

**Le régime juridique des investissements étrangers face aux risques politiques :
Cas inspiré du Traité d'investissement entre le Mali et le Canada**

Aboubacar Touré

Institute of Comparative Law, Faculty of Law

McGill University, Montreal

April 2018

A thesis submitted to McGill University in partial fulfillment of the requirements of the degree of

LL.M. (Thesis)

©Aboubacar Touré, 2018

Table des matières

Dédicace.....	III
Remerciements.....	IV
Résumé.....	V
Abstract.....	VI
Liste des abréviations.....	VII
Introduction.....	1
CHAPITRE I : CONTEXTE ET PORTÉE DE LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS	6
1. Accord entre le Canada et le Mali concernant la promotion et la protection des investissements.....	6
1.1. Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée.....	13
1.2. Norme minimale de traitement.....	16
1.3. Expropriation directe et indirecte des investissements étrangers	19
2. Portée de la protection des investissements étrangers	23
2.1. Protection des investissements étrangers en vertu de l' <i>APIE Mali-Canada</i>	23
2.2. Protection des investissements étrangers en droit international	27
CHAPITRE II : DROITS ET OBLIGATIONS DES INVESTISSEURS ÉTRANGERS.....	32
1. Droits fondamentaux des investisseurs en droit international.....	32
1.1. Vers une reconnaissance juridique quasi-unanime des droits fondamentaux aux personnes morales	36
1.2. De l'attribution théorique à l'inquiétante jouissance pratique de certains droits fondamentaux des personnes morales.....	39

2. Obligations des investisseurs étrangers à l'égard des normes internationales	42
2.1. Responsabilité sociale des corporations transnationales	46
2.1.1. Impératif d'adopter un instrument international contraint.....	49
2.2. Complicité et participation des investisseurs étrangers dans les conflits armés.....	53
CHAPITRE III : OBLIGATIONS ET RESPONSABILITÉS DE L'ÉTAT À L'ÉGARD DES INVESTISSEURS	
ÉTRANGERS	64
1. Obligations de prévention et de précaution	64
1.1. Règle générale de l'obligation de prévention et de précaution.....	64
1.2. Règle spécifique de l'obligation de prévention et de précaution en matière	
d'investissements étrangers	69
2. Responsabilité internationale de l'État en matière d'investissements étrangers	75
2.1. Sources de droit de la responsabilité de l'État-hôte	75
2.2. Portée de la responsabilité internationale de l'État à l'aune des <i>Articles</i> de la CDI....	80
2.2.1. Imputabilité du fait des mandataires de l'État.....	84
2.2.2. Imputabilité du fait des mouvements insurrectionnels	86
2.2.3. Imputabilité du fait des groupes agissant comme organes <i>de facto</i> de l'État ...	87
2.2.4. Imputabilité du fait des personnes privées	89
2.2.5. Imputabilité du fait des organisations internationales.....	91
2.3. Faute contributive de l'investisseur et causes exonératoires de responsabilité	93
3. Recours et forums en matière d'investissement étranger	97
Conclusion générale	103
Bibliographie	106

*À mon oncle Boubacar Touré et à
mon grand-père Drissa Diarra pour
leur soutien et leur exemplarité.*

REMERCIEMENTS

J'ai une immense reconnaissance pour mon oncle Boubacar Touré et mon cousin Bakary-Barry Touré, pour leur assistance et leurs conseils précieux. Grâce à eux, j'ai découvert mon domaine de prédilection : le droit.

J'ai aussi une immense reconnaissance pour mon directeur de thèse, Professeur René Provost Ad.E., qui a été attentif, patient, compréhensif, disponible voire indispensable dans la concrétisation de cette thèse. N'eussent été ses observations, cette thèse aurait probablement pris une direction inadaptée aux objectifs initialement fixés.

J'ai également une immense reconnaissance pour mon épouse Mariam Camara. Elle a fait preuve de patience à toute épreuve face à la réalisation de cette thèse, qui occupait une énorme place dans notre vie de couple. Elle est aussi à remercier pour ses encouragements.

Un remerciement spécial à mes parents et aux parents de mon épouse pour leurs encouragements.

Un grand merci aux enseignants, Pierre Bosset, Philippe Fortin et Ian Demers de la Faculté de science politique et de droit de l'Université du Québec à Montréal. Au terme de mes études au Baccalauréat en droit, ils m'ont encouragé à formuler une demande d'admission à la Maîtrise en droit.

Merci à mon ami Aboubacar Dakuyo, doctorant en droit à l'Université d'Ottawa, qui a influencé mon choix du sujet de cette thèse.

Enfin, j'ai grandement apprécié mon passage à l'Institut de droit comparé et à la Faculté de droit de l'Université McGill. Je remercie toute l'équipe de direction, les professeurs, ainsi que mes amis de la Faculté. L'expérience m'a été très enrichissante.

RÉSUMÉ

Cette thèse traite du régime juridique des investissements étrangers face aux risques politiques, lesquels ravagent le continent africain en général et le Mali en particulier. L'accent est particulièrement mis sur l'Accord entre le Canada et le Mali concernant la promotion et la protection des investissements, dans le but de discuter et de comparer les dispositions dudit accord avec celles contenues dans d'autres traités bilatéraux d'investissement. La situation politique du Mali est le fondement des critiques formulées à l'endroit de certaines clauses dudit accord, principalement la clause d'indemnisation des pertes subies. Celle-ci limite sa portée aux seules situations de conflit armé, de guerre civile ou de catastrophe. Or, l'environnement politique et sécuritaire du Mali est tarauté par d'autres situations exceptionnelles susceptibles d'affecter la sérénité des investisseurs canadiens, à savoir : les troubles civils, les révolutions, les révoltes, le terrorisme, etc. Ces situations exceptionnelles sont pourtant énumérées dans la clause d'indemnisation des pertes subies du traité d'investissement entre le Canada et la Russie et d'autres traités bilatéraux auxquels le Canada est Partie. Par ailleurs, les investisseurs étrangers visés par cette thèse se limitent aux corporations transnationales, excluant ainsi les personnes physiques et les entreprises non incorporées. Partant, les corporations transnationales sont des personnes morales, lesquelles sont dotées d'une personnalité juridique distincte de celle de leurs membres (administrateurs, dirigeants, actionnaires). Les personnes morales sont investies des droits fondamentaux, dont l'attribution ne cause généralement pas de problème sur le plan théorique. Cependant, la jouissance de certains desdits droits peut paraître en pratique problématique, et ce, en raison du caractère technique et non biologique des personnes morales. À cet effet, l'environnement juridique est dominé par un consensus qui prend corps et s'affirme autour de la thèse qui plébiscite que le droit international public attribue des droits et impose des obligations aux entités non-étatiques, en l'occurrence les corporations transnationales. D'où la question fondamentale de savoir si les corporations transnationales sont des sujets du droit international public. Sans égard aux positions des uns et des autres, le *statu quo* milite en faveur de l'édiction d'un instrument juridique contraignant pour encadrer de façon uniforme les pratiques des corporations transnationales à travers le monde. Cela s'explique par le fait que leurs droits et obligations ou responsabilités sont jusque-là gouvernés par une mosaïque de textes, dont les contenus ne sont pas uniformes. De façon précise, ils sont régis par les traités d'investissement entre les États, les contrats d'investissement entre un investisseur et un État hôte, le régime général du droit international public, ainsi que les règles du droit interne de l'État hôte d'un investisseur. Il va sans dire que le respect des droits humains et des normes environnementales, ainsi que la protection effective et efficace des investissements étrangers contre les différents risques, ne peuvent plus s'accommoder des seuls régimes juridiques précités.

Mots clés : conflit armé, corporation transnationale, investissements, investisseurs étrangers, protection, risques politiques, responsabilité internationale, traité bilatéral d'investissement.

