exposent le projet à la contestation locale et au conflit.

Capacité à négocier un bon accord

Les pays à bas revenus n'obtiennent pas toujours le meilleur accord possible. Par exemple, une analyse faite par l'IIED¹ sur des contrats types d'investissement

agricole en Afrique a soulevé des inquiétudes sur le niveau d'équité offert ou sur leur réponse réelle aux considérations sociales et environnementales.

Le problème a de nombreuses causes, y compris les déséquilibres de pouvoir de négociation, les

asymétries d'information (par exemple sur le potentiel géologique ou agri-commercial), les contraintes de temps et la corruption. Les différences de capacité à négocier (par exemple l'expertise juridique, la modélisation financière ou les compétences en négociation) constituent souvent un défi important.²

Soutenir ces capacités peut aider les négociateurs gouvernementaux à améliorer les résultats des négociations. Au Libéria, le leadership politique et l'assistance juridique de niveau international pendant la renégociation de concessions minières et agricoles ont abouti à des améliorations de la pratique contractuelle.³

Il y a de plus en plus de débat sur l'idée d'établir des mécanismes internationaux pour renforcer la capacité des gouvernements à négocier des contrats. Certaines initiatives récentes apportent déjà un tel soutien, en particulier en ce qui concerne l'aide juridique. La Facilité africaine de soutien juridique⁴ sous l'égide de la Banque africaine de développement permet l'accès à l'expertise juridique aux gouvernements africains qui se débattent avec de grands problèmes juridiques, y compris les négociations d'importants contrats en ressources naturelles. D'une manière similaire, l'International Senior Lawyers Project (Projet international d'avocats seniors) a apporté un conseil juridique à titre bénévole aux gouvernements qui négocient des contrats pour les projets de ressources naturelles.⁵ L'ONU a également apporté un soutien aux capacités en Afrique et en Asie.⁶

Les efforts pour améliorer un contrat d'investissement peuvent maximiser son potentiel en développement durable uniquement s'ils abordent le processus de passation des contrats et non seulement les provisions contractuelles, et s'ils s'attaquent aux accords fiscaux ainsi qu'à toutes les considérations sociales, environnementales et économiques.

Ouvrir le processus de passation de contrats

La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 met les populations au centre du développement durable et lance un appel à la

participation publique dans le processus de prise de décisions. Par conséquent, les caractéristiques de la passation de contrats — c'est à dire le processus de développement et de gestion de contrats d'investissement — sont essentielles pour le développement durable. Que les populations affectées par un investissement puissent s'exprimer dans le processus de passation de contrats et la facilité avec laquelle le public peut tenir les gouvernements et les investisseurs pour responsables sont les deux aspects clés pour l'encouragement des investissements de qualité qui répondent aux besoins et aspirations de populations locales.

La transparence dans le processus de passation des contrats est une condition préalable cruciale pour un débat local sérieux et pour un droit de regard public sur les gouvernements et les investisseurs. Exiger et s'engager à la transparence dans le processus de passation des contrats enverrait un message qui attirerait les investisseurs "de qualité" et mettrait la pression pour des termes justes. Bien que la grande majorité des contrats d'investissement dans les ressources naturelles se négocie derrière des portes closes et que les termes des contrats soient rarement dévoilés, de plus en plus de pressions s'exercent pour un droit de regard public.

Plusieurs directives internationales de "bonnes pratiques" soutiennent la publication des termes des contrats sauf si des raisons impérieuses s'y opposent (par exemple les standards de performance de la Société Financière Internationale, récemment révisés, et les principes pour des contrats responsables de l'ONU).^{7,8} La nouvelle "Open Contracting initiative" (l'Initiative pour les contrats transparents) encourage la transparence dans la passation des contrats publics, y compris dans les industries extractives et le secteur agricole.⁹

Certains gouvernements ont dévoilé leurs contrats dans l'industrie extractive, et au Libéria la publication est une obligation légale. La loi dans les pays d'origine des investisseurs peut également être utile. Aux États-Unis, la loi Dodd-Frank de 2010 exige de rendre public les paiements faits aux gouvernements par les entreprises de l'industrie extractive cotées à la Bourse américaine.

Mais la publication seule a peu de chances d'être suffisante. Un contrat d'investissement conclut un processus de prise de décisions et de négociations. Augmenter la transparence et la consultation publique avant qu'un marché ne soit conclu est d'une importance capitale. Cela demande un engagement réel de la communauté dans les premières étapes du développement du projet. La bonne pratique internationale recommande un consentement libre, préalable et informé, et il existe une expérience croissante pour y parvenir.

