



Droits et Démocratie
Rights & Democracy

Centre international des droits de la personne et du développement démocratique
International Centre for Human Rights and Democratic Development

TRAITÉS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT ET RÉFORME AGRAIRE EN AFRIQUE AUSTRALE

Luke Eric Peterson et Ross Garland¹

¹ Luke Eric Peterson est responsable de l'Investment Arbitration Reporter (www.iareporter.com), un service d'information qui assure le suivi des poursuites en justice intentées dans le domaine de l'investissement étranger. Ross Garland est un avocat sud-africain membre du Barreau du Cap.

Droits et Démocratie travaille à la défense et à la promotion des droits humains universels en contribuant au renforcement des institutions et des pratiques démocratiques.

www.dd-rd.ca

L'**Investment Arbitration Reporter** est un service d'information électronique qui effectue un suivi des procédures transfrontalières d'arbitrage entre les investisseurs étrangers et les gouvernements hôtes.

www.iareporter.com

Coordination : Carole Samdup, Droits et Démocratie

Traduction : Gabriel Chagnon, Zaz Communications

Droits et Démocratie

1001, boul. De Maisonneuve Est, bureau 1100

Montréal (Québec) H2L 4P9 Canada

Tél. : 514 283-6073 / Téléc. : 514 283-3792

Web : www.dd-rd.ca

Toute citation du présent texte est autorisée à condition d'en donner crédit à Droits et Démocratie.
Ce rapport est également disponible en anglais.

Juin 2010

1. Introduction

Depuis quelques années, la propriété foncière étrangère dans les pays en développement fait l'objet d'un examen de plus en plus scrupuleux. Une attention considérable est dorénavant portée au phénomène d'acquisition massive de terres, selon lequel des investisseurs privés ou étatiques s'emparent de vastes étendues de territoire dans les pays en développement, souvent dans le but de cultiver et d'exporter de la nourriture ou d'autres produits². Une série de préoccupations ont été exprimées relativement à ces acquisitions de terres, notamment en ce qui a trait à la transparence des ententes, à leur impact sur les utilisateurs locaux des terres, ainsi qu'à la production intérieure de nourriture et l'accès à la nourriture.

Plus généralement, toutefois, la propriété étrangère des terres dans les pays en développement, qu'elle se présente sous la forme d'acquisitions de terres à grande échelle caractéristiques de l'ère moderne ou du régime de propriété extrêmement stratifié remontant à l'ère coloniale, présente des défis uniques en matière de politiques pour les gouvernements qui tiennent à étendre l'accès à la terre et à promouvoir les droits humains comme le droit à l'alimentation.

Il existe un régime juridique international spécial qui a pour fonction de protéger les investissements transfrontaliers, notamment la propriété des terres et des biens. Les propriétaires étrangers peuvent jouir de protections et de droits accrus, grâce à ce régime distinct qui englobe quelque 3 000 traités de commerce et d'investissement bilatéraux et multilatéraux.

Comme nous l'expliquerons plus loin, ce régime peut influencer et dans certains cas compliquer les efforts des gouvernements visant à appliquer des politiques respectueuses des droits humains ayant pour but de remédier aux inégalités léguées par l'histoire. Toutefois, le régime pourrait également servir, dans certains contextes, à faire progresser (ou à accroître) la protection des droits humains, comme cela s'est produit récemment au Zimbabwe, où une poignée de nationaux hollandais ont intenté une poursuite et obtenu en bonne partie gain de cause contre le Zimbabwe à la suite d'expulsions forcées.

2. Le contexte des droits humains

Avant d'aborder ce régime international de protection de l'investissement étranger, il importe de rappeler le contexte des droits humains à l'intérieur duquel les gouvernements exercent leurs activités.

Tous les gouvernements ont des obligations en matière de droits humains. De plus en plus, on constate qu'en vertu de ces obligations, les gouvernements pourraient être tenus de prendre certaines mesures visant à guider les pratiques et les politiques en matière de propriété foncière. Parmi les droits humains dont il est particulièrement question dans ce contexte, mentionnons le droit à la propriété, le droit à la non-discrimination et le droit à l'alimentation, que nous aborderons tour à tour brièvement ci-dessous.

² Voir entre autres Joachim von Braun et Ruth Meinzen-Dick, « *Land Grabbing* » by Foreign Investors in Developing Countries: Risks and Opportunities, Institut international de recherche sur les politiques alimentaires, énoncé de politiques de l'IIRPA, 13 avril 2009.

Le droit humain à une nourriture suffisante est protégé en vertu du Pacte des Nations Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que par d'autres instruments des droits humains³. Même si la réalisation de ces droits économiques et culturels doit se faire de manière *progressive*, le droit à une nourriture suffisante pourrait exiger la prise de certaines mesures immédiates et urgentes afin d'assurer le respect du « droit fondamental d'être à l'abri de la faim et de la malnutrition⁴ ». De plus, comme l'a récemment fait remarquer le Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, la sécurité foncière et l'accès à la terre sont des éléments essentiels à la protection du droit à l'alimentation. Dans son rapport intérimaire, le Rapporteur notait que « (l) la moitié de ceux qui souffrent de l'insécurité alimentaire sont de petits exploitants agricoles et environ 20 % sont des journaliers sans terre : la sécurité foncière et l'accès à la terre en tant que moyen de production sont deux aspects fondamentaux de la protection du droit à l'alimentation de ces deux groupes⁵ ».

Par ailleurs, le droit à la propriété des individus et des groupes pauvres et marginalisés pourrait avoir sa pertinence dans le cadre des discussions sur la réforme agraire et l'accès à la terre. Par exemple, les tribunaux des droits humains ont fait observer que le droit à la propriété des groupes autochtones pourrait entraîner certaines obligations positives de la part des États dans le but d'assurer l'accès à la terre et la récupération des titres de propriété⁶. Dans une étude récente, Christophe Golay et Ioana Cismas font remarquer que « dans un pays caractérisé par des inégalités extrêmes en matière d'accès à la propriété, l'omission de l'État de prendre des mesures correctives pourrait représenter une violation de son obligation de réaliser le droit à la propriété⁷ ».

Outre le droit à l'alimentation et le droit à la propriété, les autres obligations qui incombent aux États en matière de droits humains, notamment celle relative à la non-discrimination énoncée dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, pourraient forcer les États à prendre des mesures positives visant à « atténuer ou à supprimer les conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le Pacte⁸ ». Entre-temps, sur le plan interne, les lois et les constitutions peuvent admettre, ou même demander que soient prises des mesures visant à promouvoir l'accès à la terre et la récupération des titres de propriété, et que soient appliquées d'autres politiques inspirées des droits humains.

³ Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit à l'alimentation fait état d'un certain nombre d'obligations pertinentes en matière de droits humains, notamment celles prévues par la Convention relative aux droits de l'enfant (articles 24, par. 2 (c), et 27, par. 3), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (article 12, par. 2) et la Convention relative aux droits des personnes handicapées (articles 25 (f) et 28, par. 1). Il ajoute que ce droit « est néanmoins plus clairement décrit, sur un plan plus général, à l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et à l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ».

⁴ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « Le droit à une nourriture suffisante », Observation générale 12, E/C.12/1999/5, 12 mai 1999, par. 1.