ABSTRACT

This thesis deals with the legal framework of foreign investment in the face of political risks which are ravaging the African continent in general and Mali in particular. An emphasis is placed on the Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Mali for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments. I will be discussing and comparing the provisions of that agreement with those contained in other bilateral investment treaties. Mali's political situation is the basis of the criticisms of some of the clauses of the Agreement, namely the compensation of losses clause. The latter limits its scope only to situations of armed conflict, civil war or disaster. However, the political and security environment of Mali is tempered by other exceptional situations likely to affect the serenity of Canadian investors, namely: civil strife, the revolutions, revolts, terrorism, etc. However, these exceptional situations are listed in the compensation of losses clause contained in the Treaty of investment between Canada and Russia and other bilateral treaties to which Canada is a party. Besides, the foreign investors covered by this thesis are limited to transnational corporations, thus excluding natural persons and unincorporated enterprises. Hence, transnational corporations are legal persons, which are endowed with a legal personality distinct from one of their members (directors, officers, shareholders). Theoretically, awarding legal persons fundamental rights does not normally cause a problem. However, the enjoyment of some of those rights may seem problematic in practice because of the technical and non-organic nature of legal persons. Thus, a consensus exists within the legal world that public international law assigns the rights and imposes obligations on non-State entities, in this case transnational corporations. This raises the fundamental question of whether transnational corporations are subjects of public international law. Regardless of the positions of one or the other, the status quo tilts in favor of the enactment of a binding legal instrument to frame in a uniform manner the practices of transnational corporations throughout the world. This is necessary because their rights and obligations or responsibilities are hitherto governed by a mosaic of texts, whose contents are not uniform. More precisely, they are governed by investment treaties between States, investment contracts between an investor and a host State, general regime of public international law, as well as internal law rules of the host State to an investor. It goes without saying that the respect for human rights and environmental standards, as well as an efficient protection of foreign investments against different risks, can no longer be solely accommodated only by the legal regimes mentioned above.

Key words: Armed conflict, transnational corporation, investment, foreign investor, protection, political risk, international responsibility, bilateral trade investment agreement.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AG NU :	Assemblée Générale des Nations Unies
ALÉNA:	Accord de Libre-Échange Nord-Américain
APIE :	Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers
BGB :	Bürgerliches Gesetzbuch
CanLII :	Institut canadien d'information juridique
Cass Civ :	Cour de cassation, Chambre civile
CCSRCL:	The Canadian Centre for the Study of Resource Conflict
CE:	Commission européenne
CEDEAO :	Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest
CEDH :	Convention européenne des droits de l'homme
CDI :	Commission du droit international des Nations-Unies
CIJ :	Cour internationale de justice
CICR :	Comité international de la Croix-Rouge
CIRDI :	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUCED :	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
DIH:	Droit international humanitaire
EJIL:	European Journal of International Law
IBCR:	International Bureau of Children Rights
ICSID:	International Centre for Settlement of Investment Disputes
MINUSMA :	Mission multidimensionnelle intégrée des Nations-Unies pour la Stabilisation au Mali

NPD :	Nouveau parti démocratique du Canada
OCDE :	Organisation de coopération et de développement économiques
OHADA :	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
OIT :	Organisation internationale du travail
OMPI :	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
ONU :	Organisation des nations unies
QC CA :	Cour d'appel du Québec
RCS :	Recueil de la Cour suprême du Canada
RLRQ :	Recueil des lois et des règlements du Québec
RT Can :	Recueil des traités du Canada
RTNU :	Recueil des traités des Nations-Unies
TBI :	Traité bilatéral d'investissement
UNCITRAL:	United Nations Commission on International Trade Law
UQAM :	Université du Québec à Montréal

PÉRIODIQUES

AFDI:	Annuaire Français de Droit International
Am J Int'l L:	American Journal of International Law
Chi J Int'l L:	Chicago Journal of International Law
EJIL:	European Journal of International Law
HKS:	Havard Kennedy School of Government
IFRI:	Institut français des relations internationales
IQHEI:	Institut québécois des Hautes études internationales

J Int'l & Eur L:	Journal of International and European Law
LGDJ:	Librairie générale de droit et de jurisprudence
NW U J Int'l Hum Rts:	Northwestern University Journal of International Human Rights
N Y L Sch J Int'l & Com L:	New York Law School Journal of International and Comparative Law
PAF :	Presses académiques francophones
RCADI:	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
RDLF:	Revue des Droits et Libertés Fondamentaux
RGD:	Revue générale de droit
RGDIP:	Revue générale de droit international public
RICR:	Revue internationale de la Croix-Rouge
RQDI:	Revue québécoise de droit international
RSA:	Recueil des sentences arbitrales
Santa Clara J Int'l L:	Santa Clara Journal of International Law
SFDI:	Société française pour le droit international

INTRODUCTION

La mondialisation économique, offre un large boulevard qui permet, à travers la libération des échanges, aux entreprises multinationales de s'exporter en dehors de leurs États d'origine, vers d'autres sphères géographiques, à la recherche de nouveaux marchés et de terrains fertiles à l'investissement. À travers la coopération internationale au développement, les entreprises multinationales – en l'occurrence celles des États dits développés – investissent dans des pays en développement dans le but de, non seulement accroître leurs revenus, mais aussi de contribuer au développement économique de leurs États hôtes.

Dans ces États hôtes, les entreprises multinationales bénéficient généralement d'avantages économiques et d'allègement des fardeaux fiscaux. Ces différentes manœuvres desdites entreprises consistant à investir dans des pays en développement pour plus de revenus entrent dans des investissements directs étrangers. Ceux-ci se définissent comme « [...] un mouvement international de capitaux réalisé par une entreprise ou autre entité en vue de créer une filiale ou société affiliée à l'étranger, d'acquérir une participation dans une société étrangère, de fusionner avec une société étrangère ou d'établir une coentreprise dans un autre pays ».¹

Grace aux flux d'investissements et aux réserves minières colossales, les indicateurs économiques penchent vers une croissance inclusive du continent africain dans 50 ans.² Pourtant, l'environnement politique et économique de moult États de ce continent se trouve taraudé par des

¹ *Dialogue canadien sur l'Asie*, en ligne :

http://www.asiapacific.ca/sites/default/files/internal/backgrounder_foreign_direct_investment_general_-_frfinal.pdf. (Consulté le 30 mars 2016).

² Banque africaine de développement, *L'Afrique dans 50 ans vers une croissance inclusive*, Tunis, Août 2011 à la p 10.

fléaux non négligeables pouvant compromettre la sécurité des investisseurs étrangers. À cet égard, l'on peut retenir notamment les problèmes de corruption, de mauvaise gouvernance, de terrorisme et de marasme institutionnel. Ces fléaux qui ravagent sans répit une partie substantielle du continent, peuvent en outre constituer un obstacle majeur, sinon un frein, à son essor.³

Force est en outre de débusquer les deux côtés de la médaille de cet intérêt des investisseurs étrangers envers le continent africain. En effet, appréhendé à la fois comme « une idée de changement d'échelle »⁴ et d'« accession à la dimension mondiale »⁵, le besoin de développement du commerce au niveau international, par le recours à l'investissement étranger direct, n'est pas sans risque pour les corporations qui s'y lancent. Risque d'interférences multiformes du gouvernement étranger dans les opérations de la corporation⁶, risque d'instabilité politique de l'État d'accueil⁷, risque de nationalisation de la corporation étrangère⁸, risque d'expropriation⁹, risque d'annulation des ententes conclues¹⁰, disfonctionnement ou partialité de la justice nationale¹¹, etc. Voici des exemples de risques susceptibles d'affecter la sérénité des investissements à l'étranger. Ces risques sont aussi appelés les « risques politiques ». Ceux-ci se définissent comme « l'ensemble des évènements ou décisions d'ordre politique ou administratif, nationales ou internationales

³ Luc Marius Ibriga, *Le partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

⁴ Michel Beaud et al, *Mondialisation, les mots et les choses*, Paris, Karthala, 1999 à la p 192.

⁵ *Ibid* à la p 207.

⁶ Conseil des droits de l'Homme, *Rapport de l'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable*, Doc NU A/HRC/30/44 (2015) aux pp. 11-12.

