

LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS FACE AUX VULNÉRABILITÉS AU SAHEL

Issiaka GUINDO

Doctorant à l'École doctorale de droit de la Sorbonne

***Résumé** : Des événements ayant cours au Sahel depuis plus d'une décennie, aggravés par des renversements des gouvernements civils, ont fait l'objet d'immenses commentaires. L'insécurité soulève de multiples questions de droit international, qui mettent en jeu les engagements de protection des investissements souscrits par ces États. Toutefois, cette question tant importante semble avoir échappé aux observateurs, même les plus avertis. La protection des investissements étrangers implique des engagements de long terme qui sont vulnérables dans des conditions de conflit ou l'insécurité. À cet effet, la force majeure et l'état de nécessité peuvent être considérés comme des moyens d'exonération possibles mais limités en droit de responsabilité internationale des États au profit de ces États. Les accords d'investissement ratifiés par ces États et les codes d'investissement prévoient plusieurs dispositions comme les clauses dites de la protection entière et de la pleine sécurité ainsi que les clauses de compensation pour perte. Ces dispositions traitent des situations critiques comme l'insécurité ou l'instabilité politique. L'objet de cet article est de démontrer que l'applicabilité de ces règles de protection dans le contexte actuel au Sahel reste contrastée à l'égard des investissements étrangers.*

- 1 Introduction
- 2 Le Sahel, une région confrontée à des situations de vulnérabilité
 - 2.1 L'impact relatif de l'insécurité sur les entrées d'investissement au Sahel
 - 2.1.1 Cas du Mali
 - 2.1.2 Cas du Burkina-Faso
 - 2.2 L'applicabilité des clauses contractuelles protégeant les investissements

- 3 L'applicabilité des clauses conventionnelles protégeant les investissements dans le contexte d'insécurité
 - 3.1 Les règles pertinentes de protection dans le contexte d'insécurité
 - 3.1.1 La règle de réparation non contentieuse
 - 3.1.2 Le standard de protection pleine et de sécurité intégrale des investisseurs
 - 3.2 L'application contextuelle du standard de la protection constante
 - 3.2.1 La protection constante modulée à la vulnérabilité des États du Sahel
 - 3.2.2 La vulnérabilité n'impliquant pas l'exonération des États sahéniens
- 4 Conclusion

1 INTRODUCTION

La protection des personnes et de leurs biens dans un État étranger n'est pas nouvelle. En 1758 déjà, le juriste suisse Emmerich De Vattel écrivit qu'un État ne peut accorder l'accès de son territoire aux étrangers pour « les faire tomber dans un piège ». Vattel ajoute que « dès qu'il les reçoit, il s'engage à les protéger comme ses propres sujets, à les faire jouir, autant qu'il dépendra de lui, d'une entière sûreté »¹. Et un peu plus loin, Vattel précise : « Quiconque maltraite un citoyen offense directement l'État, qui doit protéger ce citoyen ». Cette préoccupation de protection des étrangers et de leurs biens est au cœur du droit international des investissements².

Au Sahel, tout comme dans tous les pays en développement, historiquement, le principal objectif des traités d'investissement a été de réduire les risques politiques pour les investisseurs étrangers³. L'incertitude sur le potentiel retour sur investissement attendu peut rendre ces investisseurs réticents à investir. Cette incertitude peut résulter de l'insécurité, du risque de l'expropriation et de la discrimination à l'encontre des investisseurs étrangers par les autorités hôtes. En outre, il est important de noter que le rapatriement des fonds

1. E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou principe de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758, tome 1, rééd. Paris, Rey & Gravier, 1820, livre II, chapitre 8, § 104, cité par A. De Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2^e éd., 2017, p. 13 ; D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906, p. 6.
2. S. MANCIAUX, « The Full Protection and Security Standard in Investment Law: A Specific Obligation? », in K. F. Gómez, A. Gourgourinis, C. Titi (eds), *International Investment Law and the Law of Armed Conflict*, Cham, Springer, 2019, p. 218.
3. Il convient de préciser que l'expression « investisseurs étrangers » est assimilée à « société transnationale », ou « entreprises multinationales », voire même simplement « multinationales ». D'autres auteurs ont pu employer des expressions comme « firmes », « entreprises » ou « sociétés » ; on les qualifie de « multinationales », de « transnationales ». À ce sujet, P. DAILLER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, 9^e éd., Paris, LGDJ, 2022, p. 714.

peut être soumis à certaines contraintes et que les investissements peuvent être affectés par des facteurs externes tels que des troubles sociaux, des actes terroristes ou une insécurité. Les instruments relatifs à la protection d'investissements ont pour finalité de pallier ces risques, lesquels sont également couverts par certaines clauses des contrats d'investissement, comme la clause de stabilisation et la clause d'intangibilité⁴.

Au surplus, l'Agence Multilatérale de garantie d'investissement (AGMI)⁵ couvre ce type de risque à l'échelle internationale. Au niveau interne, les États d'origine des investisseurs ont mis en place des mécanismes de garantie d'investissement pour couvrir de tels risques. À titre d'exemple, la Compagnie Française d'Assurance-Crédit à l'Exportation (COFACE), créée en 1946, comme agence étatique dont l'un des objectifs est de favoriser les investissements français à l'étranger en les protégeant contre les risques politiques de leurs États hôtes.

Ainsi, depuis les années 1960, la Coface produit des rapports étayant les risques politiques des pays ; le 17 octobre 2023, elle a publié son dernier rapport dans lequel tous les États du Sahel sont passés en zone rouge, pays dits à risque élevé, souffrant d'insécurité et d'instabilité politique. Mais en réalité, on le notera, cela ne dissuade pas considérablement les entrées des investissements étrangers. Comme il est démontré dans ce présent article, les entrées des investissements directs étrangers (IDE) au Mali et au Burkina Faso n'ont été que relativement impactées, car les types d'IDE au Sahel sont centrés sur l'exploitation des ressources minérales comme l'or par exemple. En plus, les zones d'exploitation sont parfois distinctes des zones d'insécurité⁶. Toutefois, les entrées des investissements dans les industries et les infrastructures (énergie et transport) sont largement touchées par les risques sécuritaires et politiques.

Par ailleurs, on note aussi que l'instabilité politique résultant des coups d'État survenus au Sahel constitue une préoccupation⁷, car ils constituent des facteurs permettant de mettre en cause les clauses contractuelles de stabilisation et d'intangibilité. Ces clauses sont généralement incorporées dans les contrats afin de garantir un environnement stable et sécurisé aux investisseurs, en protégeant leurs droits et intérêts contre d'éventuelles modifications législatives

4. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, 2^e éd., Paris, Pedone, 2017, pp. 36-37.

5. I. F. SHIHATA, « L'Agence multilatérale de garantie des investissements », *Annuaire français de droit international*, vol. 33, 1987/1, pp. 601-613.

6. Pendant la rédaction de cet article, le Mali affirme avoir réussi à reprendre le contrôle de la ville de Kidal, qui lui échappait depuis 2012.

7. T. ABOUBACAR, *Le régime juridique des investissements étrangers face aux risques politiques : cas inspiré du Traité d'investissement entre le Mali et le Canada*, McGill University (Canada), 2018, p. 25.

imprévues. Au surplus, leurs violations présumées peuvent entraîner l'engagement de la responsabilité internationale des États⁸ sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement (TBI)⁹.

À la suite d'un coup d'État au Mali en 2020, un litige¹⁰ a émergé impliquant la République du Mali et *Menankoto SARL*, une filiale de l'entreprise aurifère canadienne *B2Gold* concernant l'annulation d'un permis d'exploration minier. En moins de six mois de contentieux, le gouvernement malien et *B2Gold* ont annoncé le 9 décembre 2021 un accord de principe¹¹. Dans la même année 2021, une requête d'une instance d'arbitrage est introduite par une autre société immatriculée dans les Barbades devant le CIRDI¹² contre l'État malien, relativement à la taxation des actions de cette société exploitant une mine d'or. Ce litige a rencontré un dénouement similaire à celui mentionné précédemment.

Le développement du contentieux est aussi constaté au Burkina Faso, une Société *AECI Mauritius Ltd* de droit mauricien ayant introduit une instance en arbitrage contre l'État du Burkina Faso¹³ sur le fondement du code d'investissement de 1995 et de celui de 2018 devant le CIRDI¹⁴. En avril 2021, à la suite d'un second coup d'État au Burkina Faso, le gouvernement de transition burkinabè a suspendu unilatéralement le contrat de concession¹⁵ de l'aéroport international de Ouaga-Donsin qui liait l'État à *Meridiam AMP*, un consortium français. Cette décision susceptible de mettre un terme à ce projet de partenariat public-privé (PPP) pourrait éventuellement entraîner une procédure arbitrale.