⁵ Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation (doc. NU A/63/278), 21 oct. 2008, par. 33, www2.ohchr.org/english/issues/food/docs/A.63.278_fr.pdf.

⁶ Affaire de la communauté autochtone Sawhoyamaxa c. Paraguay, Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 29 mars 2006.

⁷ Christophe Golay et Ioana Cismas, *Avis juridique sur le droit à la propriété sous l'angle des droits humains*, Droits et Démocratie et l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, mai 2010, en ligne au www.dd-rd.ca/site/PDF/publications/droitshumains-fr.pdf.

⁸ Comité des droits de l'homme, Observation générale 18, Non-discrimination (trente-septième session, 1989), Compilation des commentaires généraux et recommandations générales adoptés par les organes des traités, doc. N.U. HRI/GEN/1/Rev.1, art. 26 (1994).

Si les dispositions énonçant les obligations en matière de droits humains ne précisent pas les politiques particulières que devraient mettre en place les États, elles stipulent néanmoins que les gouvernements sont tenus d'adopter des politiques qui assurent le respect des droits à l'alimentation, à la propriété et à la non-discrimination. Dans de tels contextes, toutefois, la tâche des décideurs pourrait se voir compliquée par l'existence de certaines protections juridiques parallèles dues aux investisseurs étrangers propriétaires fonciers. La vaste constellation de traités protégeant l'investissement étranger aura ici une importance particulière. Ce régime de traités est abordé plus loin, suivi d'exemples d'affaires en provenance d'Afrique australe, où ces traités ont eu un impact sur les politiques de réforme agraire.

3. Les protections accordées aux propriétaires étrangers par les traités internationaux

À l'échelle internationale, les principales protections de la propriété étrangère se trouvent dans les dispositions des traités bilatéraux d'investissement (TBI) ainsi que dans les chapitres sur l'investissement des accords de libre-échange (ALE) plus larges. Au cours de la deuxième moitié du vingtième siècle, on a constaté une croissance exponentielle du nombre de ces traités. Un bon nombre de pays en développement ont conclu des douzaines, et même parfois plus d'une centaine de ces traités. En tout, on compte plus de 2 600 TBI dans le monde, ainsi que plusieurs centaines d'ALE ou d'accords économiques plus larges⁹.

Si les dispositions particulières des traités diffèrent d'un document à l'autre, ces actes juridiques fournissent habituellement une protection contre le déni de justice ou d'autres manquements à l'application régulière de la loi comme les traitements arbitraires ou injustes. Les traités ont une autre fonction importante, celle de prescrire une compensation dans les cas d'expropriation ou de nationalisation. De plus, les traités obligent généralement les États à traiter les investisseurs étrangers de façon non discriminatoire, c'est-à-dire de la même façon que les nationaux du pays hôte. Toutefois, les pays hôtes ne sont pas obligés de traiter les investisseurs étrangers de façon identique. Là où les nationaux du pays hôte et les étrangers se trouvent en position similaire (ou dans une « situation semblable »), il pourrait s'avérer nécessaire de leur accorder un traitement comparable¹⁰.

Il importe de noter que ces protections internationales viennent s'ajouter aux autres protections prévues en vertu des lois internes. En fait, l'une des principales utilités de ces traités est d'ajouter aux protections juridiques parfois faibles accordées à la propriété dans certains pays. En instituant certaines protections internationales de base, ces traités font en sorte que les gouvernements soient dans l'impossibilité de tout simplement changer les lois du pays afin de permettre la destruction ou la confiscation d'avoirs (appartenant à des étrangers) sans compensation.

⁹ Voir CNUCED, « Recent Developments in International Investment Agreements (2008-juin 2009) », Le Moniteur des AII n° 3, 2009, accessible en ligne au www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf.

¹⁰ Par exemple, une centrale nucléaire appartenant à des intérêts étrangers pourrait être dans une situation semblable à celle d'une centrale nucléaire appartenant à des intérêts nationaux, mais pas à celle d'une ferme de produits biologiques. Un État hôte serait peu susceptible d'avoir commis une « discrimination » à l'égard de la centrale nucléaire étrangère simplement en lui imposant des réglementations différentes que pour la ferme biologique. Toutefois, en de rares occasions, certains tribunaux d'arbitrage ont adopté une approche large et comparé le traitement accordé à des entreprises exerçant leurs activités dans des secteurs différents. Par exemple, dans la sentence rendue en juillet 2004 dans l'affaire Occidental c. Équateur, le tribunal a comparé le traitement fiscal applicable aux entreprises énergétiques avec celui d'autres secteurs comme les produits de la mer ou les fleurs coupées. Voir en ligne au http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf.

Les traités de protection des investissements comportent aussi leur propre système d'application. Habituellement, les États donnent leur consentement à l'avance au recours à l'arbitrage international dans l'éventualité où un investisseur allèguerait qu'il y a eu non-respect des protections accordées par un traité. Par conséquent, les investisseurs étrangers peuvent contourner les tribunaux nationaux et engager directement des poursuites contre un gouvernement devant un tribunal d'arbitrage international dans les cas où ils estiment qu'un préjudice a été porté à leurs avoirs¹¹.

Comme nous le verrons, l'existence de ces protections juridiques additionnelles complique, sans toutefois l'empêcher, l'élaboration des politiques internes en ce qui a trait à la réforme agraire.

4. Les impacts émergents des traités d'investissement sur la réforme agraire en Afrique australe

Un certain nombre de pays d'Afrique australe font continuellement l'objet d'exigences visant à rectifier les inégalités résultant des régimes de propriété hautement stratifiés hérités de l'ère coloniale. À l'exception (anormale) du Zimbabwe, les efforts en matière de réforme agraire dans la région ont été plutôt timides. Comme nous le soulignerons dans les pages qui suivent, le droit international relatif à l'investissement étranger joue un rôle important dans le processus de réforme agraire dans cette région.

4.1 L'Afrique du Sud

Dans la plus grande économie d'Afrique australe, des voix persistantes réclamant la prise de mesures plus radicales en matière de réforme agraire se font entendre. Récemment, l'Afrique du Sud a commencé à explorer la possibilité de dépasser l'approche de la vente de gré à gré (« willing-seller, willing-buyer ») et d'adopter une stratégie plus agressive consistant à exproprier certaines propriétés foncières¹².

La Constitution d'Afrique du Sud prévoit l'expropriation des terres et stipule aussi le paiement d'une compensation « juste et équitable¹³ ». Notons ici que la Constitution fait mention de divers critères permettant de déterminer ce qui constitue un traitement « juste et équitable », notamment « l'engagement de la nation à entreprendre une réforme agraire, ainsi que des réformes pour assurer l'accès équitable à toutes les ressources naturelles en Afrique du Sud¹⁴ ». Divers observateurs de la scène juridique ont fait remarquer que ces considérations ouvraient la porte, dans certaines circonstances, au versement d'indemnités inférieures à la valeur marchande¹⁵.

Par contre, dans une succession de traités signés par l'Afrique du Sud visant la protection des investissements, on ne trouve nulle mention de l'importance de la réforme agraire ou d'assurer un accès

¹¹ Les investisseurs peuvent aussi tenter des recours devant les tribunaux internes en alléguant une violation des protections prévues en vertu des traités internationaux.