⁷ Marcel René Gouenet, « Risque D'instabilité Socio-Politique Et Attractivité Des Investissements Directs Étrangers (IDE) Au Cameroun » (2016) 16 :1 Global J of Human-Social Science, aux pp 1-13.

⁸ Dmitri Georges Lavroff, « Le régime juridique des investissements étrangers dans les états d'Afrique Noire » (1969) 4 : 3 Africa Spectrum, Law in East Africa à la p 73.

⁹ Marlyse Quéré-Messing, « Le rôle de l'arbitrage dans l'assistance aux pays sous-développés » (1960) 6 AFDI à la p 436.

¹⁰ *Agua del Tunari S.A. c République de Bolivie* (2005) ARB/02/3.

¹¹ Conseil de l'Europe, AP, 9e sess, *La compatibilité avec les droits de l'Homme de l'arbitrage investisseur-État dans les accords internationaux de protection des investissements*, Doc 14255 (2017) au para 5.4.

pouvant entraîner des pertes économiques, commerciales ou financières pour l'entreprise, importatrices ou exportatrices, ou investissant à l'étranger. »¹²

Les risques politiques précités constituent un indice suffisant pour embrasser la thèse soutenant que l'investissement dans certains États demeure problématique et peut soulever bien d'interrogations d'ordre juridique. L'une de ces interrogations les plus importantes a trait au cadre juridique même de l'investissement étranger au regard des risques politiques. De façon plus explicite, quel régime juridique s'applique aux investissements étrangers lorsque ces derniers sont visés par des risques politiques ? Subsidiairement, ce régime juridique offre-il des balises suffisantes pour assurer une protection effective et efficace aux investissements étrangers contre lesdits risques ?

Pour répondre à ces interrogations, la présente thèse s'inspirera du cas des relations économiques entre la République du Mali et le Canada, lesquelles relations débouchèrent sur l'adoption d'un accord bilatéral de promotion et protection des investissements étrangers entre les deux États. L'analyse de cet accord impliquera une étude comparative avec d'autres traités d'investissements. Le choix du Canada réside dans la formation juridique de l'auteur de la présente thèse, effectuée exclusivement dans le système bi-juridique canadien. La place prépondérante qu'occupent les entreprises-mères canadiennes dans l'exploitation des ressources naturelles à travers le monde, corrobore aussi ce choix. Pour ce qui est du choix du Mali, il se justifie à plus d'un titre. De prime abord, moult corporations canadiennes ont ouvert et continuent d'ouvrir des filiales au Mali, en raison de l'abondance des ressources minières de ce dernier. Depuis quelques années, le Mali

¹² Le dico du commerce international, en ligne : <https://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/risque-politique.html> (consulté le 30 mars 2018).

occupe une place de choix dans le rang des plus grands producteurs dans le secteur aurifère en Afrique. De surcroît, le Mali est l'un des pays ciblés par le gouvernement du Canada pour les efforts de développement international.¹³ Enfin, le Mali est secoué, depuis l'an 2012, par une crise majeure susceptible de menacer la mise en œuvre et le respect du traité bilatéral d'investissement signé avec le Canada en juin 2016.

Cela dit, la présente thèse retient l'hypothèse selon laquelle les investissements étrangers sont régis par différentes normes juridiques dont l'application des unes n'éclipse pas celle des autres, créant ainsi une complémentarité juridique harmonieuse. Ces normes comprennent le contrat d'investissement entre un investisseur et l'État-hôte, le traité d'investissement entre les États, le droit interne, ainsi que le droit international général. Ces régimes créent non seulement des obligations et des droits pour les investisseurs étrangers, mais ils codifient aussi des règles de responsabilité des États vis-à-vis desdits investisseurs. Pour mieux comprendre cette hypothèse, la méthodologie ci-après s'impose.

La présente thèse est divisée en trois chapitres. Le premier chapitre aborde le contexte et la portée du traité d'investissement entre le Mali et le Canada. Seront ainsi analysées, les clauses de traitement national, de traitement de la nation la plus favorisée, de norme minimale de traitement et d'expropriation. Dans le même ordre d'idée, l'on se penchera sur l'étendue de la protection des investissements étrangers à la lumière dudit accord entre le Mali et le Canada, ainsi que du droit international général.

¹³ *Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada*, en ligne : <http://www.international.gc.ca/development-developpement/countries-pays/mali.aspx?lang=fra>. (Consulté le 30 mars 2016).

Le deuxième chapitre s'attarde aux droits et obligations des investisseurs étrangers. D'entrée de jeu, les droits fondamentaux des investisseurs étrangers y seront étayés sous l'égide des normes juridiques internes et internationales. Et, puisque l'attribution des droits emporte l'imposition des obligations, il va sans dire que les obligations des investisseurs étrangers feront l'objet d'un intérêt particulier en l'espèce. Ce dernier point s'articulera autour de la question de la responsabilité sociale des investisseurs, du débat ayant trait à l'édiction d'un instrument juridique international contraignant pour les corporations transnationales, de même que des effets juridiques de la complicité ou de la participation des investisseurs étrangers dans les conflits armés ou autres risques. L'esquisse desdits effets permettra d'examiner la faute de l'investisseur.

Quant au troisième chapitre, il traite de l'obligation et de la responsabilité d'un Etat à l'égard des investisseurs étrangers opérant sur son territoire. En effet, le droit international exige des États de prendre des mesures de précaution et de prévention afin de non seulement protéger les investissements étrangers contre les divers risques, mais aussi, ou du moins, de mitiger leur responsabilité et d'atténuer les incertitudes relatives aux relations internationales. Afin d'élucider ces obligations, l'on s'évertuera à discuter de la responsabilité internationale des États en matière d'investissements étrangers. Pour ce faire, un tour d'horizon sera effectué sur les fondements juridiques de cette responsabilité, ainsi que sur sa portée à l'aune des *Articles* de la CDI. Pour terminer, force sera de s'atteler à l'analyse des voies et recours offerts aux investisseurs étrangers lésés contre l'État hôte, en vue de la réparation des dommages subis.

CHAPITRE I

CONTEXTE ET PORTÉE DE LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

1. Accord entre le Canada et le Mali concernant la promotion et la protection des investissements

Nonobstant, les risques politiques dans les États hôtes, le *statu quo* de la coopération économique internationale démontre que beaucoup d'investisseurs étrangers ne sont pas pour autant découragés à s'intéresser au marché africain. *A contrario*, les pays en proie aux conflits armés et ceux secoués par le terrorisme ou par d'autres crises politiques demeurent des terrains fertiles à l'investissement et ce, pour des raisons déjà invoquées à l'introduction. À cet effet, l'on peut citer notamment le Mali, la Libye, la République démocratique du Congo ou la Côte d'Ivoire.¹⁴ L'exemple du Mali est pertinent en l'espèce dans la mesure où, jadis considéré comme un modèle en matière de cohésion sociale, de paix et de démocratie, il est aujourd'hui l'un des rares États africains à connaître, en moins six ans¹⁵, trois crises complexes et multiformes, soit la rébellion violente dans le septentrion du pays accentuée par le déversement des armes sophistiquées en provenance de la guerre civile libyenne de 2011¹⁶, l'effondrement des institutions étatiques par le coup d'État de l'an 2012 et l'omniprésence de différents groupes terroristes sur le territoire national.¹⁷

C'est dans la foulée de cette crise sécuritaire non encore résolue que l'*Accord entre le Canada et le Mali concernant la promotion et la protection des investissements* [APIE Mali-Canada] fut signé

¹⁴ À l'instar du Mali qui est retranché dans les méandres du terrorisme et de la rébellion des Touaregs, la Libye, la Côte d'Ivoire et la République démocratique du Congo sont secouées par des crises politiques majeures, allant jusqu'à menacer la sécurité et la paix durable.

¹⁵ 2012- 2018.

¹⁶ Mathieu Pellerin, « La Sahel et la contagion libyenne », *Politique étrangère* (2012) 4 IFRI 835, à la p 841.