8. Ch. LEBEN, *La Théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2003.

9. Ch. LEBEN, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *Annuaire français de droit international*, vol. 50, 2004/1, pp. 683-714. Auparavant, le Mali a été partie à deux arbitrages, tous devant le CIRDI, et les sentences ont été en faveur de l'investisseur. La deuxième affaire concernait la société des mines de Loulo, sentence rendue en 2016 (voy. *Société des Mines de Loulo S.A. c. République du Mali*, CIRDI n° ARB/13/16). La première concernait la société d'exploitation de mine d'or de Sadiola (SEMOS), rendue en 2003. Dans sa demande d'arbitrage, la SEMOS prétend être exonérée du paiement du droit de taxes sur ses demandes d'exportation, sur la base d'une convention minière concernant la recherche et l'exploitation de l'or, de l'argent et des substances apparentées sur le site de Sadiola au Mali, à laquelle la République du Mali et Semos sont parties (voy. *Société d'exploitation des Mines d'or de Sadiola S.A. c. République du Mali*, CIRDI n° ARB/01/5).

10. *Menankoto SARL c. République du Mali*, 27 juillet 2021, CIRDI n° ARB/21/38.

11. Conformément à cette entente, les autorités maliennes ont décidé d'octroyer un nouveau permis d'exploration, couvrant la même zone que celle de Menankoto, à une nouvelle filiale malienne de *B2Gold*.

12. Voy. *AGEM Ltd c. République du Mali*, CIRDI n° ARB/21/62.

13. En effet, ceci est la troisième affaire arbitrale impliquant ce pays, dont une devant la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) et deux au CIRDI.

14. Voy. *AECI Mauritius Ltd c. Burkina Faso*, CIRDI n° ARB/21/18.

15. Voy. à ce sujet <http://news.aouaga.com/h/146536.html>.

À cet égard, dans un contexte d'instabilité et d'insécurité tel que celui de coups d'État et de terrorisme, il est possible que de tels contentieux se développent à l'avenir. Dans ces circonstances, pour analyser cette situation complexe de protection des investissements étrangers au Sahel¹⁶, il sied de mettre en lumière l'insécurité et l'instabilité politique qui déstabilisent la région du Sahel (2), avant toute étude sur l'applicabilité des normes de protection des investissements dans ce contexte (3). Il est important de souligner que l'application de ces normes de protection ne varie pas en fonction des pays, mais plutôt en fonction des circonstances spécifiques. Ainsi, l'analyse effectuée ici reste pertinente dans les régions où l'insécurité ou d'autres formes de violences sont présentes, comme en République Démocratique du Congo et en Irak.

2 LE SAHEL, UNE RÉGION CONFRONTÉE À DES SITUATIONS DE VULNÉRABILITÉ

Le Sahel est une région d'Afrique située au sud du désert du Sahara, englobant plusieurs pays tels que le Mali, le Niger, le Burkina Faso, le Tchad et la Mauritanie, ainsi que des parties du Sénégal, du Soudan et de l'Érythrée. Ces dernières années, le Sahel a été confronté à des défis majeurs liés à l'insécurité et au développement économique. Cet article étudie le cas du Mali et du Burkina Faso, comme des génériques transposables au reste de la région.

Ces deux pays sont marqués par une instabilité politique (liée à l'irrégentisme touareg au Mali)¹⁷ et une insécurité croissantes, alimentées par des groupes terroristes tels que *Boko Haram*, *Al-Qaïda au Maghreb islamique* (AQMI), l'État islamique, aussi appelé *Daech*, et d'autres groupes armés non identifiés. Ces groupes exploitent la déliquescence institutionnelle de ces États¹⁸, le chômage élevé, la pauvreté, les rivalités ethniques et d'autres tensions

16. Pour une analyse approfondie de la protection des investissements dans des environnements similaires ou en situation de conflit, il est recommandé de voir particulièrement S. CHRISTOPH, « War and peace in international investment law », in K. F. Gómez, A. Gourgourinis, C. Titi (eds), *International Investment Law and the Law of Armed Conflict*, Cham, Springer, 2019, pp. 1-21.

17. L'irrégentisme touareg, visant la création d'un État indépendant pour le peuple touareg, a été une source de conflit au Mali et au Niger. Malgré les tentatives de résolution par des accords de paix comme celui de 2015, sa mise en œuvre complète a été difficile et l'accord a finalement été annulé par le gouvernement de transition le 25 janvier 2023. *Le Point*, « Ce qu'il faut savoir sur l'accord d'Alger enterré par la junte au pouvoir », 26 janvier 2024 (www.lepoint.fr/afrique/mali-ce-qu-il-faut-savoir-sur-l-accord-d-alger-enterré-par-la-junte-au-pouvoir-26-01-2024-2550806_3826.php).

18. M. TAJE, « Vulnérabilités et facteurs d'insécurité au Sahel », *Diplomatie*, n° 47, 2010, pp. 60-68 ; R. CARAYOL, *Le mirage sahélien : la France en guerre en Afrique. Serval, Barkhane et après ?* Paris, La Découverte, 2023. Voy. aussi D. SOW, *La légalité de l'intervention militaire française au Mali : contribution à l'étude du cadre juridique de la lutte armée contre le terrorisme international*, Paris, L'Harmattan, 2016, 287 p.

pour recruter et étendre leur influence¹⁹. À cet égard, les gouvernements ont été incapables de maintenir l'ordre et d'assurer la sécurité de leurs citoyens. Cela a engendré dans ces pays des changements inconstitutionnels de régime. En trois ans, on a assisté à plusieurs coups d'État²⁰.

Cependant, il est paradoxal de constater que l'insécurité dans la région du Sahel n'a eu qu'une incidence relativement négative sur la hausse des entrées d'investissement étranger. Pourtant, en règle générale, l'insécurité est considérée comme un facteur dissuasif majeur pour les investisseurs étrangers, car elle accroît les risques associés aux opérations commerciales²¹.

2.1 L'impact relatif de l'insécurité sur les entrées d'investissement au Sahel

Lorsque l'on affirme qu'il n'y a eu qu'un impact relatif de l'insécurité sur les entrées d'investissement direct étranger au Sahel, cela indique, bien que l'insécurité ait exercé une influence, que celle-ci n'a pas été aussi déterminante que l'on pouvait le craindre. Pour plusieurs raisons. Premièrement, la diversité des secteurs économiques dans la région du Sahel a joué un rôle important. Si certains secteurs sont plus sensibles à l'insécurité, d'autres sont restés relativement indifférents. Deuxièmement, certaines zones au Sahel ont maintenu une relative sécurité, ce qui aurait permis aux investissements étrangers de continuer dans ces régions plus sûres. Troisièmement, il faut noter que les gouvernements des pays sahéliens, pour atténuer les préoccupations liées à la sécurité, rassurant ainsi les investisseurs étrangers et préservant une certaine confiance dans le climat des affaires, ont conclu plusieurs TBI depuis 2012²² et ont reformé leurs codes d'investissement.

19. M. GALY, *La guerre au Mali. Comprendre la crise au Sahel et au Sahara : enjeux et zones d'ombre*, Paris, La Découverte, 2013 ; J.-P. NGROUPANDÉ, *L'Afrique face à l'islam : les enjeux africains de la lutte contre le terrorisme*, Paris, Albin Michel, 2016.

20. *RFI Afrique*, « Ces coups d'État qui ont secoué le continent depuis trois ans », 30 août 2023, (<https://www.rfi.fr/fr/podcasts/alors-on-dit-quoi/20231007-coup-d-%C3%A9tat-en-afrique-on-vous-explique>).

21. Les investisseurs étrangers sont souvent réticents à s'engager dans des zones où l'insécurité est élevée en raison des risques potentiels pour la sécurité de leur personnel, de leurs actifs et de leurs opérations.

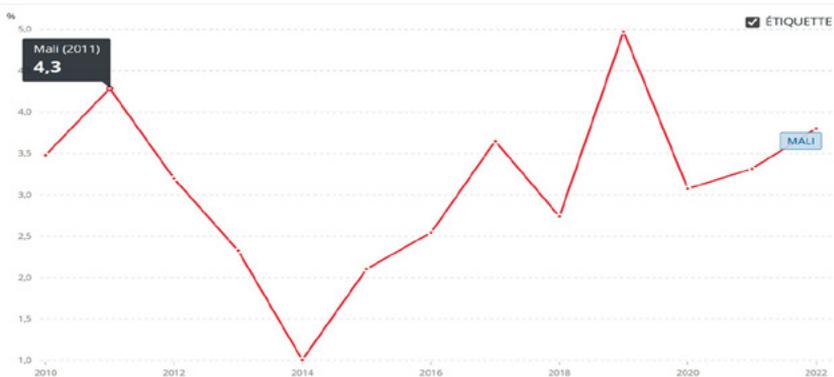
22. Pour le Mali, le traité d'investissement avec les Émirats arabes unis de 2018 a été signé mais n'est pas encore en vigueur, tout comme celui avec la Turquie de la même année, tandis que le traité avec le Canada de 2014 est en vigueur depuis le 8 juin 2016, et celui avec le Maroc de 2014 est également en vigueur, tout comme le traité avec la Chine de 2009. Quant au Burkina, le traité d'investissement avec la Turquie signé en 2019 n'est pas encore en vigueur, de même que celui avec le Singapour signé en 2014, tandis que l'accord avec le Canada est déjà en vigueur.