¹² Voir par exemple les propositions préliminaires qui sont actuellement examinées : <http://in.reuters.com/article/rbssConsumerGoodsAndRetailNews/idINLDE62N1XW20100324?pageNumber=1&virtualBrandChannel=0>. La méthode de vente de gré à gré (« willing-buyer, willing seller ») repose sur la volonté des propriétaires fonciers de vendre leurs terres à des fins de redistribution.

¹³ Pour plus d'information à ce sujet, voir Luke Eric Peterson, « South Africa's Bilateral Investment Treaties: Implications for Development and Human Rights », South African Institute for International Affairs/Frederich Ebert Stiftung, série FES Dialogue of Globalization, document d'information n° 26, novembre 2006, accessible au <http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/04137-20080708.pdf>.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

équitable aux ressources naturelles d'Afrique du Sud¹⁶. Par conséquent, il a été suggéré que ces traités permettraient aux investisseurs étrangers d'obtenir des montants d'indemnité plus importants que ceux qui seraient accordés par les tribunaux sud-africains en vertu des lois du pays¹⁷.

4.1.1 Un différend minier aurait pu laisser présager l'impact des TBI dans les cas de réforme agraire

Pendant un certain temps, on a cru que les libellés contestés des traités d'investissement signés par l'Afrique du Sud seraient interprétés et appliqués dans le cadre d'un arbitrage découlant non pas de la réforme agraire comme telle, mais plutôt des changements radicaux survenus dans le secteur des ressources naturelles du pays. En 2004, l'Afrique du Sud a adopté une loi établissant une stratégie de promotion économique des Noirs, le Black Economic Empowerment (BEE), qui s'appliquait à la gestion des ressources minérales et pétrolières du pays. De nombreux investisseurs occidentaux se sont alors opposés à certaines exigences prévues par le BEE, notamment celles prévoyant que des parts des entreprises soient vendues à des partenaires commerciaux faisant partie des citoyens historiquement désavantagés (historically-disadvantaged South African, ou HDSA), que toutes les richesses minérales soient placées sous le contrôle de l'État et que les investisseurs voient leur licence renouvelée à condition qu'ils remplissent certains critères (par exemple, un engagement envers le Black Economic Empowerment)¹⁸.

Certaines exigences – en particulier le pourcentage d'actions dont les investisseurs devraient se départir – ont été diluées avant l'adoption de la loi. Si cela semble avoir apaisé bien des critiques, un petit groupe d'investisseurs italiens du secteur de la pierre se sont néanmoins plaints en alléguant que les règles en matière de dessaisissement d'actions et d'autres exigences entraîneraient pour eux d'importantes pertes. Ainsi, l'ambassade d'Italie à Pretoria a soumis un « aide-mémoire » au gouvernement d'Afrique du Sud qui faisait état du point de vue de l'Italie sur la loi BEE, ainsi que de l'appui apporté par le gouvernement italien aux investisseurs précédemment mentionnés¹⁹. Selon l'Italie, la nouvelle loi sur les ressources minérales avait « un effet significatif et délétère sur les investissements des investisseurs italiens dans l'industrie minière sud-africaine²⁰ ». L'Italie a averti que la loi « pourrait constituer une violation » des dispositions du traité de protection des investissements conclu entre l'Italie et l'Afrique du Sud. L'Italie a souligné en particulier que les « objectifs de rehaussement des conditions sociales » de la loi et la préférence qu'elle accorde à la propriété des HDSA pourraient être considérés comme un non-respect de l'obligation d'accorder aux ressortissants italiens un traitement « juste et équitable » et non discriminatoire.

À la suite de ces interventions diplomatiques, les investisseurs italiens ont engagé une procédure d'arbitrage contre l'Afrique du Sud dans le but de contester certains aspects de la stratégie BEE, qu'ils considéraient comme une violation des traités d'investissement signés par l'Afrique du Sud²¹. Le

¹⁶ Pour plus d'information sur les TBI conclus par l'Afrique du Sud, voir un document de travail préliminaire remontant à 2009 et intitulé « Bilateral Investment Treaty Policy Framework Review: Government Position Paper », Department of Trade and Industry, juin 2009, au www.thedti.gov.za/ads/bi-lateral.htm.

¹⁷ Brendan Ryan, « Gov't jitters at \$6.6 Billion expropriation claim », Miningmx (service d'information), 7 nov. 2004, en ligne au <http://www.miningmx.com/news/archive/388786.htm>.

¹⁸ Peter Leon, « Creeping expropriation of mining investments: an African perspective », 27 *Journal of Energy & Natural Resources Law*, n° 4, 2009, p. 597-644.

¹⁹ Document figurant dans les dossiers des auteurs.

²⁰ See Aide Memoire at <http://www.iareporter.com/downloads/20100615> LINK

²¹ « Italian Groups Challenge Pretoria over BEE », Luke Peterson et Alan Beattie, *The Financial Times*, 9 mars 2007.

processus d'arbitrage a attiré une publicité considérable et suscité un vif débat sur la façon dont les arbitres devraient mettre en équilibre les exigences contenues dans les traités d'investissement et certaines obligations en matière de droits humains et de justice sociale²². En 2008 et en 2009, préalablement aux audiences d'avril 2010, les parties ont échangé par écrit des arguments juridiques, tout en continuant d'explorer des possibilités de règlement à l'amiable. Au moment d'écrire ces lignes, il semble hautement probable que l'affaire sera abandonnée et qu'elle ne donnera pas lieu à une sentence arbitrale définitive²³.

Par conséquent, le tribunal n'aura probablement pas à déterminer si certains des traités d'investissement conclus par l'Afrique du Sud prévoient une compensation plus généreuse en cas de perte d'avoirs que les dispositions de la loi nationale. Une telle décision aurait été suivie avec grand intérêt par les observateurs, car elle aurait pu donner une première idée de la façon dont les différends ultérieurs liés à la réforme agraire allaient dorénavant être réglés par les arbitres. Dans un contexte où les demandes de réforme agraire continuent d'affluer en Afrique du Sud, les différends entre le gouvernement et des propriétaires fonciers étrangers pourraient se retrouver bientôt devant les tribunaux d'arbitrage internationaux. Ce type d'affaires est susceptible d'apporter des réponses à des questions essentielles qui n'ont pas été résolues dans le cadre du différend entre l'Italie et l'Afrique du Sud.

Deux leçons tirées de l'expérience sud-africaine sont particulièrement pertinentes. Premièrement, la défense des intérêts des investisseurs étrangers par les représentants de leur pays d'origine a joué un rôle important dans le différend minier entre les investisseurs italiens et l'Afrique du Sud. Comme nous l'aborderons plus en détail dans la partie 5.4, ce type d'intervention – en particulier lorsque sont exprimées des opinions à propos des obligations juridiques incombant à l'autre État – pourrait soulever d'importantes questions. Par exemple, cette défense, par l'État d'origine, des intérêts de ses investisseurs à l'étranger est-elle effectuée en tenant adéquatement compte des obligations de l'État hôte en matière de droits humains ?