¹⁷ Salim Chena et Antonin Tisseron « Rupture d'équilibres au Mali Entre instabilité et recompositions » (2012) 245 *De Boeck Supérieur* 71 aux pp 71-72.

et mis en œuvre par les parties prenantes.¹⁸ À cet égard, il n'est pas superfétatoire de rappeler que l'article 8 (1) du *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités*¹⁹ stipule que « l'existence d'un conflit armé n'a pas d'incidence sur la capacité d'un État Partie à ce conflit de conclure des traités conformément au droit international ».

L'*APIE Mali-Canada* ne constitue nullement le point de départ des rapports entre les deux pays, qui nouent des relations diplomatiques depuis 1962. Le gouvernement du Canada considère le Mali comme « un pays de concentration pour l'aide officielle au développement du Canada et un pays qui offre des débouchés prometteurs pour les entrepreneurs canadiens, en plus d'accueillir des investissements canadiens significatifs dans le secteur minier. »²⁰ Les actifs miniers canadiens au

¹⁸ *Accord entre le Canada et le Mali concernant la promotion et la protection des investissements*, 28 novembre 2014, RT Can 2016 no 5, (entré en vigueur : 8 juin 2016).

¹⁹ NU, Assemblée générale, sess A/66/10, *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires relatifs*, Doc off CDI NU, 63^e sess (2011).

²⁰ Affaires Mondiales Canada. En ligne :

http://www.canadainternational.gc.ca/mali/bilateral_relations_bilaterales/mali.aspx?lang=fra. Consulté le 12 juin 2017. À travers ce site, l'on peut lire que les relations diplomatiques et économiques entre le Mali et le Canada peuvent se prouver par une multitude de réalisations de coopérations entre les deux pays, notamment :

En 2014–2015, l'aide officielle au développement versée par le Canada au Mali (toutes sources confondues) a atteint plus de 152 millions de dollars. Le Canada est le troisième plus important partenaire bilatéral du Mali en termes de coopération au développement (après la France et les États-Unis) et le principal donateur bilatéral en matière de santé des femmes et des enfants. Le Canada est aussi un partenaire majeur dans les domaines du développement rural, de la gouvernance (notamment en matière de réforme du système de justice) et de l'éducation. Les principaux partenaires canadiens et internationaux sont le gouvernement malien, le Centre de coopération internationale en santé et développement (CCISD), l'Université de Montréal, Plan International Canada, CRC-Sogema, Développement international Desjardins (DID), Avocats sans frontière et le Centre d'étude et de coopération internationale (CECI). Depuis 2012, le Canada a fourni 44 millions de dollars en assistance humanitaire pour répondre aux besoins urgents des personnes touchées par la violence ou par l'insécurité alimentaire au Mali et dans les pays voisins. En janvier 2015, le Canada a entamé un mandat de trois ans comme membre de la Troïka des partenaires de développement au Mali, incluant un mandat à titre de Chef de file de janvier à décembre 2016. Le financement de base de la Mission de maintien de la paix de l'ONU au Mali (MINUSMA) provient des cotisations versées par les pays aux Nations Unies. Le Canada est présentement le 9^e contributeur en importance au budget pour l'ensemble des opérations de maintien de la paix, qui totalise environ 8 milliards \$US en 2016–2017. En mai 2013, le Canada a engagé quatre millions de dollars au Fonds d'affectation spéciale de stabilisation de l'Organisation des Nations Unies, cinq millions de dollars pour soutenir la Mission de l'Union africaine au Mali, et un million de dollars à la Mission de formation de l'Union européenne au Mali (EUTM). Depuis 2010, le Canada, par l'entremise du Programme d'aide au renforcement des capacités antiterroristes (PARCA), a engagé près de 39 millions de dollars dans les initiatives concrètes pour lutter contre le terrorisme en Afrique, notamment au Mali. Ces initiatives visent à développer la capacité des autorités maliennes dans la sécurité des frontières, la justice pénale dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, et la lutte contre l'extrémisme.

Mali étaient estimés à plus d'un milliard de dollars en 2014.²¹ Aux termes de ces chiffres relativement substantiels d'investissements canadiens au Mali et de ce partenariat fécond et privilégié entre les deux États, il est indéniable que la conclusion d'un APIE est d'une importance indiscutable, afin de notamment fournir un cadre juridique adéquat aux régimes de promotion et de protection d'investissements étrangers dans l'un ou l'autre État Partie audit accord.

Dans le contexte malien, le préambule du *Traité OHADA* souscrit entièrement à cette philosophie, en encourageant les États membres de l'organisation à appliquer ce droit « avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement ».²²

Préalablement à une analyse approfondie de l'architecture juridique de l'*APIE Mali-Canada*, il sied de faire une brève et nette distinction entre ce type d'accord et les autres accords à caractère commercial. Les États sont Parties à différents types d'accords commerciaux, ayant chacun un objet particulier. À titre d'exemples, l'on peut retenir notamment les accords de l'OMC, qui « énoncent les principes de libéralisation » et établissent les normes juridiques du commerce mondial. Pour ce faire, les États-membres ont négocié et signé les accords suivants : l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce [GATT]²³ pour régler les commerces de marchandises, l'Accord général sur le commerce des services [AGCS]²⁴, et les Accords sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce [ADPIC]²⁵. Pour ce qui est

²¹ *Ibid.*

²² OHADA, *Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA)*, fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993. Modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008.

²³ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 RTNU 187, RT Can 1947 no 27 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1948) [GATT de 1947].

²⁴ *Accord général sur le commerce des services*, 1^{er} janvier 1995.

²⁵ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 1994, Publication OMPI 1996.

des accords de libre-échange [ALE], ils ont une portée plus large que les APIE, en ce qu'ils contemplent tous les aspects essentiels du commerce international. À titre d'exemple, on peut lire que l'article 102 (1) de l'ALÉNA qui énonce que l'objectif de ce type d'accord est notamment d'éliminer les tarifs douaniers et de faciliter le commerce dans la zone de libre-échange.²⁶

Le troisième type d'accord à caractère commercial est les accords ou arrangements de reconnaissance mutuelle. *Affaires mondiales Canada* expliquent que ces accords « facilitent le commerce en permettant aux gouvernements d'accepter les conclusions des homologations effectuées par des organismes de réglementation étrangers. »²⁷ Enfin, il y a les accords plurilatéraux et les APIE,²⁸ lesquels ont une portée relativement restreinte. Les APIE sont des accords « bilatéraux » aussi dénommés : traités bilatéraux d'investissement [TBI]. Ceux-ci se définissent comme « des traités conclus entre deux États dans lesquels chaque Partie contractante s'engage à traiter de manière spécifique les investisseurs ressortissants de l'autre Partie contractante et à s'abstenir de certains comportements préjudiciables envers eux. »²⁹ Il résulte de cette définition que toute convention d'opposabilité contenue dans un TBI entre les Parties à un État-tiers, sans le consentement de ce dernier, est nulle et les obligations qui en découlent sont sans effet. Cela va de la nature même d'un TBI, en plus d'être codifié à la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Dans l'*affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*³⁰, la CPJI a rappelé que seuls les État Parties à un traité sont visés par ce dernier. Ce principe a fait autorité dans l'affaire

²⁶ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT CAN 1994 no 32, ILM 289 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA].

²⁷ *Affaires mondiales Canada*, en ligne : http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/agreements_type-type_accords.aspx?lang=fr, consulté le 15 juin 2017.

²⁸ Bien qu'il puisse exister d'autres types d'accords réglementant le commerce entre les États, le rédacteur se limite aux accords susmentionnés aux fins du présent mémoire.

²⁹ Suzy H. Nikièma, *Bonnes Pratiques Définition de l'investisseur*, Winnipeg, Manitoba, IISD, 2012 à la p 1.

³⁰ *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (1925) CPJI (sér A) no 6 à la p 15.

de l'île des Palmes³¹, où Max Huber a tranché qu' « il semble en outre évident que les traités conclus par l'Espagne avec les tierces puissances et qui reconnaissent sa souveraineté sur les Philippines ne pouvaient lier les Pays-Bas [...] ».