Une des particularités du Sahel est attenante aux opportunités économiques : les investissements étrangers sont attirés malgré l'insécurité car la région possède des ressources naturelles²³ attractives autant pour les pays développés que les pays émergents comme la Chine, la Turquie, les Émirats arabes unis, *etc.*

2.1.1 Cas du Mali

Au Mali, malgré les défis sécuritaires, la présence de ressources naturelles importantes a joué un rôle dans le maintien d'un certain niveau d'investissements étrangers dans le pays. Le Mali dispose de ressources naturelles significatives²⁴, notamment des gisements aurifères et autres minerais importants comme le lithium. La présence de telles ressources a rendu le pays attractif pour les investissements étrangers miniers.

Investissements étrangers directs, entrées nettes (BDP, \$ US courants) – Mali



Source : Banque mondiale

Selon ce graphique de la Banque mondiale, on peut apercevoir l'impact relatif des événements au Mali sur les entrées des IDE. Après une baisse considérable en 2014, les entrées des IDE ont connu une augmentation dynamique. Les IDE ont atteint un niveau record en 2019, avec un total d'investissement de 800 millions de dollars.

En plus, le secteur des ressources naturelles, en particulier l'exploitation minière, est considéré comme résilient face à l'insécurité. Les entreprises

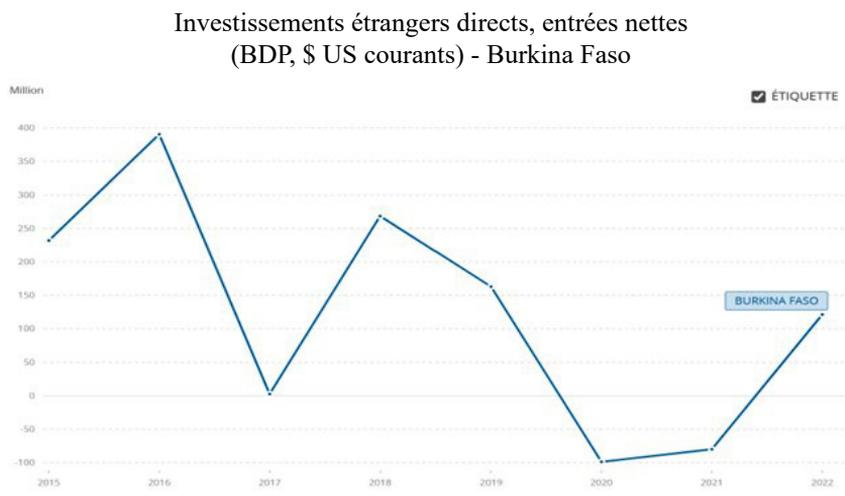
23. D. DAMIEN. « Gestion des ressources minérales et conflits au Mali et au Niger », *NAQD*, vol. 31, 2014/1, pp. 223-246.

24. C. MAINGUY, « Investissements étrangers et développement : le cas du secteur de l'or au Mali », *Monde en développement*, 2013/2, pp. 87-102. Voy. aussi T. AL MOULAYE, *Les investissements étrangers dans la production de l'or en République du Mali et le développement économique*, thèse de doctorat Paris 5, 2008, pp. 56-124.

opérant dans ce secteur sont souvent habituées à travailler dans des environnements complexes et peuvent mettre en place des mesures de sécurité robustes pour protéger leurs activités. Outre cela, au Mali, les opérations minières sont concentrées dans des zones spécifiques qui ne sont pas directement touchées par l'insécurité, limitant ainsi l'impact sur les opérations clés. Cependant, il est important de noter que bien que les ressources naturelles puissent atténuer certains impacts de l'insécurité, elles ne garantissent pas nécessairement une stabilité totale car les investissements étrangers au Mali ont été exposés et ont été des cibles d'attaques terroristes²⁵.

2.1.2 Cas du Burkina Faso

Le Burkina Faso répond aux mêmes caractéristiques²⁶ que le Mali, possédant des ressources naturelles variées, notamment des gisements d'or, de zinc, de cuivre et d'autres minéraux. La disponibilité de ces ressources a aussi rendu le pays attractif pour les investisseurs étrangers cherchant à exploiter ces gisements malgré les défis sécuritaires.



Source : Banque mondiale

25. C. NADOUN, « Sahel : les opérateurs minières sous la menace terroriste », *Jeune Afrique*, 31 janvier 2020 (www.jeuneafrique.com/mag/885698/economie-entreprises/sahel-des-operateurs-miniers-sous-la-menace-terroriste/). Voy. aussi *RFI Afrique*, « Burkina Faso : la sécurité des sites minières en débat après plusieurs attaques », 11 juin 2022 (www.rfi.fr/fr/afrique/20220611-burkina-faso-la-s%C3%A9curit%C3%A9-des-sites-mini%C3%A9rs-en-d%C3%A9bat-apr%C3%A8s-plusieurs-attaques).
26. Z. O. KAMGNIA, D. BERNADETTE, T. J. KABORE, *Les investissements directs étrangers dans l'espace UEMOA : déterminants et analyse d'impacts*, Saarbrücken, Éditions universitaires européennes, 2015, p. 45.

D'après les statistiques de la Banque mondiale, on peut observer l'influence relative des événements sur les IDE au Burkina Faso. Après avoir connu une croissance stable entre 2012 à 2019, le pays a enregistré une diminution marquante en 2020. Les entrées d'IDE ont atteint un niveau record en 2016 avec un investissement total de 400 millions de dollars.

Les opérations minières peuvent souvent être concentrées dans des zones spécifiques qui ne sont pas directement touchées par l'insécurité. Le pays a connu plusieurs cas d'attaques contre les investissements étrangers, notamment dans le secteur minier²⁷. Ces situations soulignent les risques spécifiques auxquels sont confrontés les investissements étrangers directs au Burkina Faso. Les attaques ciblant le secteur minier ont non seulement eu des conséquences tragiques en termes de vies humaines, mais elles ont également eu des répercussions sur les opérations économiques et les perspectives d'investissement dans le pays. Ces situations qui prévalent autant au Burkina qu'au Mali exigent l'application des règles de protection du droit international des investissements²⁸, tant conventionnelles que contractuelles.

2.2 L'applicabilité des clauses contractuelles protégeant les investissements

Il existe deux types de clauses contractuelles cruciales pour la protection des investissements étrangers, dont l'application peut être décisive dans un contexte d'instabilité politique : la clause de stabilisation et la clause d'intangibilité. Par clause de stabilisation, il faut entendre des clauses intégrées dans les contrats d'investissement²⁹ empêchant toute modification législative pendant la durée du contrat sans le consentement explicite de l'investisseur. Par ailleurs, si les modifications deviennent incontournables, une autre clause permet de les rendre inapplicables au contrat. Il s'agit de la clause d'intangibilité, qui vise à garantir que certains éléments du contrat, tels que des droits spécifiques, ne seront pas altérés ou remis en question pendant la durée du contrat. En d'autres termes, elle stipule que certains aspects du contrat sont intangibles et ne peuvent être changés sans le consentement explicite des parties concernées.

27. S. DOUCE, « Au Burkina Faso, les mines d'or sous la menace djihadiste », *Le Monde*, 21 novembre 2019 (www.lemonde.fr/afrique/article/2019/11/21/au-burkina-faso-les-mines-d-or-sous-la-menace-djihadiste_6020049_3212.html).

28. G. HERNÁNDEZ, « The interaction between investment law and the law of armed conflict in the interpretation of full protection and security clauses », *Investment Law Within International Law*, 2013, pp. 21-50.

29. CNUCED, « Contrats d'État », Collection sur les questions des accords internationaux d'investissement, UNCTAD/ITE/IIT/2004/L, 2004.

Ces deux clauses ont pour objet d'assurer la sécurité juridique des investissements étrangers, en les protégeant contre toute tentative de modification unilatérale du contrat. Haut du formulaire Les droits découlant de ces clauses sont généralement internationalisés et confirmés par les tribunaux dans le cadre de l'arbitrage investisseur-État, obligeant l'État hôte à indemniser l'investisseur en cas de violation. En l'occurrence, l'instabilité politique au Sahel constitue un terrain fertile pour la mise en jeu de ces clauses, car les gouvernements de transition peuvent être tentés de revenir sur les engagements contractuels et de modifier la législation nationale. Récemment, le Mali a adopté un nouveau Code minier³⁰ qui a subi des révisions majeures, entraînant une possible remise en question des clauses de stabilisation présentes dans les contrats miniers. En effet, les modifications apportées pourraient conduire à des litiges potentiels entre les investisseurs miniers et le gouvernement malien.