Un deuxième enjeu qui a été mis en évidence – sans être encore résolu – dans le contexte sud-africain, est celui de l'éternelle question des montants de compensation qui doivent être accordés par les arbitres dans les cas d'expropriation foncière. Certains débats demeurent à faire pour déterminer si le gouvernement devrait verser une indemnité *inférieure* à la pleine valeur marchande pour une expropriation effectuée dans le contexte d'une réforme agraire. Comme nous l'aborderons dans la prochaine partie, cette question a trouvé une réponse sommaire dans un cas récent d'arbitrage foncier mettant en cause le Zimbabwe. Toutefois, la brièveté du raisonnement du tribunal et les faits particuliers liés au cas du Zimbabwe laissent présager que le débat est loin d'être clos.

4.2 Le Zimbabwe

Au cours de la décennie précédente, le gouvernement du Zimbabwe a pris une série de mesures qui ont été condamnées par les défenseurs des droits humains un peu partout dans le monde. Mentionnons

²² « South Africa mining arbitration sees another amicus curiae intervention », Luke Eric Peterson, *Investment Arbitration Reporter*, 2 septembre 2009, [au www.iareporter.com/articles/20091008_3](http://www.iareporter.com/articles/20091008_3).

²³ « Mining investors offer to withdraw politically sensitive arbitration against South Africa », Luke Eric Peterson, *Investment Arbitration Reporter*, 13 novembre 2009, www.iareporter.com/articles/20091124_18 ; « South Africa not prepared to let claimant walk away from ICSID claim without further conditions », Luke Eric Peterson, *Investment Arbitration Reporter*, 30 novembre 2009, www.iareporter.com/articles/20091228_5.

entre autres la répression violente des partis politiques d'opposition et de leurs sympathisants, les expulsions forcées d'occupants illégaux (« squatters »), les mauvais traitements infligés aux journalistes et aux représentants de la société civile et la confiscation d'exploitations agricoles²⁴.

Bien qu'elles aient été soi-disant effectuées pour favoriser l'atteinte d'objectifs en matière de droits humains, notamment la redistribution de terres aux populations pauvres sans terre, ces confiscations ont été effectuées d'une façon violente et pour des motifs politiques. C'est la raison pour laquelle elles ont attiré les critiques des groupes de défense des droits humains et celles du Tribunal de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC), composé de juristes expérimentés de la région²⁵.

Une série de poursuites judiciaires ont été intentées par des victimes de confiscations de terres au Zimbabwe devant les tribunaux du pays. Celles-ci ont également adressé des plaintes relatives aux droits humains devant le tribunal régional de la SADC mentionné précédemment. En 2007, un groupe d'agriculteurs hollandais a intenté une poursuite contre le Zimbabwe pour violation du traité bilatéral d'investissement entre les Pays-Bas et le Zimbabwe devant un tribunal international d'arbitrage, à la Banque mondiale²⁶. Les agriculteurs alléguaient que le Zimbabwe les avait expropriés illégalement de leurs fermes sans verser de compensation et avait omis soit d'assurer la protection et la sécurité intégrales, soit d'accorder un traitement juste et équitable, comme le stipulait le traité. Les requérants hollandais ont allégué que les autorités du Zimbabwe avaient encouragé l'invasion de leurs terres par de soi-disant vétérans de la guerre et d'autres, pour ensuite adopter une loi faisant preuve de tolérance envers de tels actes²⁷. Les requérants ont aussi allégué que la police et d'autres représentants avaient omis de venir en aide et de protéger les personnes visées par la violence et l'intimidation.

Dans une décision rendue en avril 2009, un tribunal présidé par un ancien président de la Cour internationale de justice a statué que la confiscation des biens appartenant à des étrangers sans verser de compensation constituait une violation des obligations incombant au Zimbabwe en vertu du traité²⁸.

Notons ici que les arbitres ont évité un certain nombre de questions délicates sur le plan politique. Ils ne se sont pas renseignés sur l'histoire du colonialisme au Zimbabwe, et ont omis de considérer un grand nombre des plaintes des demandeurs. Selon le tribunal, une seule violation du traité – l'omission de verser une compensation « juste » – a rendu inutile l'examen des autres allégations avancées par les agriculteurs hollandais²⁹. À l'étape de l'évaluation des dommages, le Zimbabwe a allégué qu'il devrait lui être permis de verser un montant d'indemnité réduit, en raison des objectifs particuliers d'ordre social qui sous-tendaient la réforme agraire. Les arbitres ont rejeté cet argument sans ménagement. Comme il est expliqué dans la partie 5.2, l'opinion du tribunal, si elle est susceptible d'avoir une influence, pourrait

²⁴ Voir Amnesty International, « Further Information on Fear for Safety of Farming Communities and Opposition Political Activists in Rural Areas », 15 juin 2000, AFR n° 46/16/00, <http://bit.ly/bRCedW> ; voir aussi les recommandations faites par Amnesty en février 2009 au gouvernement d'unité du Zimbabwe, qui font état du caractère soutenu des violations des droits humains perpétrées au pays : <http://bit.ly/aENMYT>.

²⁵ Mike Campbell (Pvt) Ltd et autres c. République du Zimbabwe, affaire de la SADC (T) n° 2/2007, sentence du 28 novembre 2008, en ligne au www.saflii.org/za/cases/SADCT/2008/2.html.

²⁶ « Farmers use tribunal to tackle Harare », par Luke Peterson, *The Financial Times*, 27 juin 2007.

²⁷ Bernardus Henricus Funnekotter et autres c. République du Zimbabwe, affaire du CIRDI n° ARB/05/6, sentence du 22 avril 2009, par. 46, en ligne au <http://ita.law.uvic.ca/documents/ZimbabweAward.pdf>.

²⁸ Funnekotter c. Zimbabwe, sentence du 22 avril 2009.

²⁹ Par. 98.

ne pas avoir mis fin aux débats futurs sur les mérites d'une indemnité réduite dans les cas de réforme agraire (non violente).

L'arbitrage du Zimbabwe représente la première affaire où est abordée de front l'application des traités de protection des investissements dans le cadre d'un processus de réforme agraire. La participation du tribunal dans cette affaire laisse présager que les traités d'investissement pourraient être utilisés à l'avenir dans le but de contester la confiscation arbitraire de terres sans compensation. Le rejet, par le tribunal, des arguments en faveur d'une compensation réduite pourrait être réexaminé dans des cas futurs de réforme agraire effectuée de façon réglementaire et non violente.

4.3 La Namibie

Depuis qu'elle a obtenu son indépendance de l'Afrique du Sud, en 1990, la Namibie a reçu des demandes de réforme agraire de plus en plus pressantes. Même si elle constitue l'un des pays les moins densément peuplés du monde, la Namibie présente une concentration élevée de terres agricoles : plus de 50 % des terres appartiennent à seulement 3 500 propriétaires³⁰. Une loi sur la réforme agraire adoptée en 1995 a mis en branle un processus visant à faciliter cette réforme, notamment par l'institution d'une méthode d'acquisition des terres de gré à gré³¹. La loi admet aussi l'expropriation des terres, à condition que divers critères soient respectés. De plus, aux termes de la Constitution de Namibie adoptée après l'indépendance, l'expropriation de biens effectuée dans l'intérêt public est expressément autorisée, à condition qu'une « juste compensation » soit versée³².