Bien que négociés et acceptés par les sujets de droit international public³², en l'occurrence les États, les TBI sont conclus au bénéfice des personnes privées que sont les investisseurs. Ces derniers, n'étant pas signataires, disposent toutefois d'un droit de poursuivre un « État-hôte de leur investissement pour n'avoir pas respecté ses obligations internationales. Ce mécanisme d'arbitrage international ne peut être déclenché que par les investisseurs et constitue une particularité des TBI ». ³³ Même si cela peut paraître avantageux pour les investisseurs étrangers, il n'en demeure néanmoins que la personnalité juridique internationale des corporations transnationales soulève bien d'interrogations au sein de la communauté juridique et à l'aune de cette période de mondialisation. D'ailleurs, l'une des problématiques de ce *statu quo* est que les investisseurs étrangers visés par un TBI peuvent, sans possibilité d'intervenir, perdre certains de leurs droits advenant notamment l'exercice d'un droit de retrait consensuel par les Parties. En effet, un retrait accepté d'une des deux Parties à un TBI conduit *de facto* et *de jure* à sa terminaison complète.³⁴ Les conditions d'exercice du droit de retrait sont prévues à la *Convention de Vienne sur le droit des traités*³⁵, laquelle est l'instrument juridique international qui prescrit les règles ayant trait à la portée et au contenu des obligations découlant d'un traité.

³¹ *Affaire de l'Île de Palmas (États-Unis c Pays-Bas)*, (4 avril 1928) CPA à la p 20.

³² *Réparation des dommages subis au service des Nations-Unies*, Avis consultatif, [1949] CIJ rec 174 aux pp 178 et s. voir aussi : Hélène Ruiz Fabri, « Les catégories de sujets de droit international » (2005) Paris, SFDI Colloque du Mans, Le sujet en droit international, Pedone aux pp 55-56. Dans son avis, la CIJ a reconnu les États et les organisations internationales comme seuls sujets de droit international public.

³³ Suzy H. Nikièma, *supra note 29* à la p 1.

³⁴ Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 3^e éd, 1997 à la p 142.

³⁵ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, le 23 mai 1969, 1155 RTNU 331, art 56.

Par ailleurs, il existe de nombreuses similitudes entre les TBI en ce qui a trait aux matières prescrites et aux droits et obligations, et l'*APIE Mali-Canada* ne fait aucunement exception à ce constat général. À l'instar des autres APIE auxquels le Canada est Partie, celui conclu avec le Mali est inspiré du Modèle canadien de 2004 de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers.³⁶ Dans l'affaire de *Première nation des Hupacasath c Canada (Affaires étrangères)*, la Cour fédérale du Canada a fait référence audit Modèle en concluant que « les dispositions de fond » de l'*Accord sur la promotion et la protection réciproque des investissements entre le Canada et la Chine* « présentent de nombreuses similitudes non seulement avec l'ALÉNA mais surtout avec le Modèle Canadien de l'APIE de 2004.³⁷

Au-delà de la nature juridique des TBI, leurs champs d'application territoriale et personnelle doivent servir de noyau dur tant dans leur analyse, leur interprétation que dans leur application. Cela dit, l'exercice effectif de la souveraineté étatique sur l'intégralité du territoire d'une Partie au sens au droit international, constitue un facteur essentiel à la protection des investissements étrangers. C'est pourquoi les dispositions définitives de l'*APIE Mali-Canada* confère une interprétation large au mot « territoire », en l'étendant au territoire terrestre, aux eaux intérieures et à la mer territoriale, y compris à l'espace aérien surjacent, d'une Partie; à la zone économique exclusive d'une Partie; et au plateau continental d'une Partie.³⁸ La difficulté pour le Mali de recouvrer l'intégrité de son territoire et d'y asseoir son administration, à cause des fléaux précités qui continuent de le ravager, peut donc constituer un obstacle majeur à la mise en place de cet

³⁶ Modèle canadien de 2004 de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers. Le gouvernement du Canada a adopté un modèle d'APIE qui sert de tremplin et de point de départ pour les pourparlers qu'engage le Canada avec ses partenaires portant sur des règles sur l'investissement bilatéral.

³⁷ *Première nation des Hupacasath c Canada (Affaires étrangères)*, 2013 CF 900 au para 8.

³⁸ *Accord entre le Canada et le Mali concernant la promotion et la protection des investissements*, supra note 18 aux arts 1 et 2.

accord. L'élimination des « obstacles administratifs, fiscaux et juridiques » à travers « la création d'un environnement propice et favorable à l'établissement d'investissements productifs » est une condition *sine qua non* à la promotion et à la protection plébiscitées par l'*APIE Mali-Canada*.³⁹ En ce qui a trait au champ d'application de l'*APIE Mali-Canada*, son article 2 prévoit qu'il s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie concernant (1) les investisseurs de l'autre Partie, (2) les investissements visés. Tandis que le premier a trait à une Partie, un ressortissant ou une entreprise d'une Partie qui cherche à faire, fait ou a fait un investissement⁴⁰; le second porte sur l'investisseur qui dépose une plainte en vertu de la section C (Règlement des différends entre un investisseur et la Partie hôte).⁴¹ Pour mieux protéger ces investisseurs visés, différentes clauses sont édictées par les États-Parties. Ces clauses sont inspirées des clauses standards propres à un TBI⁴²; quelques-unes d'entre elles feront l'objet d'une analyse détaillée dans les sections suivantes.

³⁹ Rola ASSI, *Le régime juridique des investissements étrangers au Liban au regard de l'ordre juridique international*, thèse de doctorat en droit, Université Aix-Marseille, Université Libanaise, 2014 [non publiée] à la p 31.

⁴⁰ L'article 1 de l'*APIE Mali-Canada* prévoit qu'un « investissement » s'entend : (a) d'une entreprise; (b) d'une action ou d'un autre type de participation au capital social d'une entreprise; (c) d'une obligations, d'obligations non garanties ou d'autres titres de créance d'une entreprise; (d) d'un prêt à une entreprise; (e) nonobstant les sous-paragraphes c) et d) de la présente définition, un prêt ou un titre de créance consenti par une institution financière est un investissement uniquement s'il est considéré comme capital réglementaire par la Partie sur le territoire de laquelle l'institution financière est située; (f) d'un avoir dans une entreprise donnant droit à une part des revenus ou des bénéfices de l'entreprise; (g) d'un avoir dans une entreprise donnant droit à une part des actifs de l'entreprise au moment de la dissolution; (h) d'intérêt découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une Partie pour une activité économique exercée sur ce territoire, par exemple en raison (i) de contrats qui supposent la présence de biens de l'investisseur sur le territoire de la Partie, notamment des contrats clé en main, des contrats de construction ou des concessions telles que des concessions aux fins de la recherche et de l'extraction de pétrole et d'autres ressources naturelles, ou (ii) de contrats dont la rémunération dépend en grande Partie de la production, des revenus ou des bénéfices d'une entreprise; (i) des droits de propriété intellectuelle; (j) des biens meubles ou immeubles ou autres biens corporels et incorporels acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales. MAIS ne s'entend pas : (k) d'une créance découlant uniquement :i) de contrats commerciaux pour la vente de produits ou de services par un ressortissant ou une entreprise sur le territoire d'une Partie à une entreprise située sur le territoire de l'autre Partie, ou (ii) de l'octroi de crédits pour une opération commerciale, telle que le financement commercial, autre qu'un prêt visé au sous-paragraphes d).l) de toute autre créance relative à des sommes d'argent, lorsqu'elle ne se rapporte pas aux catégories d'avoirs visés aux sous paragraphes a) à j).

⁴¹ *Ibid* à l'art 1.