Par ailleurs, le gouvernement malien a annoncé qu'il remet en cause³¹ le contrat signé avec la société française IDEMIA³². Ce contrat portait sur la fabrication de cartes biométriques. La raison invoquée pour cette résiliation était la découverte de certaines irrégularités dans le processus. En outre, les sanctions³³ qui ont été imposées par des organisations d'intégration régionale telles que la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et l'Union économique et monétaire ouest-africaine (l'UEMOA) pourraient également entraîner des difficultés dans l'application des contrats d'investissement. Ces sanctions, mises en place en réponse à des coups d'État, peuvent perturber les opérations des entreprises impliquées dans des contrats d'investissement. Par exemple, des restrictions sur les déplacements, le gel des avoirs ou d'autres mesures coercitives peuvent affecter la capacité des États à respecter les termes des contrats ou à honorer leurs obligations. De plus, les sanctions peuvent également créer un climat d'incertitude juridique impactant indirectement les clauses de stabilisation.

-
30. « Le Mali adopte un nouveau code pour augmenter les profits de l'or et des minerais », *Le Figaro*, 29 août 2023 (www.lefigaro.fr/flash-eco/le-mali-adopte-un-nouveau-code-pour-augmenter-les-profits-de-l-or-et-des-minerais-20230829).
 31. Le Mali reproche à l'entreprise française IDEMIA le sabotage du processus électoral présidentiel. Cf. Agence Ecofin, « Le Mali accuse le français IDEMIA d'entraver la présidentielle de février 2024, désormais reportée à une date ultérieure », 25 janvier 2024 (www.agenceecofin.com/politique/2509-112093-le-mali-accuse-le-francais-idemia-d-entraver-la-presidentielle-de-fevrier-2024-desormais-reportee-a-une-date-ulterieure).
 32. www.idemia.com/wp-content/uploads/2020/05/brochure-partenariat-public-privé-idemia-202108.pdf
 33. « Les dirigeants de la CEDEAO placent le Mali sous embargo pour sanctionner le maintien de la junte au pouvoir », *Le Monde*, 10 janvier 2022 (www.lemonde.fr/afrique/article/2022/01/10/les-dirigeants-de-la-cedeao-placent-le-mali-sous-embargo-pour-sanctionner-le-maintien-de-la-junte-au-pouvoir_6108802_3212.html).

À cet effet, dans ce contexte d'instabilité chronique, les États du Sahel pourraient être tentés d'invoquer la force majeure et l'état de nécessité³⁴ pour justifier des actions qui contreviennent à leurs obligations contractuelles ou internationales³⁵. Cependant, il convient de noter que ces deux notions offrent une marge de manœuvre limitée aux États. Cette limitation découle principalement de la difficulté à démontrer de manière convaincante l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant de telles actions. La force majeure exige souvent une preuve rigoureuse de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité des événements, tandis que l'état de nécessité exige une menace imminente et grave à laquelle l'État doit faire face pour protéger des intérêts vitaux. En conséquence, bien que ces concepts puissent être utilisés comme moyen de défense, leur application effective est soumise à des critères stricts et leur utilisation abusive peut être contestée sur le plan juridique. Cependant, il est important d'examiner comment les clauses conventionnelles protégeant les investissements peuvent s'appliquer.

3 L'APPLICABILITÉ DES CLAUSES CONVENTIONNELLES PROTÉGEANT LES INVESTISSEMENTS DANS LE CONTEXTE D'INSÉCURITÉ

Sur le plan conventionnel, les clauses pertinentes sont en général issues du droit international coutumier ; elles sont souvent conventionnalisées par les traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement et légiférées par les codes nationaux d'investissements³⁶.

3.1 Les règles pertinentes de protection dans le contexte d'insécurité

On peut identifier entre autres les clauses³⁷ de protection substantielle et les clauses de réparation des dommages en droit conventionnel des investissements.

34. B. CHRISTINA et J. PHILIPP, « The Effect of Armed Hostilities on Investment Treaty Obligations: A Case of Force Majeure? », in *Investments in Conflict Zones*, Leiden, Brill Nijhoff, 2020, pp. 112-136.

35. U. DRAETTA, « Les causes de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux », *Int'l Bus. LJ*, 2002, p. 347.

36. Ces codes sont considérés par la doctrine majoritaire comme des actes unilatéraux, par conséquent, ils produisent des effets juridiques en droit international. Voy. D. DAYORO. *Les codes des investissements dans l'arbitrage transnational : étude des réclamations légales à partir des codes africains*, thèse de doctorat de l'Université Paris-Panthéon-Assas, 2022, p. 21 et s.

37. Le tout premier Traité bilatéral d'investissement (TBI) signé par le Burkina Faso (alors la Haute-Volta) ne prévoit aucune de ces clauses. Il s'agit du TBI signé avec la Suisse, toujours en vigueur depuis 1969 (disponible sur <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/566/download>).

Ces dernières sont attenantes aux normes qui définissent les mécanismes et les procédures à suivre pour compenser ou réparer les dommages subis par des investisseurs en raison d'un préjudice causé par l'État ou en l'occurrence d'un préjudice causé sur le territoire d'un État par des individus sans attache avec ce dernier. Ces règles de réparation des dommages s'effectuent sans nécessairement passer par une action en justice étatique ou arbitrale (3.1.1). À l'opposé, les premières sont établies par une procédure contentieuse. Il s'agit du standard de traitement juste et équitable et de celui de la protection pleine et entière sécurité (3.1.2). Ces deux normes sont parfois intégrées de manière conjointe dans les traités comme en témoignent l'article 6 du TBI entre le Canada et le Burkina Faso, l'article 3 du TBI entre Singapour et le Burkina Faso, l'article 2 du TBI entre le Burkina Faso et le Maroc, ainsi que l'article 2 du TBI entre le Mali et le Maroc ; parfois, elles font l'objet de deux clauses séparées. Le standard de la protection pleine et entière sécurité est uniquement pris en compte dans la présente étude en raison de sa pertinence dans le contexte d'insécurité et d'instabilité.

3.1.1 La règle de réparation non contentieuse

De nombreux traités d'investissement dans la zone sahélienne contiennent des clauses relatives aux pertes dues à la guerre ou aux conflits armés, ou à des événements similaires. Ces clauses prévoient le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée (NPF) et le traitement juste et équitable³⁸ des mesures, telles que la restitution ou l'indemnisation que les États peuvent prendre. À titre d'exemple, l'article 5 intitulé « Compensation pour dommages ou pertes » du traité bilatéral d'investissement entre le Mali et les Émirats arabes unis³⁹ prévoit :

« 1. Lorsque des investissements réalisés par des investisseurs de l'une des Parties Contractantes subissent des pertes ou des dommages dus à la guerre ou à d'autres conflits armés, troubles civils, état d'urgence, révolution, émeute ou autres événements analogues sur le territoire de l'autre Partie Contractante, ils seront accordés par traitement de la dernière Parties Contractantes, en ce qui concerne la restitution, l'indemnisation ou tout autre règlement, non moins favorable que le traitement que cette dernière accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs de tout État tiers, selon ce qui est le plus favorable pour les investisseurs concernés.

2. Sans préjudice du paragraphe 1 du présent article, les investisseurs d'une Partie Contractante qui, dans l'un des cas visés audit paragraphe, subissent un dommage ou une perte sur le territoire de l'autre Partie Contractante résultant de :

38. Dans le cadre de la compensation pour pertes, ces clauses offrent non seulement le traitement NPF, mais aussi un traitement juste et équitable. Voy. par exemple le TBI Russie-Suisse, art. 6 (2), 1990 ; le TBI Pays-Bas-Russie, art. 7, 1989 ; TBI Suisse-Ukraine, art. 7, 1995.

39. TBI Mali – Émirats arabes unis, signé en 2018, mais il n'est pas encore entré en vigueur. Une disposition de ce genre est peu fréquente dans les TBI et on peut la trouver à l'article 12 du Traité sur la Charte de l'énergie de 1994.

a) la réquisition de leurs biens ou d'une partie de ceux-ci par leurs forces ou autorités ;
b) la destruction de leurs biens ou d'une partie de ceux-ci par leurs forces ou autorités, qui n'a pas été causée au combat ou n'était pas requise par la nécessité de la situation ;
Une réparation ou une restitution rapide, adéquate et effective sera accordée pour les dommages ou pertes subis pendant la période de réquisition ou à la suite de la destruction de leurs biens. Les paiements qui en résulteront seront effectués en monnaie librement convertible et librement transférable sans délai ».