Au bout de plus d'une décennie de lentes réformes réalisées au moyen de la méthode de gré à gré, le gouvernement namibien a annoncé son intention d'exproprier certaines exploitations agricoles. Même si ce processus a été nettement différent des violentes invasions qui ont eu lieu au Zimbabwe, la légalité des actions du gouvernement a été contestée par plusieurs propriétaires fonciers. Récemment, une affaire dont la décision a fait jurisprudence a été entendue par les tribunaux namubiens à la suite de l'expropriation, par le gouvernement de ce pays, de quatre exploitations agricoles appartenant à trois propriétaires allemands³³.

L'affaire Kessl remonte à 2004, lorsque le gouvernement a averti les trois exploitants agricoles de l'intention de l'État de se porter acquéreur de leurs terres. Même si les exploitants agricoles investisseurs étaient des propriétaires absents vivant en Allemagne, ils visitaient leurs fermes plusieurs fois par année et avaient recours à des directeurs et à des employés locaux qui assuraient la gestion quotidienne des installations³⁴. Lorsque les propriétaires agricoles ont refusé l'offre d'achat, le gouvernement a entrepris un processus d'expropriation en vue de forcer l'acquisition des propriétés. Au lieu d'accepter les expropriations, les propriétaires fonciers se sont tournés vers les tribunaux namubiens. Les requérants affirmaient que le gouvernement ne s'était pas conformé aux modalités procédurales de sa loi sur la réforme agraire, à la Constitution namibienne et au traité bilatéral d'investissement entre l'Allemagne et la Namibie.

³⁰ Sidney L. Haring et Willem Odendaal, « No Resettlement Available: An Assessment of the Expropriation Principle and its impact on land reform in Namibia », Legal Assistance Centre (Namibie), 2008.

³¹ Agricultural (Commercial) Land Reform Act n° 16, 1995.

³² Constitution de la République de Namibie, section 16.

³³ Guenther Kessl et autres c. Ministry of Lands and Resettlement et autres, (P) A 27/2006, sentence du 6 mars 2008.

³⁴ Kessl c. Ministry of Lands, sentence du 6 mars 2008, par. 102-106.

Le 6 mars 2008, la Haute Cour de Namibie a rendu sa décision dans l'affaire Kessl. La Cour a statué que les autorités compétentes avaient bâclé le processus de réforme agraire à un certain nombre d'égards, ce qui n'a pas surpris les observateurs. La Haute Cour a mis de côté les ordonnances d'expropriation et indiqué que le gouvernement ne s'était pas conformé aux exigences de la loi sur la réforme agraire, ni aux dispositions du traité bilatéral d'investissement signé entre la Namibie et l'Allemagne. Au nombre des manquements du gouvernement figurait l'omission de consulter une commission spécialisée sur la réforme agraire, d'étudier la pertinence des fermes visées par l'expropriation et d'évaluer l'impact de l'expropriation sur les travailleurs qui vivaient et travaillaient sur les terres.

De plus, la Cour a souligné que le gouvernement ne pouvait exercer de discrimination à l'endroit des ressortissants allemands dans le contexte de la réforme agraire parce que ces ressortissants étaient protégés par le TBI Allemagne-Namibie³⁵. En effet, les requérants ont allégué devant la Cour que le Ministry of Lands and Resettlement (ministère des Terres et de la Redistribution) avait sélectionné les quatre exploitations agricoles allemandes précisément parce qu'elles appartenaient à des étrangers. Ils ont affirmé que ce type de ciblage constituait une violation indéniable du traité et, par conséquent, des lois namibiennes :

Il est respectueusement soumis que le Ministre et la Commission ont manifestement omis de tenir compte des obligations internationales de la Namibie dans leur processus de prise de décision. Le Ministre ne s'est pas, ni à l'époque, ni dans la correspondance qui a suivi, appliqué à considérer de quelque façon que ce soit l'existence du traité ni son important impact. Le Ministre et la Commission ont agi de manière illégale en omettant de respecter la loi de Namibie, qui oblige d'accorder aux ressortissants allemands un traitement exactement identique qu'aux nationaux de Namibie³⁶. [Notre traduction]

Sans approfondir plus avant les exigences du traité, la Cour a clairement établi que le gouvernement était obligé de tenir compte de ses restrictions : « En tant que citoyens allemands, les trois requérants ont droit au même traitement que les citoyens namibiens³⁷... »

4.3.1 Le gouvernement tentera-t-il de placer la barre plus bas (à l'interne) ?

À la suite du rejet, par la Haute Cour, des ordonnances d'expropriation émises par le gouvernement, la réforme agraire a connu un important ralentissement en Namibie. Même si le gouvernement a fait appel de la décision de la Haute Cour, il n'est pas certain que les tribunaux accepteront d'entendre la cause en raison de la date tardive où l'appel a été interjeté³⁸. Entre-temps, le président Hifikepunye Lucas Pohamba, qui avait auparavant été ministre des Terres et de la Redistribution responsable de l'émission des ordonnances d'expropriation lors de la controverse Kessl, a été réélu en 2009. On ignore encore quelles mesures le président Pohamba et son nouveau conseil des ministres prendront en ce qui a trait à la réforme agraire. Récemment, plusieurs rencontres de consultation où devaient être discutés les changements à apporter à la loi sur la réforme agraire ont été annulées à la dernière minute.

³⁵ Kessl c. Ministry of Lands, sentence du 6 mars 2008, par. 106.

³⁶ Kessl c. Ministry of Lands, synthèses des plaidoyers des requérants, non daté (obtenu auprès d'un des avocats de l'affaire). Document figurant dans les dossiers des auteurs.

³⁷ Kessl c. Ministry of Lands, sentence du 6 mars 2008, par. 106.

³⁸ Entrevues avec des sources, Windhoek, Namibie, 7 décembre 2009.

Même si le gouvernement cherchait à réduire les obstacles administratifs en apportant des modifications à la loi sur la réforme agraire, l'administration devrait quand même compter avec la Constitution namibienne. Certains des observateurs les plus au courant du processus se sont demandé si le ministère avait la capacité de respecter les exigeantes normes administratives imposées par la loi actuelle et par l'article 18 de la Constitution de Namibie, qui stipule que les agences administratives et les représentants officiels doivent agir de façon juste et raisonnable. Le Legal Assistance Centre, une importante ONG namibienne, a affirmé ce qui suit dans le cadre d'un commentaire à propos de l'affaire Kessl :

(II) n'est pas certain que le Ministère pourra répondre aux exigences constitutionnelles de l'article 18, non seulement dans les cas éventuels d'expropriation, mais aussi pour d'autres aspects généraux du processus de réforme agraire, notamment la planification globale, la sélection des exploitations agricoles et des bénéficiaires, la transparence et l'administration des projets de réinstallation³⁹.