⁴² Ces clauses sont entre autres : la promotion des investissements; le traitement national; le traitement de la nation la plus favorable, la norme minimale de traitement; l'indemnisation des pertes; les dirigeants, conseils d'administration et l'admission du personnel; les prescriptions de résultats; l'expropriation; les transferts; la transparence; la subrogation; les mesures fiscales; la santé, la sécurité, les mesures environnementales et la responsabilité sociale des

1.1. Traitement national et traitement de la nation plus favorisée

Les articles 4 et 5 de l'*APIE Mali-Canada* imposent à une Partie de se conformer aux clauses relatives au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée, en ce qui concerne « l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire ». Leur inclusion dans tous les TBI et dans les autres types d'accords du commerce international prouve qu'elles constituent un pilier incontournable de la promotion et de la protection des investissements étrangers.⁴³ Toutefois, ces clauses ne sont pas formulées de façon uniforme ou identique dans tous les TBI; « certaines clauses [...] sont formulées de façon stricte et d'autres de façon plus large. En outre, le contexte dans lequel elles s'insèrent varie, tout comme l'objet et le but des traités dans lesquelles elles figurent. »⁴⁴ Les clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée contenues dans l'*APIE Mali-Canada* semblent être formulées de façon plus stricte, car elles font mention expresse et exhaustive des domaines auxquels elles s'appliquent, à savoir : l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire. L'on ne trouve pas une telle précision dans le TBI entre le Royaume-Uni et l'Albanie, dont la formulation des clauses serait plus large.⁴⁵ Qu'à cela ne tienne, le principe demeure le même dans tous les TBI, soit la non-discrimination entre les investisseurs par un État-

entreprises; les réserves et exceptions; les exceptions générales; les refus d'accorder des avantages; le règlement des différends entre un investisseur et la Partie.

⁴³ OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Documents de travail sur l'investissement international no 2004/3 (2004) à la p 3.

⁴⁴ *Ibid* à la p 4.

⁴⁵ Son article 3 stipule ainsi : « Dispositions relatives au traitement national et à la nation la plus favorisée (1) Aucune des deux Parties contractantes ne soumettra, sur son territoire, les investissements ou les revenus des ressortissants ou des sociétés de l'autre Partie contractante à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements ou aux revenus de ses propres ressortissants ou sociétés ou aux investissements ou revenus des ressortissants ou des sociétés de tout État tiers. (2) Aucune des deux Parties contractantes ne soumettra, sur son territoire, les ressortissants ou les sociétés de l'autre Partie contractante, en ce qui concerne la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation de leurs investissements, à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres ressortissants ou sociétés ou aux ressortissants ou sociétés de tout État tiers.

Partie. Dans l'affaire *Emilio Agustin Maffezini c Royaume d'Espagne*, portant sur le TBI entre l'Argentine et l'Espagne, le CIRDI a conclu : « [p]our toutes les questions visées par le présent accord, ce traitement ne sera pas moins favorable que celui accordé par chaque Partie aux investissements faits sur son territoire par les investisseurs d'un pays tiers. »⁴⁶ Une autre affaire ayant largement abordé ce sujet est celle d'*ADM v Mexico*, qui concernait l'application de l'ALÉNA.⁴⁷ Il s'agit des réclamations découlant de l'adoption par le Mexique en 2002 d'une taxe sur les boissons contenant du sirop de maïs à haute teneur en fructose, qui aurait affecté les investissements des demandeurs dans l'industrie du sirop de maïs à haute teneur en fructose au Mexique.⁴⁸ Dans sa décision, le tribunal a souligné: « The national treatment obligation under Article 1102 is an application of the general prohibition of discrimination based on nationality, including both de jure and de facto discrimination. The former refers to measures that on their face treat entities differently, whereas the latter includes measures which are neutral on their face but which result in differential treatment. »⁴⁹

Par ailleurs, pour qu'un investisseur visé par l'*APIE Mali-Canada* puisse invoquer la clause de la nation la plus favorisée, il doit s'inscrire dans la logique du principe *ejusdem generis*. Ce dernier prescrit que la clause de la nation la plus favorisée ne saurait être invoquée par l'investisseur visé que si l'on est en présence des « questions relevant du même objet ou de la même catégorie d'objets que ceux auxquels elle se réfère. »⁵⁰ Qui plus est, l'investisseur visé par l'*APIE Mali-Canada* qui

⁴⁶ *Emilio Agustin Maffezini c Royaume d'Espagne* (25 janvier 2000) CIRDI ARB/97/7.

⁴⁷ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v The United Mexican States* (21 November 2007) ICSID ARB (AF)/04/5.

⁴⁸ *Ibid* aux para 13-36.

⁴⁹ *Ibid* au para 193.

⁵⁰ OCDE, *supra note* 43 à la p 11. Voir aussi : « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session » (Doc NU A/CN4/SR.1333) dans *Annuaire du Commission du droit international* 1975, vol 1, New York, NU, 1957 à la p 165; *Affaire Ambatielos (Grèce c Royaume-Uni)*, Ordonnance, [14 février 1952] CIJ rec 28.

entend se prévaloir des clauses de traitement national et de la nation la plus favorisée, doit apporter une attention particulière à l'article 16 de l'accord, qui permet à une Partie de déroger aux règles générales desdites clauses dans certaines circonstances et relativement à certaines matières.⁵¹

En conclusion, la CNUCED a fait un éloquent résumé des principales caractéristiques juridiques de la clause de la nation plus favorisée, lesquelles sont reproduites dans l'encadré ci-dessous.⁵²

- Il s'agit d'une obligation conventionnelle qui doit être inscrite dans un accord particulier.
- Elle exige de comparer le traitement qui est accordé à deux investisseurs étrangers dans des circonstances similaires.
- Il s'agit par conséquent d'une norme relative qui doit s'appliquer à des situations objectives similaires.
- Elle est régie par le principe *ejusdem generis*, car elle ne peut s'appliquer qu'aux questions relevant du même objet ou de la même catégorie d'objets que ceux auxquels elle se rapporte.
- Elle opère sans préjudice de la liberté contractuelle, de sorte qu'elle ne fait nullement obligation à un État d'accorder à d'autres investisseurs étrangers les incitations ou privilèges spéciaux qu'il a accordés par voie de contrat à un investisseur particulier.
- L'établissement d'une violation de cette règle exige la constatation d'un traitement moins favorable ayant pour fondement ou pour origine la nationalité de l'investisseur étranger.

⁵¹ Exemples d'exceptions générales prévus à l'article 17 : 1. À condition qu'elles ne soient pas appliquées de manière à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre investissements ou investisseurs ou une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement internationaux, le présent accord n'a pas pour effet d'empêcher les Parties d'adopter ou d'exécuter des mesures nécessaires : (a) à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux; (b) à l'exécution de son droit interne compatibles avec les dispositions du présent accord; ou (c) à la conservation des ressources naturelles épuisables, biologiques ou non biologiques. 2. Aucune disposition du présent accord n'a pour effet d'interdire à une Partie d'adopter ou de maintenir en place des mesures raisonnables pour des raisons prudentielles, telles que : (a) la protection des investisseurs, des déposants, des participants aux marchés financiers, des titulaires de police d'assurance, des auteurs d'une demande de règlement fondée sur une police ou des personnes envers lesquelles une institution financière a des obligations fiduciaires; (b) le maintien de la sécurité, de la solidité, de l'intégrité ou de la responsabilité financière des institutions financières; et (c) la préservation de l'intégrité et de la stabilité de son système financier. 3. Aucune disposition du présent accord ne s'applique aux mesures non discriminatoires d'application générale prises par une entité publique aux fins de politiques relatives à la monnaie, au crédit ou au taux de change. Le présent paragraphe ne modifie en rien les obligations d'une Partie aux termes des articles 9 (Prescriptions de résultats) ou 11 (Transferts).

⁵² NU, *Traitement de la Nation la plus favorisée*, Doc off CNUCED (2010) New York et Genève à la p xi.