Cette clause de « compensation pour dommages ou pertes » est très fréquente dans les traités d'investissements. Cependant, les dispositions varient, certains traités ne comprenant que le premier paragraphe, tels que l'article 5 du Traité bilatéral d'investissement (TBI) entre le Mali et la Chine ou l'article 7 du TBI entre le Burkina Faso et le Canada, entré en vigueur en 2017, l'article 5 des TBIs entre le Mali et le Maroc, ainsi que l'article 7 du TBI entre le Burkina Faso et le Maroc. Dans d'autres cas, un deuxième paragraphe est ajouté, ce qui semble significatif. C'est le cas dans certains TBI signés par le Mali et par le Burkina Faso (art. 7 du TBI Turquie- Burkina Faso⁴⁰, signé en 2019 ; art. 6 du TBI Singapour-Burkina, signé en 2014 ; art. 4 du TBI Burkina Faso-République de Corée)⁴¹.

En effet, le premier paragraphe de cet article ne crée pas de droits absolus à la compensation. Tout ce qu'il fait, c'est promettre la non-discrimination en cas de programme d'indemnisation. Par conséquent, son effet est limité et dépend des mesures prises par l'État d'accueil.

Le Professeur Christophe Scherrer explique que les États ont tenté à maintes reprises de faire adhérer les tribunaux à leurs prétentions selon lesquelles une clause de compensation pour pertes constituait une *lex specialis* régissant les situations d'urgence, les exemptant des autres obligations substantielles des TBI⁴². En d'autres termes, les États cherchent à faire valoir que cette clause particulière, liée aux compensations pour pertes, devrait prévaloir sur d'autres en cas de circonstances d'urgence. Bien qu'intéressants, ces arguments seront

40. Disponible sur <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5910/download>.

41. Disponible sur <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/563/download>.

42. Plusieurs affaires contre l'Argentine portaient sur des situations d'urgence économique nationale plutôt que sur des conflits armés. L'Argentine prétendait que la clause de compensation des pertes dans les TBI était une règle spéciale qui l'exonérait de ses autres obligations substantielles contenues dans ces mêmes TBI. Cependant, les tribunaux ont rejeté cet argument, estimant que la clause d'indemnisation des pertes ne remplaçait pas les autres protections des TBI, mais s'ajoutaient aux obligations substantielles des TBI. Voy. en ce sens *CMS c. Argentine*, CIRDI ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, § 375 ; *Enron c. Argentine*, CIRDI, n° ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, §§ 320-321 ; *EDF c. Argentine*, CIRDI n° ARB/03/23, sentence du 11 juin 2011, §§ 1153-1160 ; *El Paso c. Argentine*, CIRDI n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, §§ 559-560.

également inopérants pour les États comme le Mali et le Burkina Faso qui pourraient être tentés de les invoquer pour justifier un changement inconstitutionnel ou un coup d'État.

Comme on peut le remarquer, le second paragraphe de l'article cité précise que si les investisseurs subissent des pertes ou des dommages causés par la réquisition de leurs biens ou la destruction de leurs biens par les forces ou autorités de l'autre partie contractante (à condition que cela ne soit pas lié à des opérations militaires ou à des nécessités militaires), ce qui peut être possible dans le contexte malien, ils auraient droit en pareil cas à une réparation ou à une restitution rapide, adéquate et efficace.

Cette clause typique de la compensation pour pertes que l'on trouve également dans le TBI entre le Mali et la Turquie énonce des normes absolues. Sur son fondement, les pertes subies par les investisseurs du fait des forces ou des autorités de l'État d'accueil en raison d'une réquisition ou d'une destruction non requise par les nécessités de la situation sont traitées par analogie avec l'expropriation, précise le Professeur Scherrer⁴³. En d'autres termes, ces actes nécessitent une indemnisation prompte, adéquate et effective. Toutefois, il faut préciser que la compensation n'est due que si le fait dommageable a été causé par les forces ou autorités gouvernementales de l'État d'accueil et non par des forces rebelles ou des forces terroristes. Outre cela, la compensation n'est due que si les forces ont agi au-delà des nécessités militaires. Autrement dit, les dommages collatéraux résultant de l'action militaire qui est légale en vertu du *jus in bello* n'ont pas à être indemnisés. Ce qui semble encore fragiliser la disposition, parce qu'il est extrêmement complexe d'apprécier ces impératifs militaires.

Dans l'affaire *AAPL c. Sri Lanka*⁴⁴, le tribunal a appliqué l'article 4 du TBI entre le Royaume-Uni et le Sri Lanka. En l'espèce, des opérations anti-insurrectionnelles avaient entraîné la destruction de l'investissement. Le tribunal a estimé que l'investisseur devait prouver que les forces gouvernementales et non les rebelles avaient causé la destruction, que celle-ci s'était produite à la suite de combats et qu'elle n'était pas justifiée par des nécessités militaires. Le tribunal a estimé que le demandeur n'avait pas été en mesure de supporter cette lourde charge de la preuve et a rejeté la demande fondée sur l'article 4. Un autre exemple peut être pris avec l'affaire *AMT c. Zaïre*⁴⁵ qui concernait le pillage et la destruction de l'investissement par des éléments des forces armées de l'État hôte. Le tribunal a appliqué la clause de compensation de l'article IV, 2(b), du TBI entre

43. C. SCHREUER, « Investment Protection in Times of Armed Conflict », *Journal of World Investment & Trade*, n° 23, 2022, p. 707.

44. *AAPL c. Sri Lanka*, CIRDI n° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, §§ 58-64 ; dans le même sens, voy. *Strabag c. Libya*, ICSID Case No. ARB(AF)/15/1, sentence du 29 juin 2020, §§ 257-271.

45. *AMT c. Zaïre*, ICSID Case No. ARB/93/1, sentence du 21 février 1997, §§ 7.02-7.15.

les États-Unis et le Zaïre, dont la disposition est *expressis verbis* celle du TBI Mali-EAU sus-évoquée. Le tribunal est parvenu à la conclusion que les soldats en uniforme avaient agi individuellement et ne représentaient pas les forces armées du pays. Par conséquent, la destruction n'était pas attribuable à l'État hôte.

Ces deux exemples du contentieux arbitral illustrent parfaitement l'application complexe et difficile de la clause de compensation. En conséquence, dans le contexte sahélien, il est fort difficile de se prévaloir d'une telle clause⁴⁶, d'autant plus qu'en pratique il est rare que les forces étatiques réquisitionnent les biens des étrangers ou arrivent à détruire de tels investissements. Par ailleurs, bien que ces situations ne se soient pas jusqu'alors manifestées au Sahel, rien n'exclut qu'elles ne se produiront pas. Tout de même, son champ d'application est limité à l'action d'un État belligérant sur son propre territoire ; il ne peut s'étendre aux groupes, par exemple terroristes ou insurrectionnels, opérant sur le territoire dudit État.

Par souci de précision, il est important de noter que le terme « compensation » dans ce contexte ne justifie pas une interprétation analogue au régime de l'expropriation, directe ou indirecte. Cette distinction demeure valable même si l'article 4 de l'accord entre le Burkina Faso et l'Union économique belgo-luxembourgeoise intègre la compensation pour pertes et l'expropriation dans une seule et même clause⁴⁷. L'article 5 du TBI⁴⁸ Burkina-Faso-Bénin va dans le même sens. La compensation pour pertes diffère de l'obligation d'un État de verser une compensation pour expropriation directe ou indirecte⁴⁹. Cette clause a fait l'objet d'un nombre croissant de contentieux d'investissements impliquant d'ailleurs des pays ayant le problème d'insécurité comme la Libye⁵⁰ et Zimbabwe⁵¹. Si la clause de compensation a une fonction très mitigée dans la garantie accordée aux investisseurs, d'autres clauses imposent une obligation certes non stricte mais active pour protéger les investisseurs.

46. J. BAUMANN, « International Investment Law in the Context of State Fragility: Full Protection and Security and Fair and Equitable Treatment », in *Investments in Conflict Zones*, Leiden, Brill Nijhoff, 2020, pp. 458-486.

47. Disponible sur <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/334/download>.

48. Disponible sur <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/437/download>.

49. C. SCHREUER, « Investment Protection in Times of Armed Conflict », *op. cit.*, p. 704 ; J. ZRILIC, *The protection of foreign investment in times of armed conflict*, Oxford University Press, 2019, pp. 89-132.

50. *Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret AŞ c. Libya*, ICC Case No. 21537/ZF/AYZ, 7 novembre 2018.

51. *Funnekotter c. Zimbabwe*, CIRDI Case No. ARB/05/6, sentence du 22 avril 2009, § 104 ; *Von Pezold c. Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/15, sentence du 28 juillet 2015, §§ 588-599.