De la même manière, la publication peut améliorer la redevabilité uniquement si ceux qui sont touchés par les décisions, ainsi que le grand public, peuvent se mobiliser et mettre à profit les informations divulguées. Les organisations non-gouvernementales ou les associations de producteurs locaux, les parlementaires et les médias jouent un rôle particulièrement important dans la promotion d'un droit de regard public. Beaucoup

dépend de l'espace politique et un soutien aux capacités peut être nécessaire quand sont passés au crible des problèmes contractuels souvent complexes.

Pour terminer, un bon contrat ne peut pas réussir sans une bonne exécution. Les gouvernements hôtes ont besoin d'être capables non seulement de conclure un accord, mais aussi de surveiller et de faire respecter les termes tout au long du projet. Renforcer les contrôles et les contrepoids non-gouvernementaux peut aussi améliorer la surveillance et la mise en application des contrats.

Dans plusieurs pays à bas revenu les organismes de la société civile font un travail important pour passer les contrats au crible, autonomiser les groupes locaux et responsabiliser les gouvernements et les investisseurs.¹⁰ Ces efforts doivent être soutenus et augmentés.

Comment prendre les considérations sociales et environnementales au sérieux

Même un accord qui est économiquement bénéfique pour le pays entier est mauvais si les considérations sociales et environnementales ne sont pas prises en compte correctement. Les investissements à grande échelle dans les ressources naturelles peuvent avoir des impacts environnementaux importants. Ils peuvent aussi soulever des questions sociales majeures telles que comment gérer l'acquisition de terres, comment assurer la sécurité alimentaire locale d'une manière constante, comment encourager une grande participation aux bénéfices du projet, comment régler le comportement des forces de sécurité et comment établir des mécanismes d'arbitrage efficaces.

Gérer ces problèmes exige d'abord et avant tout une législation nationale bien rédigée et respectée afin de réglementer l'évaluation d'impact et les standards opérationnels, de donner au gouvernement des pouvoirs d'inspection, et d'établir les responsabilités légales et les mesures de réparation — entre autres. Par exemple, l'acquisition de terres est souvent une pomme de discorde importante, parce qu'elle peut détruire les moyens de subsistance locaux et l'identité socio-culturelle. Dans de nombreux pays la loi nationale n'accorde que des droits aux terres très faibles aux groupes locaux. Renforcer les droits locaux et amplifier les voix locales peut exiger qu'on reconsidère des aspects importants de la législation nationale et une meilleure application des lois existantes.

Bien qu'il soit très important de définir correctement les cadres légaux, les contrats d'investissement peuvent en soi offrir de la 'qualité' sur les questions sociales et environnementales. Par exemple, là où la loi nationale sur l'acquisition de terres ne répond pas aux attentes, les contrats peuvent faire référence aux standards internationaux comme ceux développés par la Société Financière Internationale — même si les engagements doivent disposer de suffisamment de ressources et que les gouvernements doivent pouvoir les faire respecter.

Durant les deux dernières décennies la pratique contractuelle dans certains secteurs a prêté de plus en plus attention aux standards sociaux et environnementaux. Par exemple, une étude sur les clauses qui régulent les questions environnementales dans 41 contrats de pétrole et de gaz signés entre 1994 et 2008¹¹ a trouvé que la plupart exigeaient la conformité avec la loi nationale et avec les standards internationaux. Cela a marqué un progrès significatif comparé avec la situation au début des années 1990, quand les standards environnementaux étaient moins importants dans les contrats pétroliers, même si l'étude a aussi attesté des failles dans les approches utilisées (par exemple, des standards internationaux qui n'étaient pas clairs).

Il est également important que les contrats d'investissement obligent l'investisseur à transmettre les obligations des standards sociaux et environnementaux aux sous-traitants et aux fournisseurs, puisque beaucoup d'activités du projet ne seront pas exercées directement par l'investisseur.