1.2. Norme minimale de traitement

Les clauses de traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée s'analysent inséparablement avec la clause dite de « norme minimale de traitement ». L'article 6 de l'*APIE Mali-Canada* fait état de cette clause en exigeant des Parties d'accorder aux investissements visés un traitement conforme à la norme minimale de traitement des investissements étrangers en droit international coutumier, y compris le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité intégrale. Il importe de souligner que l'obligation « de protection et de sécurité intégrale » auxquelles réfère l'article 6 s'applique aux États dans de circonstances ordinaires⁵³, et non nécessairement dans des situations de conflits armés. Dans l'affaire *AAPL c Sri Lanka*, le juge Assante a interprété la notion de « protection et de sécurité intégrale » contenue dans une clause de « norme minimale de traitement, en évoquant : « [l]e caractère général de la norme relative à la protection énoncée à l'article 2(2) se traduit par l'absence de toute norme concernant une situation ou une compensation spécifique. Cet article est donc distinct des articles 4 et 5, qui stipulent des normes spécifiques applicables à des situations spéciales, en l'occurrence des pertes imputables à des troubles civils et à l'expropriation. »⁵⁴ Il en résulte que les investisseurs visés doivent se rabattre, dans le cas de l'*APIE Mali-Canada*, sur l'article 7 portant sur l'indemnisation des pertes et ce, advenant notamment un conflit armé ou d'autres situations extraordinaires.

Quant au « traitement juste et équitable » auquel réfère l'article 6, c'est dans la *Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce* (1948)⁵⁵ que cette notion fut

⁵³ Aurélie Ercoli, *La norme du traitement juste et équitable en droit international des investissements*, 2011 à la p 9. En ligne : <https://www.lepetitjuriste.fr/wpcontent/uploads/2011/07/M%C3%A9moire%20Aur%C3%A9lie%20Ercoli%20-%20DI.pdf>. (Consultée le 9 août 2017).

⁵⁴ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c la République du Sri Lanka*, Award (21 June 1990), 4 ICSID Rep 246.

⁵⁵ Commission intérimaire de l'Organisation internationale du commerce, « Charte de la Havane », art. 12 : « Investissements internationaux, Développement économique et Reconstruction », Conférence des Nations Unies sur le Commerce et l'Emploi, Havane, *Doc. E/Conf. 2/78* (1948) à la p 9

employée pour la première fois. L'article 11(2) de cette *Charte* prévoyait que les « investissements étrangers soient assurés d'un « traitement juste et équitable » et disposait que l'Organisation internationale du commerce pourrait recommander et favoriser la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux mesures tendant à assurer un traitement juste et équitable en ce qui concerne l'effort d'entreprise, les compétences techniques, les capitaux, les procédés ou techniques apportés d'un État membre dans un autre. »⁵⁶

Par ailleurs, les dispositions de l'*APIE Mali-Canada* ne précisant pas le contenu de la norme minimale de traitement, sa définition du droit international coutumier ainsi que les principes dégagés des décisions arbitrales constituent les seules sources fiables afin de cerner des contours de cette notion. L'*APIE Mali-Canada* n'est pas le seul accord qui renvoie à la coutume internationale pour comprendre la notion de la norme minimale de traitement; Aurélie Ercoli⁵⁷ affirme qu'aucun traité ne contient une disposition précisant le contenu de la norme minimale de traitement. L'article 1105 l'ALÉNA⁵⁸ ainsi que les dispositions des TBI⁵⁹ auxquels le Canada est Partie renvoient tous au droit international coutumier pour cerner les contours de cette norme. Dans l'affaire *CME (Pays-Bas) c la République tchèque*, le tribunal a statué que « la norme qui permet

⁵⁶ OCDE, *supra* note 43 à la p 4.

⁵⁷ Aurélie Ercoli, *supra* note 53 à la p 9.

⁵⁸ Article 1105 de l'ALÉNA : Norme minimale de traitement : (1.) Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales. (2.) Sans préjudice du paragraphe 1, chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie, et aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie, un traitement non discriminatoire quant aux mesures qu'elle adoptera ou maintiendra relativement aux pertes subies, à cause d'un conflit armé ou d'une guerre civile, par des investissements effectués sur son territoire. (3.) Le paragraphe 2 ne s'applique pas aux mesures existantes relatives aux subventions ou contributions qui seraient incompatibles avec l'article 1102 si ce n'était de l'alinéa 1108(7)(b).

⁵⁹ *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Bénin concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*, 8 janvier 2013, RT Can 2014 no13 (entré en vigueur : 12 mai 2014) à l'art 7; *Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie*, 21 novembre 2008 RT Can 2011 no 1 (entré en vigueur : 15 août 2011) à l'art 805; *Accord entre le Canada et la République du Cameroun concernant la promotion et la protection des investissements*, 3 mars 2014, RT Can 2016 no 15 (entré en vigueur : 16 décembre 2016) à l'art 7.

d'établir le caractère juste et équitable des actes n'est pas déterminée par l'autorité qui pose l'acte en fonction des normes applicables à ses ressortissants, mais par le droit international ». ⁶⁰

Le droit international coutumier définit cette norme en renvoyant « à l'idée selon laquelle les États doivent respecter un ensemble de principes à l'égard des ressortissants étrangers présents sur leur territoire mais également à leurs biens. À défaut, l'État viole une obligation internationale et engage sa responsabilité. » ⁶¹ Dans l'affaire *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil (US) c Estonie*, le tribunal a interprété cette norme en statuant qu'« en droit international, cette obligation est généralement comprise comme fournissant une norme fondamentale et générale distincte du droit interne de l'État d'accueil. Bien que le contenu exact de la norme ne soit pas bien défini, le Tribunal considère qu'il s'agit véritablement d'une norme minimale. » ⁶²

Quant aux pouvoirs des tribunaux judiciaires et arbitraux en matière d'interprétation de la « norme minimale de traitement, une décision rendue par le CIRDI sous l'article 1105 de l'ALÉNA a établi clairement les règles à suivre. En effet, dans l'affaire *Mondev International LTD c les États-Unis d'Amérique*, le CIRDI a conclu que « [...] le tribunal doit prendre en compte la norme minimale établie par la pratique des États et la jurisprudence des tribunaux arbitraux. Il ne peut pas se borner à adopter sa propre norme pour déterminer ce qui est « juste » et « équitable », sans se reporter à des sources de droit établies. » ⁶³ Toutefois, la question se pose de savoir si un investisseur visé peut se prévaloir du droit international coutumier en l'absence d'une disposition expresse portant sur la « norme minimale de traitement » dans le TBI.

⁶⁰ *CME (Pays-Bas) c la République tchèque* (13 septembre 2001). CNUDCI (décision Partielle). Voir aussi : OCDE, *supra* note 43 aux pp 16-17.

⁶¹ Aurélie Ercoli, *supra* note 53 à la p 41.

⁶² *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil Genin c la République d'Estonie*, (25 juin 2001) (décision) CIRDI ARB/99/2 [demande en révision rejetée]. Voir aussi : OCDE, *supra* note 43 à la p 16.

⁶³ *Mondev International LTD c les États-Unis d'Amérique*, (11 octobre 2002) (décision) CIRDI ARB(AF)/99/2.

1.3. Expropriation directe et indirecte des investissements étrangers

La protection des investissements étrangers contre l'expropriation a toujours fait l'objet d'une importance capitale en droit international de l'investissement. Elle demeure le centre de gravité d'un débat juridique sans répit relativement aux relations entre, d'une part, les nouveaux États indépendants et en développement qui accueillent les investisseurs étrangers sur leurs territoires, et d'autre part, ces investisseurs étrangers provenant des États développés, dont certains sont des anciens colonisateurs de l'autre Partie au traité. À cet effet, l'on ne peut ignorer le rapport de force qui gouverne les relations de droit entre les États hôtes et les investisseurs étrangers. Pour juguler, du moins pour mitiger, ce rapport de force, les TBI prévoient des dispositions encadrant les conditions dans lesquelles un État peut procéder à l'expropriation des investissements étrangers. Ces mesures constituent une réponse au « droit international coutumier », qui n'empêche pas les États hôtes d'exproprier les investisseurs étrangers à condition que: « la prise de possession de l'investissement soit effectuée à une fin publique, stipulée par la loi, d'une façon non discriminatoire et elle s'accompagne d'une indemnisation. »⁶⁴

La protection contre l'expropriation est régie tant par les TBI que par le droit interne de l'État-hôte. En l'espèce, l'article 10 et l'annexe B.10 de l'*APIE Mali-Canada* souscrivent aux conditions précitées pour exproprier directement ou indirectement un investisseur étranger et aux mesures d'indemnisation des investisseurs lésés. En outre, ils font état des opérations non visées par les dispositions relatives à l'expropriation.⁶⁵

⁶⁴ OCDE, *L'"expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement*, Documents de travail sur l'investissement international no 2004/4 (2004) à la p 3.