3.1.2 Le standard de protection pleine et de sécurité intégrale des investisseurs

Comme évoqué ci-dessus, la clause portant standard de la protection pleine et de sécurité intégrale⁵² (ci-après la *protection constante*)⁵³ est la plus importante⁵⁴ en période d'insécurité ou de vulnérabilité. La plupart des TBI⁵⁵ contiennent une telle clause. Les traités multilatéraux tels que l'USMCA (art. 14.6(1)) et le TCE (art. 10(1)) la prévoient. En vertu de la norme de protection constante, les États ont une obligation de protection et un devoir d'abstention⁵⁶. L'obligation de protection signifie que l'État doit protéger contre la violence d'autrui sur l'investissement. L'obligation de s'abstenir signifie que l'État hôte doit faire preuve de retenue dans l'utilisation de ses prérogatives de puissance publique. Et par l'État, il faut entendre les agences ou les représentants de l'État⁵⁷.

Dans les traités signés par le Mali, la norme de protection pleine et de sécurité est traitée avec la norme du traitement juste et équitable⁵⁸. Par exemple, l'article 3 du TBI entre le Mali et la Turquie dispose que « les investissements des investisseurs de l'une des Parties Contractantes, à tout moment, se verront accorder la norme minimale de traitement conformément au droit international, y compris le traitement juste et équitable et la *protection et la sécurité complète* sur le territoire de l'autre Partie Contractante ». Dans le TBI signé entre le Mali et la Chine, entré en vigueur en 2009, l'article 2 précise que « Les investissements faits par les investisseurs de l'une ou de l'autre Partie Contractantes doivent bénéficier d'une protection et d'une sécurité constantes sur le territoire de l'autre Partie Contractante »⁵⁹.

52. R. AUGUST et C. SCHREUER, *International Protection of Investments – The Substantive Standards*, CUP 2020, pp. 536-886.

53. Le terme Protection et sécurité est accompagné de qualificatifs variables : « constantes, complètes », « intégrales », « totales » et « pleine et entière ». Le libellé le plus fréquent de cette norme reste, cependant, « protection et sécurité pleine et entière ».

54. D'autant que la jurisprudence arbitrale est abondante en la matière. Au moins 40 sentences publiées de traités d'investissement ont pris en compte la norme de protection et de sécurité. Les tempêtes politiques dans les pays hôtes ont toujours été des facteurs déclencheurs d'un plus grand nombre de réclamations.

55. E. DE BRABANDERE, « Fair and Equitable Treatment and (Full) Protection and Security in African Investment Treaties Between Generality and Contextual Specificity », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, 2017/3, pp. 530-555.

56. Voy. spécialement, A. KINDA, *L'obligation de protection et de sécurité pleine et entière en droit international des investissements*, thèse de doctorat de l'Université Bourgogne Franche-Comté, 2022.

57. Dans l'affaire *Biwater Gauff c. Tanzanie*, le tribunal arbitral ne considère pas non plus que le critère de « pleine sécurité » se limite à l'incapacité d'un État à empêcher les actions de tiers, mais s'étend également aux actions des organes et représentants de l'État lui-même. Voy. *Biwater Gauff c. Tanzanie*, CIRDI n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008, § 730.

58. Dans certains cas, même dans la jurisprudence, la distinction peut être moins claire et précise. Voy. S. MANCIAUX, « The Full Protection and Security Standard in Investment Law: A Specific Obligation? », *op. cit.*, p. 220.

59. Disponible sur <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4923/download>.

Quoi qu'il en soit, la clause attenante à la *protection et la sécurité complète* est interprétée généralement comme étant liée à la protection physique⁶⁰ de l'intégrité de l'investissement, à laquelle s'ajoute aussi la protection juridique⁶¹. Toutefois, à la différence de la clause de compensation étudiée précédemment, cette protection s'étend au-delà des actes imputables à l'État hôte, elle englobe tout acte produit sur son territoire⁶².

Toutefois, l'obligation d'assurer la protection et la sécurité ne crée pas une responsabilité absolue mais une obligation de diligence raisonnable⁶³. Cette précision est cruciale, le tribunal dans l'affaire *TECMED* ayant soutenu que « *the guarantee of full protection and security is not absolute and does not impose strict liability upon the State that grants it* »⁶⁴.

Au demeurant, il y a un débat sur la question de savoir si cette protection doit être mesurée par rapport au comportement d'un État moderne bien organisé ou, plus subjectivement, par rapport aux capacités de l'État en question, qui peut être fragile et ne disposer que de ressources limitées. Il est évident qu'une situation d'insécurité aiguë constitue un facteur décisif dans l'évaluation de la diligence raisonnable d'un État comme élément phare du standard de la protection constante. Et ce débat doctrinal et jurisprudentiel fait écho dans le cas du Sahel.

3.2 L'application contextuelle du standard de la protection constante

Bien que le standard de la protection constante ne soit souvent pas défini, plus précisément dans les traités d'investissement, il est généralement admis que cette norme exige de l'État qu'il fasse preuve d'une diligence raisonnable pour

60. *Saluka Investments c. République tchèque*, CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006 ; *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, CIRDI n° ARB/05/16, sentence du 29 juillet 2008 ; *Eastern Sugar B. V. c. République tchèque*, Chambre de commerce de Stockholm, n° 088/2004, sentence partielle du 27 mars 2007.

61. Outre l'exigence de fournir une protection physique et une sécurité, certains tribunaux ont, en particulier lorsque le mot « complète » précède « protection et sécurité », également étendu l'application de la norme à « la protection et la sécurité juridiques », *Ronald S. Lauder c. République tchèque*, CNUDCI, sentence du 3 septembre 2001 ; *Azurix c. Argentine*, CIRDI n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006 ; *CME Czech Republic B.V. c. République tchèque*, CNUDCI, sentence du 14 mai 2003.

62. M. MAHNAZ, « The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration? », *International Institute for Sustainable Development*, 2012, p. 1.

63. N. MONEBHURRUN, *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, thèse de droit de l'Université Paris 1, 2016, p. 252.

64. *Voy. Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, CIRDI n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, § 177.

assurer la protection physique et la sécurité des investissements étrangers et/ou des investisseurs afin de prévenir les actes des individus qui pourraient causer des dommages.

En effet, la clause de protection constante peut revêtir deux formes, objective et subjective. Objective, si elle est interprétée *in abstracto* et subjective lorsqu'elle l'est *in concreto*. Autrement dit, dans le premier cas, elle s'applique *in abstracto* sans considération des particularités des parties. Dans le second, elle s'applique *in concreto*, en considérant les éléments qui leur sont propres. Dans ce dernier cas de figure, la réalité des États hôtes est prise en compte et quand ceux-ci sont des pays en développement, leur niveau de développement est susceptible d'influencer leur obligation de diligence⁶⁵.

En arbitrage d'investissement, les investisseurs ont toujours soutenu qu'il fallait appliquer ce standard objectivement. À titre d'exemple, dans l'affaire *Rumeli*⁶⁶, la partie requérante a allégué que « *The obligation to accord full protection and security requires the State to exercise due diligence in the protection of foreign investments. It imposes an objective standard of vigilance and thus requires the State to afford the degree of protection and security that should be legitimately expected from a reason well-organized modern State* ». Cet argument est subtil mais non moins critiquable, car, pour certains auteurs, il tend à généraliser toutes les situations et à « homogénéiser » les États⁶⁷.

Dans le droit international des investissements, la question d'une diligence *in concreto* ou *in abstracto* n'est pas définitivement tranchée. Une partie importante de la jurisprudence arbitrale⁶⁸ soutient que l'application du standard de protection constante doit se faire à la lumière du principe de diligence due et de celui de *diligentia quam in suis*. Autrement dit, la forme subjective *in concreto* de ce standard doit prévaloir dans toute analyse à son sujet⁶⁹. Et partant, le standard de protection constante permet de prendre en considération le niveau de développement

65. N. MONEBHURRUN, thèse, *op. cit.*, p. 257.

66. *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, CIR ARB/05/16, sentence du 29 juillet 2008, § 658.

67. N. MONEBHURRUN, thèse, *op. cit.*, p. 261.

68. C. SCHERRER, « Full Protection and Security », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, 2010/2. p. 2 ; M. RAUX, *La responsabilité de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, thèse de l'Université Paris II, 2010, p. 98 ; N. MONEBHURRUN, thèse, *op. cit.*, p. 257. L'auteur rapporte que dans l'affaire *Alabama*, le tribunal a plutôt examiné la diligence requise *in abstracto* donc objectivement.