Toutefois, en supposant que le gouvernement respecte ses obligations juridiques internes, notamment celles relatives à l'application régulière de la loi prévues à l'article 18 de la Constitution, les obligations qui lui incombent en vertu de ses traités internationaux de protection des investissements sont appelées à prendre de plus en plus d'importance. Cependant, en dépit du rôle essentiel que les traités d'investissement pourraient jouer dans le conditionnement de la réforme agraire, le gouvernement continue de négocier de nouveaux traités. Dans une entrevue menée en décembre 2009 à Windhoek, un représentant gouvernemental a indiqué que des négociations entourant la signature de divers TBI se poursuivaient avec plusieurs pays, et que des traités avec la Chine et la Russie avaient été conclus au cours des dernières années. Dans les parties suivantes du présent article, nous aborderons certaines des principales implications potentielles de ces traités.

5. Les impacts émergents des traités d'investissement sur la réforme agraire

Si les TBI n'interdisent pas la réforme agraire, ils imposent toutefois une série d'obligations fondées sur le droit international que doivent respecter les gouvernements. Dans les parties qui suivent, nous expliquons en quoi consistent les impacts potentiels des TBI sur la réforme agraire, en faisant ressortir les principales considérations dont les décideurs et les défenseurs des droits humains devraient tenir compte.

5.1 Les nationaux d'un pays peuvent être considérés comme des étrangers

Comme nous y avons fait allusion précédemment, de nombreux traités d'investissement sont rédigés en des termes très vastes, ce qui permet notamment aux individus de constituer des sociétés de portefeuille ou d'autres véhicules commerciaux extraterritoriaux afin de transformer des avoirs nationaux en propriété étrangère. Par exemple, aux termes du récent TBI conclu entre la Namibie et la Russie, un citoyen namibien peut constituer une société de portefeuille russe et faire transiter ses propriétés agricoles namubiennes, l'« exploitation agricole A », par cette société intermédiaire⁴⁰. L'entreprise russe pourrait alors être considérée comme une « personne morale » ayant droit à une protection en tant qu'investisseur étranger en vertu de l'article 1 (2) (b) du traité bilatéral d'investissement conclu entre la Russie et la Namibie (article définissant le terme « investisseur » dans

³⁹ Voir discussion dans Odendall et Haring, 2008, p. 14-20.

⁴⁰ TBI entre la Russie et la Namibie, document figurant dans les dossiers des auteurs.

le traité). Dans de telles circonstances, le gouvernement namibien pourrait se voir obligé d'étendre à l'« exploitation agricole A » les avantages prévus aux termes du traité Russie-Namibie.

Selon les exigences prévues par les lois locales, ces structures commerciales extraterritoriales ne sont pas toujours révélées aux représentants gouvernementaux du pays concerné. Par conséquent, les gouvernements qui entreprennent des réformes agraires pourraient découvrir avec surprise que certaines politiques visant des avoirs soi-disant « locaux » touchent en fait des biens liés par des traités internationaux. Étant donné la possibilité, pour les investisseurs locaux, de se transformer en étrangers, les traités d'investissement internationaux doivent être examinés et étudiés de près par les décideurs, même lorsque la propriété des terres est, en apparence, régie par des lois internes. Les gouvernements devraient peut-être aussi songer à instituer des politiques qui obligerait les propriétaires fonciers à révéler les avoirs qu'ils possèdent dans le cadre de structures extraterritoriales, pour que les décideurs puissent avoir une meilleure idée des situations où s'appliquent des traités internationaux.

5.2 Une compensation réduite dans les cas de réforme agraire ?

La protection la plus pertinente offerte par les traités d'investissement dans le contexte d'une réforme agraire est la garantie de compensation en cas d'expropriation. Mais comme on le souligne dans le volume 3 de la série de Droits et Démocratie intitulée *Investir dans les droits humains*, il peut exister des divergences entre le droit interne et les traités internationaux d'investissement sur la question de l'indemnisation⁴¹. Par exemple, en Afrique du Sud, le droit constitutionnel admet le versement d'indemnités réduites ou inférieures à la valeur marchande dans les cas où les expropriations sont effectuées dans le but de favoriser une utilisation plus équitable des terres et des ressources du pays. Toutefois, des débats subsistent à savoir si les traités d'investissement prévoient des montants d'indemnité plus élevés, correspondant par exemple à la pleine valeur marchande.

Dans le cadre de la requête en arbitrage déposée récemment par les agriculteurs hollandais contre le Zimbabwe, l'État a maintenu qu'il avait le droit de verser un montant « réduit » d'indemnité dans les cas de nationalisations systémiques des terres. Toutefois, les arbitres ont rejeté cet argument sur-le-champ, en attirant l'attention sur le fait que le TBI entre les Pays-Bas et le Zimbabwe prévoit une « juste compensation », décrite plus loin dans le traité comme correspondant à la « véritable valeur » des investissements en question. Si le raisonnement du tribunal a suscité peu de plaintes à l'extérieur du Zimbabwe, entre autres en raison de la nature violente et illégale de l'approche adoptée par ce pays en matière de réforme agraire, elle soulève néanmoins d'importantes questions pour les cas futurs.

Les arbitres ont traité cette question de façon superficielle, ce qui en a frustré plus d'un, en n'offrant aucune raison expliquant pourquoi une compensation réduite était inappropriée, et en citant (étrangement) une seule affaire qui ne portait pas sur la question. Par conséquent, le tribunal n'a fait que glisser sur un débat qui couvait depuis longtemps chez les avocats internationaux, à savoir si les pays (en particulier les plus pauvres) pourraient verser des indemnités *inférieures* à la valeur marchande dans les cas de réforme agraire ou de nationalisation à grande échelle.

⁴¹ *Droits humains et traités bilatéraux d'investissement : Le rôle du droit relatif aux droits humains dans l'arbitrage des différends entre investisseurs et États*, Droits et Démocratie, 2009, accessible en ligne au www.droitsdemocratie.ca/site/PDF/publications/globalization/HIRA-volume3-FREN.pdf.

Argumentaire en faveur d'une indemnité réduite

Il existe peu de documentation faisant autorité qui défende l'opinion selon laquelle le versement d'une indemnité inférieure à la valeur marchande est justifié en vertu du droit coutumier international⁴². De plus, si un traité précise plus en détail l'indemnité qui doit être versée, par exemple en stipulant qu'elle doit équivaloir à la valeur marchande, les possibilités en matière de versement d'une indemnité s'en trouvent d'autant plus réduites. Toutefois, les traités d'investissement ne sont pas tous rédigés de la même façon, et certains sont plus ouverts à l'argument de la compensation réduite que d'autres. Ainsi, même si l'indemnité correspondant à la « véritable valeur » prévue par le traité entre les Pays-Bas et le Zimbabwe pourrait être interprétée comme correspondant à la valeur marchande des investissements, d'autres libellés demeurent plus vagues et sujets à interprétation.

Le professeur Oscar Schachter affirme depuis longtemps que les références à l'indemnisation « juste » ou « équitable » offrent une marge de manœuvre considérable aux arbitres pour accorder une indemnité inférieure à la valeur marchande⁴³. Selon Schachter, dans les cas d'expropriation à grande échelle, comme une réforme agraire, une indemnisation inférieure à la valeur marchande pourrait être appropriée, car l'État se retrouverait autrement aux prises avec un « écrasant fardeau financier ». Quelle que soit l'interprétation que l'on fait de cet argument, qui n'a pas fini d'être invoqué par les pays en développement, de nombreux traités risquent de lui mettre des bâtons dans les roues parce qu'ils n'utilisent pas de termes flous relatifs à une indemnité « juste » ou « équitable ».