Cependant, même si les clauses contractuelles sur les standards sociaux et environnementaux ont eu tendance à s'améliorer, les considérations sociales, environnementales et économiques sont intimement liées et elles ne doivent pas être considérées séparément. Équilibrer ces considérations est l'essence même du développement durable. Prendre les considérations sociales et environnementales au sérieux exige qu'on les reflète tout au long du contrat et non seulement dans les clauses consacrées à définir les standards qui s'appliquent. Par exemple, dans les grands investissements agricoles, le contrat peut définir des standards rigoureux sur la manière de gérer les relocations et les compensations. Mais un contrat de qualité peut aussi façonner l'entreprise agri-commerciale d'une manière qui minimise l'acquisition de terre dès le

Ce briefing se base sur le travail consultatif de l'IIED pour le gouvernement de Laos, effectué comme partie d'un projet d'appui aux capacités mené par l'Initiative Pauvreté-Environnement de PNUD-PNUE, et aussi sur presque une décennie de recherche approfondie de l'IIED et ses partenaires. Les études suivantes en particulier offrent des ressources utiles:

- Cotula, L. Tienhaara, K. 2012. Reconfiguring investment contracts to promote sustainable development. In: Sauvant, K. P. *Yearbook on International Investment Law & Policy*. Oxford University Press, USA. <http://pubs.iied.org/G03528>
- Ahmadov, I. et al. 2012. *How to scrutinise a production sharing agreement*. IIED, London. <http://pubs.iied.org/16031IIED>.
- Cotula, L. 2011. *Land deals in Africa. What is in the contracts?* IIED, London. <http://pubs.iied.org/12568IIED>
- Cotula, L. 2010. *Investment contracts and sustainable development — how to make contracts for fairer and more sustainable natural resource investments*. IIED, London. <http://pubs.iied.org/17507IIED>
- Cotula, L. 2010. Pushing the boundaries vs. striking a balance: the scope and interpretation of stabilization clauses in light of the Duke v. Peru award. *Journal of World Investment and Trade* 11(1) 25–43.
- Cotula, L. 2008. *Regulatory takings, stabilization clauses and sustainable development*. Paper prepared for the OECD Global Forum on International Investment VII, March 2008. www.oecd.org/investment/globalforum/40311122.pdf
- Ayine, D. et al. *Lifting the lid on foreign investment contracts: the real deal for sustainable development*. 2006. IIED, London. <http://pubs.iied.org/16007IIED>

départ, en limitant l'échelle des nouvelles plantations, en focalisant l'investissement sur la transformation des produits agricoles et en utilisant les produits de producteurs locaux, lorsque cela répond aux aspirations locales et mène à des résultats plus inclusifs.

De la même manière, les aspects sociaux et environnementaux nécessitent une attention particulière pendant la discussion sur les provisions économiques comme les clauses de 'stabilisation' qui ont pour but de protéger l'investissement d'arbitraires changements de la réglementation qui pourraient nuire au projet. Etant donné que les contrats sont souvent à long terme, il peut être nécessaire ultérieurement de rendre plus stricts les standards sociaux et environnementaux, particulièrement lorsque les besoins sociaux et les sensibilités changent, lorsque de nouveaux risques sont découverts ou que de nouvelles technologies qui peuvent mieux atténuer les risques sociaux et environnementaux sont développées. Mais si élever les standards sociaux et environnementaux augmente les coûts du projet ou retarde son implémentation, cela peut nuire à l'équilibre économique de l'accord, et potentiellement déclencher les clauses de stabilisation qui ont pour but de protéger cet équilibre. Si les finances publiques sont sous pression, l'obligation de restaurer l'équilibre économique ou de compenser l'investisseur peut rendre difficile aux gouvernements la prise des mesures nécessaires à la protection de l'environnement ou des populations.

Des contrats de qualité devraient n'utiliser des clauses de stabilisation que lorsque celles-ci sont vraiment nécessaires pour protéger l'investissement contre l'ingérence arbitraire.

Par exemple, puisque des clauses de stabilisation sont souvent exigées pour l'acceptation du projet par les banques, il peut être possible de limiter la stabilisation à la durée du crédit, qui peut être bien plus courte que la durée du contrat. Des types de clauses plus flexibles offrent des opportunités pour restaurer l'équilibre économique au travers de négociations de bonne foi au lieu de figer le cadre régulateur. Lorsqu'elles sont

utilisées, les clauses de stabilisation doivent être clairement définies pour s'assurer que les actions non-discriminatoires et de bonne foi sur les questions sociales et environnementales ne soient pas empêchées.

Négocier des contrats de qualité exige de l'expertise pour gérer non seulement des questions fiscales et juridiques, mais aussi une plus grande gamme de considérations sociales, environnementales et économiques.