69. L'approche objective a été rejetée par plusieurs universitaires et arbitres, qui se sont plutôt appuyés sur l'approche subjective, en prenant en considération les moyens à la disposition de l'État et les circonstances spécifiques présentes dans l'État. Brownlie, par exemple, à la suite de Max Huber, a soutenu l'application de la norme *diligentia quam in suis*. Ce qui signifie que les variations de richesse entre les États peuvent être prises en compte. J. CRAWFORD et I. BROWNIE, *Brownlie's principles of public international law*, Oxford University Press, 2019.

de l'État⁷⁰. Dans le contexte sahélien, cet article soutient que l'on ne devrait pas *a priori* privilégier une approche par rapport à une autre. En d'autres termes, les deux approches sont applicables. L'approche subjective *in concreto* permet de tenir compte de la réalité des pays du Sahel, tandis que l'approche objective *in abstracto* permet d'éviter de récompenser la négligence des États.

3.2.1 La protection constante modulée à la vulnérabilité des États du Sahel

Les termes « diligence »⁷¹, « vigilance » et « prévention » sont parfois interchangeables. Le droit international reconnaît qu'il incombe aux États une obligation de diligence⁷², surtout dans les régions⁷³ où l'insécurité règne en maître. Une telle obligation s'assimile au standard de protection *constante* prévue dans les TBIs. L'arbitre unique dans l'affaire des *biens britanniques au Maroc espagnol*, se prononçant sur le devoir de vigilance qu'un État est censé exercer, a admis que le principe de *diligentia quam in suis* permet de prendre en compte les ressources de l'État dans sa capacité à protéger les biens des étrangers sur son territoire⁷⁴. L'arbitre adopte l'approche subjective, c'est-à-dire une application *in concreto*⁷⁵, en reconnaissant qu'« une vigilance poussée plus loin que la *diligentia quam in suis* imposerait à l'État l'obligation d'organiser un service de sûreté spécial pour les étrangers, ce qui dépasserait certainement le cadre des obligations internationales reconnues »⁷⁶. En d'autres termes, les États doivent certes respecter leurs engagements en offrant une protection appropriée aux investissements internationaux. Ils doivent tout mettre en œuvre afin d'éviter qu'une atteinte ne soit portée à un investissement par leur acte ou par leur omission. En cela, l'obligation de la protection constante ne va pas au-delà de la diligence raisonnablement attendue d'un État selon ses moyens.

70. G. NICK, « The Influence of the Host State's Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection », *J. World Investment & Trade*, vol. 6, 2005, p. 711.

71. T. KOIVUROVA, « Due Diligence », *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, article de 2010, édition en ligne [www.mpepil.com].

72. Affirmée dans la célèbre affaire du *Détroit de Corfou* de la Cour internationale de Justice, « l'obligation, pour tout État, de ne laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres ». Affaire du *Détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, C.I.J., Recueil 1949, p. 22. Cette jurisprudence est par la suite entérinée dans l'article 14(3) du Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

73. E. DE BRABANDERE, « Fair and Equitable Treatment and (Full) Protection and Security in African Investment Treaties Between Generality and Contextual Specificity », *op. cit.*, pp. 530-555.

74. N. MONEBHURRUN, thèse, *op. cit.*, p. 257.

75. Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (*Espagne c. Royaume-Uni*), sentence du 1^{er} mai 1925, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 11, p. 644, § 4.

76. *Ibid.*

C'est dans cet ordre d'idées que les tribunaux dans les *affaires Lauder*⁷⁷, *El Paso*⁷⁸ et *Serguei Paushok*⁷⁹ ont appliqué la protection constante, en tenant compte des circonstances spécifiques. Au surplus, l'arbitre unique dans l'affaire *Pantehniki c. Albanie*⁸⁰, en se référant à la sentence Max Hubert dans l'affaire *des biens britanniques au Maroc espagnol* a appliqué l'approche subjective en prenant en compte le contexte et les circonstances de l'espèce. L'arbitre affirme que les autorités albanaises étaient véritablement impuissantes face à des troubles sociaux, qu'elles ne disposaient pas des moyens nécessaires pour accorder une protection constante aux investisseurs. L'arbitre unique soutient que, dans le cas contraire, cela imposerait une charge déraisonnable aux États moins développés.

Par ailleurs, si le niveau de développement de l'État a été un paramètre décisif dans l'évaluation du standard de protection constante, la vulnérabilité ou l'insécurité aiguë de l'État hôte pourrait également être prise en compte *mutatis mutandis*. À cet égard, la situation au Sahel est un exemple typique où cette considération peut être invoquée car les gouvernements de ces pays sont fragilisés à plusieurs niveaux, n'administrant pas l'ensemble du territoire, et parfois, les surfaces administrées échappant à leur contrôle par la faiblesse et les moyens des forces de sécurité. Par exemple, la Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI* a expliqué que « [i]l n'est pas possible de voir dans l'octroi de la protection et de la sécurité... constantes [...] la garantie qu'un bien ne sera jamais, en quelque circonstance que ce soit, l'objet d'une occupation ou de troubles de jouissance »⁸¹. En d'autres termes, bien que la protection constante puisse être fournie de manière continue, cela n'empêche pas la possibilité d'incidents ou de perturbations imprévus qui pourraient affecter le bien en question.

L'État d'accueil pourrait être tenu de prendre des mesures pour assurer la sécurité physique ou juridique des investissements. Cette diligence implique également une réponse adéquate en cas d'incident ou de perturbation. En substance, l'obligation de diligence de l'État d'accueil signifie seulement qu'il est appelé à agir de manière responsable et proactive pour protéger les investissements étrangers opérant sur son territoire. En ces termes, l'État hôte n'est pas tenu *ipso facto* responsable si telles situations se produisent, sa seule obligation étant de remplir la diligence requise. Toutefois, il n'est pas dit que l'État sera

77. *Ronald s. Lauder c. République tchèque*, CNUDCI, sentence du 3 septembre 2001, § 308.

78. *El Paso Energy international company c. Argentine*, CIRDI, n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2010, § 523.

79. *Serguei Paushok, CJSC Golden East company et CJSC Vostokneftegaz company c. Mongolie*, CNUDCI, sentence du 28 avril 2011, § 325.

80. *Pantehniki S.A Contractors Engineers c. Albanie*, CIRDI, n° ARB/07/21, sentence du 30 juillet 2009, § 76.

81. *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, arrêt, *C.I.J. Recueil*, 1989, p. 15.

blanchi. Il faut juste garder à l'esprit que sa responsabilité sera mesurée en fonction de l'effort qu'il fournit d'habitude dans son fonctionnement interne⁸².

3.2.2 La vulnérabilité n'impliquant pas l'exonération des États sahéliens

Est fortement établie en droit international « l'obligation pour tout État de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits des autres États »⁸³. Il s'agit d'une obligation de comportement attendu de s'efforcer et d'éviter toute négligence.

Une telle obligation étant la nature⁸⁴ même du standard de protection constante accordée aux investisseurs, elle permet à ces derniers dans des circonstances particulières de chercher à établir la négligence des États. L'application contextualisée basée sur l'approche subjective avancée ci-dessus pourrait donner l'idée de récompenser la négligence⁸⁵. C'est en cela que la sentence arbitrale dans l'affaire des *Réclamations de l'Alabama*⁸⁶ a soutenu l'approche objective de la diligence requise, pour engager la responsabilité de la Grande-Bretagne. Cette approche ne se limite pas au contexte, mais évalue plutôt le comportement de l'État en fonction des risques de manière proportionnelle. Au surplus, la première sentence sur le fondement d'un TBI ayant examiné le standard de protection intégrale s'est inscrite dans cet argument⁸⁷. Il s'agit de l'affaire *AAPL c. Sri Lanka* déjà évoquée ; en l'espèce, lors d'affrontements entre les forces régulières du Sri Lanka et les groupes rebelles, un centre de production d'une société de droit hongkongais fut détruit. Le tribunal constitué à cette fin, en adoptant une approche objective⁸⁸, a considéré que le Sri Lanka, en ne prenant pas de mesures de précaution pour éloigner les membres du personnel suspectés de la production de crevettes par des moyens pacifiques avant de lancer l'attaque, a violé son obligation de diligence raisonnable qui exige de prendre toutes les mesures possibles dont on peut raisonnablement attendre qu'elles empêchent la survenance éventuelle de meurtres

82. E. DE BRABANDERE, « Host States' Due Diligence Obligations in International Investment Law », *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, n° 42, 2014, p. 345.

83. Affaire du *Détroit de Corfou*, arrêt, avril 1949, *C.I.J. Recueil*, p. 22. Voy. aussi S. BESSON, *La due diligence en droit international*, Leiden, Brill, 2021.

84. S. MANCIAUX, « The Full Protection and Security Standard in Investment Law: A Specific Obligation? », *op. cit.*, pp. 217-228.

85. H. HAUSMANINGER, « *Diligentia quam in suis*: A standard of contractual liability from ancient Roman to modern soviet law », *Cornell Int'l LJ*, vol. 18, 1985, p. 179.

86. *Réclamations des États-Unis d'Amérique contre la Grande-Bretagne relatives à l'Alabama*, sentence rendue le 14 septembre 1872 par le tribunal d'arbitrage constitué en vertu de l'article I du Traité de Washington du 8 mai 1871.