Golay et Cismas affirment que le droit à la propriété peut être limité dans le but d'éliminer certaines injustices sociales et de favoriser la réalisation des droits humains de certains individus ou groupes désavantagés. Ils ajoutent que les principes généraux, en ce qui concerne la compensation, devraient « refléter toutes les branches du droit international qui portent sur la question, notamment le droit relatif aux investissements et aux droits humains » et que « la norme coutumière en matière de compensation doit être cohérente avec les fonctions que remplit le droit à la propriété face à l'individu et à la société dans son ensemble⁴⁴ ».

En supposant, à titre d'exemple, que les tribunaux d'arbitrage manifestent une volonté d'accorder des montants de compensation réduits dans certains cas de réforme agraire, nous devrions quand même nous attendre à ce que (et espérer que) les arbitres examinent minutieusement les déclarations et les agissements de l'État qui procède à l'expropriation. Par exemple, les arbitres pourraient demander des preuves manifestes qu'une série donnée d'expropriations a été effectuée dans le cadre d'un processus de réforme agraire réalisé de bonne foi et que les objectifs des droits humains comme l'élimination de la faim ou la redistribution de terres aux sans-terres sont réels. Si les arbitres étaient ouverts, en principe, à accorder dans ces cas un montant de compensation inférieur à la pleine valeur marchande, cette

⁴² Le professeur Brownlie, l'un des principaux défenseurs contemporains de ce point de vue, se fonde sur les écrits d'Oscar Schachter, dans son opinion dissidente dans l'arbitrage CME c. République, par. 31, en ligne au http://ita.law.uvic.ca/documents/CME2003-SeparateOpinion_001.pdf.

⁴³ Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991, p. 324.

⁴⁴ Christophe Golay et Ioana Cismas, *Avis juridique sur le droit à la propriété sous l'angle des droits humains*, Droits et Démocratie et l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, mai 2010, en ligne au www.dd-rd.ca.

vérification supplémentaire permettrait de faire une distinction dans les cas impliquant la prise de mesures violentes et arbitraires comme cela s'est produit au Zimbabwe, où des biens expropriés ont été remis à des personnes bien pourvues en relations politiques et non à des personnes qui en auraient eu vraiment besoin.

Si on peut s'attendre à ce que les pays les moins riches plaident en faveur d'une indemnité réduite dans les cas de réformes agraires effectuées de bonne foi, il n'est pas dit qu'un refus d'accorder ce type d'indemnité de la part des arbitres constituerait un obstacle pratique à la réforme agraire. Dans les endroits où la pratique du « magasinage » de traités est plus répandue – pratique permettant la transformation des nationaux en « étrangers » –, cela pourrait peut-être exercer une plus grande pression économique sur les coffres gouvernementaux. Toutefois, des études économiques détaillées devraient être effectuées afin de quantifier l'écart réel entre ce que la loi locale accorderait aux nationaux en cas d'expropriation, et ce que représenterait un montant équivalant à la pleine valeur marchande obtenu en vertu des lois internationales.

En effet, outre les coûts inhérents à l'acquisition des terres, il faut compter les allocations budgétaires additionnelles nécessaires pour s'assurer que la redistribution des terres mène à des améliorations véritables et durables au chapitre des droits humains. Willem Odendaal, du Namibian Legal Assistance Centre, souligne la nécessité de financer les coûts de réinstallation, de formation agricole, d'installation des infrastructures et de création de marchés où les gens peuvent vendre leurs produits⁴⁵. Ce sont ces types de dépenses essentielles qui pourraient au bout du compte déterminer si les expériences en matière de réforme agraire réussissent réellement à atteindre leurs nobles objectifs.

5.3 Un traitement aussi favorable à l'égard des étrangers que des nationaux

Il existe une autre protection prévue par les traités d'investissement qui pourrait avoir un impact sur la réforme agraire : l'exigence que les pays hôtes accordent un « traitement national » aux investisseurs étrangers. Si cette exigence peut varier dans la façon dont elle est formulée, elle oblige habituellement les États à s'assurer que les étrangers ne sont pas traités moins favorablement que les nationaux de l'État hôte. Ainsi, l'article 3(1) du traité bilatéral d'investissement entre l'Allemagne et la Namibie se lit comme suit :

Aucune des parties au contrat ne pourra soumettre des investissements réalisés sur son territoire et appartenant à des ressortissants ou à des sociétés de l'autre partie ou contrôlée par eux à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements de ses propres nationaux ou entreprises ou à des sociétés ou à des investissements de nationaux ou d'entreprises de tout autre État tiers.

On se souviendra que dans l'affaire *Kessl c. Namibie*, la Haute Cour avait souligné que le fait de baser la sélection de exploitations agricoles à exproprier simplement sur le fait qu'elles appartiennent à des étrangers pourrait être contraire aux dispositions du traité d'investissement entre l'Allemagne et la Namibie : « En tant que citoyens allemands, les trois requérants ont droit au même traitement que les citoyens namibiens... (au titre du traité Allemagne-Namibie)⁴⁶. »

⁴⁵ Entrevue du 7 décembre 2009, Windhoek, Namibie.

⁴⁶ Document figurant dans les dossiers des auteurs.

Toutefois, la Haute Cour n'a pas statué qu'il était interdit aux États d'adopter des mesures de réforme agraire visant des étrangers. Vraisemblablement, les États n'éprouveraient pas de difficultés graves s'ils utilisaient une série de critères transparents et raisonnables dans l'évaluation des propriétés. La loi sur la réforme agraire de Namibie prévoit un processus et des critères selon lesquels une commission consultative spéciale sur la réforme agraire doit déterminer s'il est pertinent qu'une propriété en particulier fasse l'objet d'une acquisition forcée ; mais ces processus n'ont pas été suivis par les représentants namibiens lors de la précédente ronde d'expropriations.

Presque rien ne laisse suggérer que les États sont obligés de traiter les investisseurs étrangers d'une façon exactement identique à leurs propres nationaux. Un traitement différent pourrait être indiqué lorsque la situation des investisseurs est différente. Ainsi, même si la Haute Cour de Namibie a fait remarquer que les ressortissants allemands avaient droit au « même » traitement que les nationaux, il faut souligner qu'il pourrait y avoir une variété d'autres raisons, à part la nationalité, pour lesquelles un investisseur étranger pourrait être visé par une expropriation. Par exemple, si une parcelle de riche terre agricole est en jachère, les représentants gouvernementaux pourraient s'intéresser à cette propriété, indépendamment de la nationalité de son propriétaire.

5.4 Les États d'origine et les obligations extraterritoriales

Il arrive couramment que les investisseurs étrangers (et/ou leurs représentants juridiques) demandent des rencontres individuelles avec les représentants gouvernementaux, ou écrivent aux ministères gouvernementaux dans le but de décourager ou d'influencer la mise en œuvre de politiques dont l'adoption est envisagée dans un pays hôte. Parfois, les investisseurs étrangers allèguent que certaines mesures pourraient constituer une violation des traités d'investissement et donner lieu à des poursuites contre le gouvernement hôte.

