

LORENZO COTULA, *HUMAN RIGHTS, NATURAL RESOURCE AND INVESTMENT LAW IN A GLOBALISED WORLD: SHADES OF GREY IN THE SHADOW OF THE LAW*, LONDRES, ROUTLEDGE, 2011

*Johannie Dallaire**

Au cours des trente dernières années, le nombre de traités bilatéraux d'investissement conclus n'a cessé d'augmenter pour atteindre le nombre record de 2750 en 2009. Cet accroissement est symptomatique d'un fait nouveau : les pays en voie de développement souhaitent désormais attirer des investisseurs étrangers, quitte à devoir respecter des instruments juridiques plus contraignants que leurs lois nationales. L'Afrique n'échappe pas à cette tendance, d'autant plus que le continent regorge de ressources naturelles qui font l'envie des investisseurs. C'est d'ailleurs à cette branche particulière, soit les investissements étrangers dans le secteur des ressources naturelles, que s'intéresse le Dr Lorenzo Cotula dans son livre intitulé *Human Rights, Natural Resource and Investment Law in a Globalised World: Shades of Grey in the Shadow of the Law*¹. L'auteur est chercheur senior en droit et développement durable auprès de l'Institut international pour l'environnement et le développement durable et éminent spécialiste en matière de droit de l'investissement et de ressources naturelles.

Dans cet ouvrage, l'auteur tente de répondre à cette question : comment la loi protège-t-elle des droits de propriété divergents et souvent en compétition dans le cadre de projet d'investissement en Afrique? Pour y répondre, Cotula s'attarde sur quatre sources règlementant le droit de propriété : le droit international de l'investissement, les droits humains, le droit national de trois pays d'Afrique et les contrats transnationaux conclus entre les États hôtes et les investisseurs. Son ouvrage se distingue ainsi d'autres livres portant sur un sujet similaire, mais qui ne s'attardent qu'à une source de droit sans aborder la complexe interaction entre ces diverses sources. Ensuite, l'auteur tente de déterminer si des différences dans la protection légale offerte aux deux groupes, soit les investisseurs étrangers et les acteurs locaux, sont susceptibles d'augmenter les asymétries déjà présentes dans l'équilibre du pouvoir de négociation entre eux-ci.

Cet ouvrage est composé de quatre chapitres, en plus d'une introduction et d'une conclusion. Dans le chapitre 2, intitulé « The Conceptual Framework. Property Rights, Negotiating Power », l'auteur définit les concepts clés de son analyse, le droit de propriété et le pouvoir de négociation. Le droit de propriété est défini comme « any

* Avocate, candidate à la maîtrise en droit à l'Université Laval. LL.B. (UQAM).

¹ Lorenzo Cotula, *Human Rights, Natural Resource and Investment Law in a Globalised World: Shades of Grey in the Shadow of the Law*, Londres, Routledge, 2011 [Cotula].

[...] *object capable of having value* »² et le pouvoir de négociation comme la capacité des parties d'influencer le résultat final³. Par la suite, Cotula détaille les facteurs qui seront retenus pour comparer la protection offerte respectivement aux investisseurs et aux personnes locales. Il en retient deux : les mesures pour contrer l'expropriation et les remèdes légaux disponibles. Chacun de ces deux facteurs sont examinés selon un certain nombre de critères. Pour étudier les mesures mises en place, quatre critères sont considérés : le but d'utilité publique, la non-discrimination, la compensation et les standards minimums de traitement. Les remèdes légaux sont évalués selon trois critères : l'accessibilité des recours judiciaires, la nature des remèdes offerts et leur caractère exécutoire et effectif.

Dans le chapitre 3, intitulé « Universal Rights and Differentiated Rules: The International Protection of Property Rights Under Human Rights and Investment Law », Cotula analyse la protection prévue par deux champs du droit international : le droit de l'investissement et les droits humains. Bien que ces deux branches aient des objectifs différents⁴, elles règlementent toutes les deux le droit de propriété et sont importantes dans le cadre d'un investissement. Pour les droits humains, l'auteur s'intéresse aux instruments régionaux, soit la *Convention européenne des droits de l'homme*⁵, la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*⁶ et la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*⁷. Il analyse les sept critères mentionnés ci-haut et conclut que la *Charte africaine* offre une protection moindre. En effet, bien qu'elle mentionne que toute expropriation doit avoir un but public et ne pas être discriminatoire, elle ne prévoit pas l'obligation de compenser⁸. Quant aux remèdes légaux, deux points diminuent la protection offerte : elle nécessite l'épuisement des recours internes et elle ne prévoit pas de droit d'accès direct à la Cour africaine des droits de l'homme⁹. À bien des égards, le droit de l'investissement offre une meilleure protection : il n'est pas conditionnel à l'épuisement des recours internes, il permet

² Il s'agit de la définition proposée par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Cette définition large inclue les droits réels typiques (ex. servitudes), mais aussi les droits personnels (ex. droits contractuels).