87. *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, CIRDI n° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, § 77.

88. Le tribunal dans l'affaire *AMT Inc. c. Zaïre* s'est également inscrit dans cette ligne de pensée.

et de destructions de biens⁸⁹. Dans la même logique, le tribunal dans l'affaire *AMT c. Zaïre*⁹⁰ qui concernait le pillage et la destruction de l'investissement par des éléments des forces armées de l'État hôte, a suivi l'approche objective du standard de la protection constante en affirmant que le devoir de protection et sécurité de l'État hôte est celui qui incombe à tout État, pris de manière *in abstracto*. En d'autres termes, quels que soient le niveau de développement ou le niveau de vulnérabilité de l'État hôte, les États ont l'obligation de déployer les moyens afin d'offrir une protection constante aux investisseurs.

En examinant attentivement les positions exposées dans les deux sentences ci-dessus, il est plausible d'affirmer qu'il y a plusieurs États qui peuvent faire preuve de négligence délibérée dans la gestion de leurs affaires internes. Par conséquent, à la lumière de ces deux positions exprimées, la vulnérabilité des États sahéliens face aux défis sécuritaires et institutionnels ne saurait justifier une exonération de leur responsabilité quant à la protection des investisseurs étrangers opérant sur leur territoire conformément au standard de protection constante.

D'ailleurs, dans cette même veine, le tribunal dans l'affaire *Parkerings-Compagniet AS c. République de Lituanie* soutient qu'« une violation de la norme de protection et de sécurité pourrait se produire en cas de manquement de l'État à prévenir le dommage, à rétablir la situation antérieure ou à punir l'auteur du dommage »⁹¹.

En cela, le standard de protection constante impliquerait que les États agissent de manière proactive et diligente pour protéger les investissements étrangers, même dans des circonstances où leur capacité à assurer une protection adéquate peut être compromise. Cela dénote essentiellement l'obligation de prendre des mesures diligentes pour prévenir les actions de tiers, de poursuivre et de sanctionner les responsables des violations des droits des investisseurs⁹². Ces obligations ont été jugées applicables en cas d'actes occasionnels de tiers, dans des situations de désordre public, de révolte et de violence, et en cas de guerre civile ou de conflit armé international. Si un État manque à ces obligations de diligence corollaires de la protection constante, sa responsabilité pourrait être engagée.

Ainsi, la négligence constitue le principal critère à considérer dans ce contexte. La célèbre sentence *Neer* a affirmé à cet égard que « that the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of

89. *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, CIRDI n° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, § 89.

90. *AMT c. Zaïre*, ICSID Case No. ARB/93/1, sentence du 21 février 1997, §§ 7.02-7.15.

91. *Parkerings-Compagniet AS c. République de Lituanie*, Affaire CIRDI n° ARB/05/8, sentence, § 355.

92. E. DE BRABANDERE, « Host States' Due Diligence Obligations in International Investment Law », *op. cit.*, pp. 338-342.

governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency. Whether the insufficiency proceeds from deficient execution of an intelligent law or from the fact that the laws of the country do not empower the authorities to measure up to international standards is immaterial »⁹³. Cette affirmation faisait référence à une situation spécifique couverte par le standard de protection constante, qui concernait la protection physique contre les actes de tiers. Elle portait sur l'obligation du Mexique d'appréhender et de punir les responsables de ces actes⁹⁴.

L'invocation de la négligence des États sahéliens peut être basée sur plusieurs circonstances. Par exemple, pratiquement, ils se trouvent incapables de garantir un environnement politique ou sécuritaire stable en raison de conflits armés, d'une instabilité politique chronique ou d'autres facteurs similaires, ce qui pourrait constituer une forme de négligence. Les investisseurs pourraient alors invoquer cette instabilité comme preuve que l'État n'a pas rempli son obligation due au standard de protection constante. Au surplus, il arrive que les États sahéliens ne répondent pas de manière adéquate aux incidents ou aux perturbations touchant les investissements étrangers, ce qui peut également être considéré comme une forme de négligence de leur part. Par exemple, un manque de réponse efficace à des actes de terrorisme ou à des violations des droits de propriété pourrait être interprété comme une négligence de l'État dans l'évaluation du standard de la protection constante.

Au-delà de la négligence, la mauvaise foi des autorités sahéliennes pourrait constituer également un paramètre pertinent pour fonder la violation du standard de protection constante⁹⁵. Car un État qui agirait de mauvaise foi serait mal armé pour requérir l'application subjective de ce standard⁹⁶.

4 CONCLUSION

Il est crucial de reconnaître que le niveau de vulnérabilité d'un État ne constitue pas une défense suffisante, de même que le standard de protection constante

93. *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) c. United Mexican States*, vol. IV, pp. 61-62, 15 October 1926.

94. E. DE BRABANDERE, « Host States' Due Diligence Obligations in International Investment Law », *op. cit.*, p. 331.

95. Par exemple, dans l'affaire *Frontier c. République tchèque*, le requérant a notamment allégué que les fonctionnaires tchèques chargés d'enquêter sur les plaintes pénales déposées contre certaines personnes « ont été négligents et n'ont pas procédé de manière impartiale ». Le tribunal, après avoir confirmé l'application du principe de diligence raisonnable à de telles plaintes, a rejeté la demande en concluant qu'il n'y avait pas de preuve que les autorités de police avaient été négligentes ou avaient agi de mauvaise foi. *Frontier Petroleum Servs. Ltd. c. République tchèque*, CNUDCI, sentence finale, § 423.

96. N. MONEBHURRUN, thèse, *op. cit.*, p. 271.

ne garantit pas automatiquement la protection de l'investisseur⁹⁷. En outre, les articles de la Commission de droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite énumèrent plusieurs « circonstances excluant l'illicéité » aux articles 20 à 27. Parmi celles-ci, l'état de nécessité et la force majeure sont les plus pertinentes dans les situations de conflit armé. Il faut noter que les États comme le Mali et le Burkina Faso, pour justifier les violations éventuelles des droits des investisseurs, peuvent être tentés de s'appuyer soit sur la force majeure, soit sur l'état de nécessité. D'emblée, ces deux concepts ne leur sont d'aucun secours pour plusieurs raisons. Codifiés, ils exigent des conditions strictes à leur application. Un argument fondé sur la force majeure (art. 23) exigerait l'existence d'une force irrésistible ou d'un événement imprévu, échappant au contrôle de l'État, et rendant matériellement impossible l'exécution de l'obligation. L'État ne doit pas avoir contribué à la situation de force majeure. L'invocation de la nécessité est soumise à de sérieuses limitations. L'une d'entre elles est l'exigence que l'acte incriminé soit le seul moyen de sauvegarder un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent. Une autre limite est que l'État n'ait pas contribué à la situation de nécessité. En plus, quand bien même ces mécanismes s'appliqueraient, au demeurant l'obligation d'indemnisation ne s'effacerait pas.

Certains traités d'investissement contiennent des clauses qui réservent aux États un large pouvoir discrétionnaire pour prendre des mesures de protection en cas de conflit armé. Ces clauses sont appelées « clauses de sécurité ». En vertu de ces clauses, les États peuvent invoquer des intérêts essentiels de sécurité pour justifier une action qui serait autrement interdite. D'après notre recherche, aucun TBI au Sahel n'en dispose. Les clauses de sécurité nationale ont le potentiel de neutraliser l'ensemble des protections prévues par le traité, y compris le standard de protection constante et de la protection contre l'expropriation sans compensation. En fin de compte, l'application des clauses de compensation pour perte et de la protection constante dans le contexte sahélien reste mitigée.

SUMMARY: PROTECTION OF FOREIGN INVESTMENTS AGAINST VULNERABILITIES IN THE SAHEL

Events in the Sahel over the past decade, exacerbated by the overthrow of civilian governments, have been the subject of extensive commentary. The insecurity raises numerous questions of international law, involving the commitments to

97. P. MUCHLINSKI, « "Caveat investor"? The relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment standard », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006/3, pp. 527-558.

protect investments made by these states. However, this important issue seems to escape even the most astute observers. The protection of foreign investments involves long-term commitments that are vulnerable in conditions of conflict or insecurity. In this context, force majeure and the state of necessity may be considered as possible but limited means of exemption under the international law of state responsibility for the benefit of these states. The investment agreements ratified by these states and the investment codes include several provisions, such as the full protection and security clauses and the compensation for loss clauses. These provisions address critical situations like insecurity or political instability. The purpose of this article is to demonstrate that the applicability of these protection rules in the current context of the Sahel remains mixed with regard to foreign investments.

Mots-clés : Sahel, protection des investissements, insécurité, coup d'État

Keywords: Sahel, Investment Protection, Insecurity, Coup d'État