Comment concrétiser cela

Pour tous les aspects mentionnés ci-dessus (c'est à dire la capacité de négocier, les processus de passation de contrats plus transparents, et une approche intégrant les considérations sociales, environnementales et économiques), la préparation est la clé pour de meilleurs contrats d'investissement. Par exemple, développer une vision partagée pour le développement sectoriel et pour les types d'investissement à promouvoir; rendre plus strictes les règles et procédures dans l'attente des investissements, y compris pour rendre possibles la transparence et l'implication réelle de la communauté; créer des partenariats avec des centres d'excellence internationaux; renforcer les capacités aux niveaux local et international; ou développer des contrats types comme bases de négociations futures — tout cela contribue à s'assurer que les questions stratégiques soient abordées d'une manière systématique avant que le temps ne presse trop fortement durant les négociations individuelles.

Là où la demande locale existe, l'appui aux capacités sur ces étapes peut récolter des avantages clairs et peut aider à faire des contrats d'investissement un levier important pour promouvoir l'investissement de qualité.

■ LORENZO COTULA

Lorenzo Cotula (www.iied.org/users/lorenzo-cotula) est un chercheur senior en droit et développement durable et chef de l'équipe d'investissement à l'IIED.

À propos de cette série

La 'qualité' d'un investissement commercial détermine si celui-ci encourage le développement durable inclusif dans les pays à bas revenu ou nuit à celui-ci. Ce briefing fait partie d'une série de l'IIED qui étudie la notion d'investissement de qualité au travers de secteurs et de thèmes différents. Les briefings individuels ne commencent pas par une définition précise de l'investissement de qualité. Au lieu de cela, un briefing final fera le bilan de la série et débattrà des implications d'une telle définition.

L'Institut International pour l'Environnement et le Développement (IIED) est un institut de recherche indépendant à but non-lucratif qui travaille dans le domaine du développement durable. L'IIED offre de l'expertise et de la direction sur la manière d'étudier et d'atteindre le développement durable aux niveaux locaux, nationaux et mondiaux.

Ce briefing a été réalisé avec le soutien généreux de Danida (Danemark), Irish Aid (Irlande), Norad (Norvège) et Sida (Suède).

Contact: Lorenzo Cotula
lorenzo.cotula@iied.org
80–86 Gray's Inn Road,
London WC1X 8NH, UK
Tel: +44 (0)20 3463 7399
Fax: +44 (0)20 3514 9055
Web: www.iied.org

Notes

- ¹ Cotula, L. 2011. *Land deals in Africa – what is in the contracts?* IIED, London. <http://pubs.iied.org/12568IIED> ■ ² Vale Columbia Center on Sustainable International Investment and the Humboldt-Viadrina School of Governance. 2012. *Support for developing country governments in the negotiation of complex contracts*. Background paper. www.vcc.columbia.edu/files/vale/content/Background_Paper_for_July_18-19_Negotiation_Assistance_Workshop.pdf. ■ ³ Kaul, R., Heuty, A., Norman, A. 2009. *Getting a better deal from the extractive sector – concession negotiation in Liberia, 2006-2008*. Revenue Watch Institute, Washington DC. www.caspianrevenuewatch.org/news/publications/getting-a-better-deal.php ■ ⁴ www.afdb.org/en/topics-and-sectors/initiatives-partnerships/african-legal-support-facility ■ ⁵ www.islp.org ■ ⁶ Voir par exemple, UNDP and UNEP. 2013. *Stories of change from the Joint UNDP-UNEP Poverty-Environment Initiative*. United Nations Environment Programme, Nairobi, p. 11. ■ ⁷ IFC. 2012. *Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*. International Finance Corporation. See: www1.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/ifc+sustainability/publications/publications_handbook_pps. ■ ⁸ Ruggie, J. *Principles for responsible contracts: Integrating the management of human rights risks into State-investor contract negotiations. Guidance for negotiators*. UN. See: www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.17.31.Add.3.pdf ■ ⁹ www.open-contracting.org ■ ¹⁰ Par exemple, le travail du Centre for Environment and Development au Cameroun. www.cedcameroun.org. ■ ¹¹ Tienhaara, K. 2011. Foreign investment contracts in the oil and gas sector: a survey of environmentally relevant clauses. *Sustainable Development Law and Policy* 11(3) 15–20. <http://digitalcommons.wcl.american.edu/sdlp/>