Cotula, *Ibid* à la p 13.

³ *Ibid* à la p 25.

⁴ Le respect de la dignité humaine d'un côté et la promotion des activités économiques de l'autre.

⁵ *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5 [*Convention européenne des droits de l'homme*].

⁶ OÉA, Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, Doc off OEA/Ser.L/V/II.23/Doc.211, rev 6 (1949).

⁷ *Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples*, 27 juin 1981, 1520 RTNU 245, [*Charte africaine*].

⁸ L'expropriation ne pourra être qualifiée d'illégal que dans le cas où un État refuserait de payer une compensation, alors que sa loi nationale en prévoit une.

⁹ À moins d'une déclaration expresse de l'État impliqué, ce qui est très rare. Sinon, les recours doivent être déférés en premier à la Commission africaine des droits de l'homme qui tranche si elle doit ou non porter le recours devant la Cour. Si elle refuse ou si l'État impliqué n'a pas ratifié le Protocole de la Cour africaine (la moitié des États africains ne l'ont pas ratifié), c'est la Commission qui rend une décision et celle-ci sera non-contraignante. Voir le *Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme*, 1er juillet 2008, en ligne : african-court.org <http://www.african-court.org/fr/images/documents/fr_gen_docs/Protocole%20de%20la%20Cour%20de%20Justice%20et%20des%20Droits%20de%20l'Homme.pdf>.

l'accès direct aux tribunaux arbitraux internationaux, les décisions rendues sont contraignantes et exécutoires et les compensations doivent correspondre à la formule d'Hull qui prévoit un redressement prompt, adéquat et effectif¹⁰. Les investisseurs, conscients qu'ils bénéficient d'une meilleure protection au plan légal, sont mieux placés lorsque vient le temps de la négociation des contrats avec les acteurs locaux, contribuant à renforcer les inégalités déjà présentes entre ces deux groupes.

Le chapitre 4, intitulé « Sovereignty in a Transnational World. Property Rights and Natural Resource Investments Under National Law in Africa », porte sur le droit domestique de trois États : le Mali, le Mozambique et le Cameroun¹¹. Au début, l'auteur mentionne les particularités du droit de propriété en Afrique. Premièrement, le droit de propriété est encore à ce jour régi par un système de droit coutumier¹². Ainsi, la majorité de la population rurale du Mali et du Cameroun ne bénéficie que d'un droit d'usage et non d'un droit de propriété réel¹³. Deuxièmement, les États continuent à jouer un rôle central dans les relations de propriété, ceux-ci contrôlant souvent entièrement le domaine public¹⁴ et privé¹⁵. Grâce à ce système, ils peuvent rendre leurs ressources naturelles facilement accessibles aux investisseurs. Ensuite, l'auteur analyse la protection offerte en s'intéressant aux mesures mises en place pour contrer l'expropriation. Les trois constitutions prévoient qu'un but public et non-discriminatoire est nécessaire pour exproprier, quoiqu'il y ait une présomption que les investisseurs rencontrent ce but. Quant aux standards de traitement, le Mozambique a créé des mécanismes prévoyant l'obligation pour les investisseurs de consulter les communautés locales avant l'expropriation pour les inciter à créer des partenariats avec celles-ci¹⁶. Plusieurs critiques sont cependant formulées : l'entente n'est pas un document contraignant et les chefs de ces communautés s'accaparent souvent les bénéfices. Pour la compensation, en théorie, celle-ci est prévue par les trois États à la fois pour les investisseurs et les acteurs locaux. En pratique cependant, une distinction est faite entre les vrais propriétaires et ceux possédant uniquement un droit d'usage. Ces derniers ne seront pas compensés pour la perte de leur terre, seulement pour les améliorations apportées à celle-ci¹⁷. Les investisseurs ont plus de chance de devenir propriétaires¹⁸, ils sont donc plus susceptibles d'être compensés en

¹⁰ Cotula, *supra* note 1 à la p 64.

¹¹ L'auteur a choisi ces États pour trois raisons : le secteur des ressources naturelles représente une part importante de leur économie et des investissements, ils possèdent un système juridique de tradition civiliste et ils représentent bien la diversité du continent africain, tant au plan géographique qu'au plan législatif.