Dans bien des cas, le gouvernement du pays d'origine de l'investisseur étranger se mettra aussi de la partie. Un gouvernement peut faire des démarches officielles auprès du pays où a lieu l'investissement par l'entremise de ses missions diplomatiques ou par d'autres moyens. Ainsi, dans le cas du litige mentionné précédemment en Afrique du Sud entourant l'introduction de nouvelles politiques minières, le gouvernement italien a fait des démarches diplomatiques auprès du gouvernement sud-africain dans le but de dissuader l'Afrique du Sud de mettre en place des mesures qui étaient jugées défavorables aux investisseurs italiens.

On ignore si d'autres gouvernements ont aussi eu recours à des interventions diplomatiques pour faire part à l'Afrique du Sud de leurs préoccupations à propos de la stratégie BEE. Habituellement, ce type de correspondance n'est pas rendu public, même si l'*aide-mémoire* italien a été mis au jour dans le cadre d'une recherche antérieure sur les lois sud-africaines dans le secteur minier. Certaines indications empiriques suggèrent que ce type de pressions diplomatiques au nom des investisseurs étrangers est effectué couramment lorsque des politiques menées par un pays hôte sont considérées comme défavorables à ces investisseurs.

Même si l'on en discute rarement, les démarches diplomatiques menées par les pays d'origine au nom de leurs investisseurs à l'étranger pourraient susciter des inquiétudes du point de vue des droits humains. En effet, en vertu des obligations relatives au droit international aux droits humains, les gouvernements auraient certaines obligations extraterritoriales qui devraient guider leur politique

étrangère et les activités connexes⁴⁷. Par exemple, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies a souligné que les États « devraient prendre des mesures pour respecter l'exercice du droit à l'alimentation dans les autres pays, protéger ce droit, faciliter l'accès à la nourriture et fournir l'aide nécessaire en cas de besoin⁴⁸ ».

Il est arrivé que les gouvernements se soient attiré des critiques en raison d'omissions alléguées de prendre en considération les impacts extraterritoriaux de leurs choix politiques. Par exemple, le gouvernement allemand a été critiqué par certaines organisations non gouvernementales pour avoir fait pression sur la République du Paraguay pour qu'elle s'abstienne d'appliquer des mesures de réforme agraire affectant des propriétaires fonciers allemands dans ce pays. Ces groupes affirment que l'Allemagne n'a pas respecté ses obligations extraterritoriales en matière de droits humains relativement au droit à l'alimentation parce que le programme de réforme agraire au Paraguay s'inscrivait dans une politique plus vaste d'élimination de la faim⁴⁹.

Lorsque les gouvernements font des pressions au nom de leurs investisseurs à l'étranger, ils devraient s'assurer que ces démarches n'entrent pas en conflit avec leurs obligations en matière de droits humains. De plus, ils devraient peut-être limiter ces démarches à des appels à l'utilisation adéquate et au respect des traités et des processus de résolution des différends, plutôt que d'exprimer leurs opinions relativement au caractère contraire ou non d'une action donnée aux dispositions d'un traité. Compte tenu de la nature souvent privée de ce type de diplomatie, ces démarches et ces plaidoyers tombent rarement sous la loupe des observateurs de l'extérieur, et leur compatibilité avec les principes des droits humains est donc peu souvent évaluée. Dans le futur, un rôle pourrait être attribué à des institutions des droits humains ou à d'autres organes de contrôle, consistant à demander de l'information aux gouvernements pour déterminer si les plaidoyers en faveur de leurs investisseurs à l'étranger sont compatibles avec les principes et les pratiques des droits humains.

6. Conclusion

Il est clair que les gouvernements qui songent à effectuer une réforme agraire doivent composer avec le cadre juridique international qui protège les investisseurs étrangers. En effet, les formulations floues des traités d'investissement entraîneront assurément un grossissement des rangs des propriétaires « étrangers », lorsque de plus en plus de nationaux de divers pays prendront conscience de la facilité avec laquelle ils peuvent structurer leurs avoirs en constituant des entités commerciales extraterritoriales. En même temps, à mesure que les gouvernements s'attaqueront à ce type de défis, il faudra garder à l'esprit que les traités d'investissement ont pour effet de compliquer – sans les empêcher – les initiatives de réforme agraire. En fait, les investisseurs étrangers et/ou les gouvernements de leur pays d'origine surestiment parfois la portée de ces traités dans le but de décourager l'adoption de certaines politiques, dont l'expropriation. Par conséquent, un certain nombre de recommandations peuvent être apportées pour l'avenir.

⁴⁷ Il existe parmi les experts des droits humains un débat sur l'étendue et la portée des obligations extraterritoriales, en particulier en ce qui concerne la souveraineté et la compétence des États. Pour une analyse, voir Mark Gibney et Sigrun Skogly (dir.), *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations*, University of Pennsylvania Press, 2010.

⁴⁸ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « Le droit à une nourriture suffisante », Observation générale 12, E/C.12/1999/5, 12 mai 1999, par. 36.

⁴⁹ Voir par exemple *Right to Food Quarterly*, vol. 2, n° 1, 2007, page 6, www.fian.org/resources/documents/categoria-3/right-to-food-quarterly-vol-2-no.1/pdf.

Premièrement, une plus grande transparence est nécessaire pour que l'influence des traités d'investissement sur la réforme agraire et les autres droits des individus et des communautés relativement à la terre puissent être établie et évaluée. Cette transparence devrait s'appliquer non seulement à l'arbitrage juridique des poursuites engagées pour des infractions aux dispositions des traités d'investissement, mais aussi aux démarches et pressions plus informelles effectuées par les investisseurs étrangers et leur État d'origine. Ainsi, lorsqu'un gouvernement hôte a prétendument commis une violation des obligations internationales qui lui incombent au titre d'un traité et qu'il risque de faire l'objet d'une poursuite internationale, les allégations portées contre lui ne devraient pas être cachées aux citoyens, aux élus ou aux autres observateurs. Une plus grande transparence permettra un meilleur suivi et une meilleure documentation, par les groupes des droits humains, des poursuites intentées, pour que les impacts sur les droits humains des traités d'investissement – tant positifs que négatifs – soient analysés et rapportés de manière systématique.

Deuxièmement, avant de faire des démarches diplomatiques au nom de leurs investisseurs à l'étranger, les États d'origine devraient prendre des mesures pour s'assurer que leurs recommandations sont conformes aux obligations de l'État hôte en matière de droits humains. En d'autres mots, ces démarches ne doivent pas suggérer des actions qui pourraient causer une violation des obligations en matière de droits humains dans le pays hôte.

Enfin, une attention accrue devrait être portée au débat qui couve depuis longtemps à propos du versement de montants de compensation réduits en cas de réforme agraire. Il est nécessaire de réaliser des études économiques visant à déterminer si le versement d'indemnités réduites aurait un impact significatif sur la capacité des États d'entreprendre une réforme agraire. Il est également nécessaire d'évaluer les divergences possibles entre les lois internes et le droit international sur la question de la compensation dans le but de mieux comprendre les implications financières potentielles qui en découleraient pour les États.

* * * *