¹² Des efforts ont cependant été entrepris dans les dernières années pour promouvoir l'enregistrement des titres de propriété, bien qu'un très faible pourcentage des terres rurales soit enregistré au Cameroun (3 %). De plus, l'obtention de titres enregistrés nécessite la démonstration que les gens utilisent leur terre de façon productive, permanente et évidente. Cotula, *supra* note 1 à la p 89.

¹³ Au Mozambique, l'État est propriétaire de toutes les terres et les gens ne bénéficient que d'un droit d'usage. Cela signifie que les locaux jouissent de la même protection que les investisseurs qui doivent louer ces terres à l'État pour pouvoir exploiter des ressources naturelles. Cotula, *supra* note 1 à la p 87.

¹⁴ Par exemple, les rivières et les forêts.

¹⁵ Par exemple, les terres vacantes et les terrains privés.

¹⁶ En obtenant la construction d'une école en échange de leurs ressources naturelles par exemple.

¹⁷ Par exemple, les arbres plantés et les édifices construits.

¹⁸ Au Mozambique, la propriété privée n'est pas permise. La compensation est ainsi la même pour ceux qui possèdent des droits coutumiers et ceux qui louent les terres avec la permission de l'État.

cas de perte, ce qui confirme que ces derniers bénéficient d'une meilleure protection au niveau national.

Dans le chapitre 5, intitulé « Property Rights at Two Speeds: Contractual Arrangements, Standards of Treatment and the Dynamics of Property Rights », l'auteur s'intéresse aux contrats transnationaux entre les États hôtes et les investisseurs étrangers¹⁹. Ils constituent la source première de régulation et ont prévalence sur les lois nationales en cas de conflit. Cotula analyse la protection offerte aux deux groupes en s'attardant aux critères d'utilité publique et de compensation, ainsi qu'aux remèdes légaux. En théorie, ces contrats prévoient une meilleure protection que les lois nationales et le droit international puisque l'expropriation est permise seulement « *if circumstances or an emergency imperatively call for such measures*²⁰ ». Ils contiennent également des clauses de stabilisation²¹ et d'arbitrage international. Puis, au plan de la compensation, ils pallient aux lacunes des lois nationales en prévoyant une compensation pour les locaux ne détenant qu'un droit d'usage. Toutefois, en pratique, il existe des différences marquées entre la protection offerte aux deux groupes : les investisseurs sont mieux protégés puisqu'il faut des « circonstances urgentes » pour les exproprier et qu'un investissement est réputé rencontrer automatiquement un but public, n'offrant ainsi aucune réelle protection aux acteurs locaux. Quant aux remèdes légaux, les investisseurs sont mieux protégés puisqu'ils ont accès à l'arbitrage international, les acteurs locaux ne disposant d'aucun recours légal²².

Cet ouvrage relativement court (154 pages) représente un travail colossal en raison de la diversité des sources de droit analysées et de la complexe interaction entre les divers acteurs dans le cadre d'un investissement. Cependant, sa lecture est rendue ardue par la lourdeur du sujet traité et la présence d'un texte trop condensé divisé en un nombre insuffisant de paragraphes. Soulignons cependant les tentatives de l'auteur d'alléger le texte et de faciliter sa compréhension par l'insertion de tableaux et de graphiques au chapitre 3. Malgré tout, Cotula donne l'impression d'avoir voulu trop en faire en détaillant chacun des concepts abordés et des particularités propres aux sources de droit. Un peu plus de concision aurait été requise pour une meilleure compréhension.

Outre ces critiques de forme, force est de constater que l'auteur a réalisé une analyse juridique rigoureuse, soutenue par plusieurs décisions jurisprudentielles, qui saura captiver ses lecteurs. Cette analyse est d'autant plus pertinente qu'elle apporte une vision critique des investissements étrangers qui remplissent rarement leurs promesses de développement à l'égard des États hôtes et des populations locales. C'est dans sa conclusion que l'auteur propose des pistes de solutions intéressantes, quoique parfois utopiques, pour améliorer la protection des acteurs locaux. Il suggère notamment l'avènement d'une nouvelle génération de traités bilatéraux

¹⁹ Plus particulièrement à ceux conclus dans le cadre du projet de pipeline entre le Tchad et le Cameroun.

²⁰ Cotula, *supra* note 1 à la p107.

²¹ Protégeant les investisseurs contre toute forme d'interférence de la part de l'État.

²² Ils ne sont pas parties aux contrats et ils n'ont que la possibilité de déposer des plaintes auprès d'un comité chargé de la surveillance du projet.

d'investissement qui offrirait également une protection légale aux acteurs locaux. En définitive, cet ouvrage pourra susciter l'intérêt des juristes aguerris en matière de droit de l'investissement, mais s'avère trop spécialisé pour constituer un ouvrage de référence.