⁶⁵ L'art 10 (5) de l'*APIE Mali-Canada* codifie que les dispositions relatives l'expropriation ne s'appliquent pas à la concession de licences obligatoires relativement à des droits de propriété intellectuelle ni à la révocation, à la restriction ou à la création de droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où cette concession, révocation, restriction ou création est conforme à l'Accord sur l'OMC.

Pour ce qui est du droit interne malien, la première référence en matière d'expropriation est la *Loi constitutionnelle*, qui garantit, d'une part, le droit de la propriété et détermine que l'expropriation ne peut s'effectuer « que pour cause d'utilité publique et contre une juste et préalable indemnisation (article 13) », et d'autre part, « la liberté d'entreprise dans le cadre des lois et règlements en vigueur (article 14). »⁶⁶ Ainsi, le *Code des investissements du Mali* définit un investisseur à son article 2 : « Toute personne, physique ou morale, de nationalité malienne ou étrangère, réalisant dans les conditions définies dans le cadre du présent Code, des opérations d'investissement sur le territoire de la République du Mali. »⁶⁷ Il est déductible de cette définition que l'investisseur étranger est régi par ledit *Code*, qui prescrit explicitement à ses articles 7 et 8 les droits des investisseurs contre notamment l'expropriation, ainsi que les obligations de l'État quant au respect des droits de propriété individuelle ou collective.⁶⁸ Ces dispositions sont aussi codifiées dans le *Code domanial et foncier du Mali*⁶⁹ et dans le *Code des hydrocarbures du Mali*⁷⁰ qui, tous, s'appliquent à l'investissement étranger.

Par ailleurs, toute opération visant à déposséder un investisseur étranger de son droit de propriété n'aboutit pas nécessairement à l'expropriation *stricto sensu*; d'où l'importance de définir cette notion. Selon le tribunal arbitral dans l'affaire *Metalclad* :

L'expropriation, aux termes de l'ALÉNA inclut non seulement des prises de possession de biens ouvertes, délibérées et reconnues, telles qu'une saisie pure et simple ou un transfert formel ou obligatoire d'un titre de propriété en faveur de l'État hôte, mais aussi une atteinte dissimulée ou

⁶⁶ *Constitution du Mali*, Décret N° 92-0731 P-CTSP portant promulgation de la Constitution.

⁶⁷ *Code des Investissements du Mali*, Loi n° 2012-016/ du 27 février 2012 portant Code des investissements du Mali.

⁶⁸ *Ibid* à l'art 7: Protection des droits de propriété L'État garantit le respect des droits de propriété individuelle ou collective. L'investisseur est garanti contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition de son entreprise, sauf pour cause d'utilité publique. Le cas échéant, l'investisseur bénéficiera d'une indemnisation conformément aux lois et règlements applicables en la matière. Art 8: Stabilité. L'État s'engage à instaurer et à maintenir un environnement favorable aux investisseurs dont les projets sont agréés au présent Code.

⁶⁹ *Code domanial et foncier*, Loi n° 2016-025 du 14 juin 2016 portant Code domanial et foncier. Voir les articles 31 et suivants relativement aux conditions de l'expropriation; et l'article 120 pour l'indemnisation du détenteur du droit réel inscrit.

⁷⁰ *Code des hydrocarbures du Mali*, Loi n° 2015-035 du 16 juillet 2015 portant organisation de la recherche, de l'exploitation et du transport des hydrocarbures. Voir les Articles 65 et 66.

fortuite à l'utilisation du bien qui a pour effet de priver le propriétaire, en totalité ou en grande Partie, de l'exploitation de l'avantage économique qu'il est raisonnable d'attendre dudit bien, même si l'État hôte n'en retire pas nécessairement un avantage évident.⁷¹

L'on distingue deux sortes d'expropriation, à savoir l'expropriation directe et indirecte. Elle est directe « lorsqu'un investissement est nationalisé ou qu'il fait l'objet d'une expropriation directe par le biais d'un transfert officiel du titre ou d'une saisie physique pure et simple ». ⁷² Selon l'OCDE, l'expropriation directe ne fait plus l'objet de différends, lesquels portent essentiellement « sur la réglementation de l'investissement étranger et l'expropriation indirecte ». ⁷³ Cette dernière est définie expressément à l'annexe B.10(a) de l'*APIE Mali-Canada* ⁷⁴, qui dispose que « l'expropriation indirecte résulte d'une mesure ou d'une série de mesures d'une Partie qui ont un effet équivalent à l'expropriation directe sans transfert formel de titre ou confiscation pure et simple ». L'aspect légal ne constitue donc pas la seule palette sur laquelle repose sur l'expropriation, car la définition précitée vient confirmer qu'elle peut aussi « résulter d'un acte matériel, ou d'une série d'actes matériels, dépourvus de toute base légale. Mais il faut que cet acte matériel ou cette série d'actes matériels affecte gravement l'exercice par l'investisseur de ses droits sur son investissement. » ⁷⁵ Cette question d'incidence grave des droits de l'investissement fut abordée dans l'affaire *Pope & Talbot*, où le tribunal arbitral sous la présidence de l'honorable Lord Dervaird a conclu qu' : « [...] une simple atteinte ne constitue pas une expropriation; il faut qu'il y ait un degré élevé de privation des droits de propriété fondamentaux. » ⁷⁶ Au demeurant, les

⁷¹ *Metalclad Corporation v The United Mexican States*, ICSID ARB(AF)/97/1 (décision du Tribunal du 30 août 2000). Voir aussi : OCDE, *supra* note 64 à la p 17.

⁷² OCDE, *supra* note 64 à la p 3.

⁷³ *Ibid* à la p 2.

⁷⁴ Les dispositions relatives à l'expropriation contenues dans les deux accords sont formulées sémantiquement de façon quasi-identique et produisent les mêmes degrés d'effets juridiques.

⁷⁵ Patrick Juillard, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements » (2004) 50 : 669 AFDI aux pp 675-676.

⁷⁶ *Pope & Talbot, Inc. c Le gouvernement du Canada*, décision provisoire (26 juin 2000) (sentence arbitrale) aux pars 96 à 98. Voir aussi : OCDE, *supra* note 64 à la p 13.

tribunaux judiciaires et arbitraux jouissent d'un pouvoir d'interprétation large pour « établir si une mesure ou une série de mesures d'une Partie constituent une expropriation indirecte »⁷⁷, et ce, parce qu'ils doivent faire un examen au cas par cas, en plus d'effectuer une enquête sur les faits où un certain nombre de facteurs, énumérés de façon non exhaustive, sont pris en considération.⁷⁸

L'affaire *Bernhard von Pezold and Others v Zimbabwe*⁷⁹ concernait des réclamations découlant de l'expropriation par le gouvernement sans compensation de trois propriétés appartenant aux demandeurs, y compris des entreprises forestières et agricoles, dans le cadre du programme de réforme agraire de l'an 2000 au Zimbabwe. Dans sa décision, le tribunal arbitral a d'abord évoqué que les critères donnant lieu à l'expropriation sont cumulatifs et qu'en l'espèce, celui de la juste compensation n'a pas été respecté.⁸⁰ Sur cette base, il a condamné le Zimbabwe en tranchant qu'« [i]l est clair qu'aucune compensation n'a été payée pour les biens et donc que l'expropriation n'a pas rempli les critères légaux. Le Tribunal a rejeté l'argument de l'intimé selon lequel l'utilisation des biens constitue une compensation pour l'expropriation [...] »⁸¹ Une conclusion similaire a été retenue dans l'affaire *Rusoro Mining Ltd. v Venezuela*, qui portait sur des réclamations découlant de la promulgation par le gouvernement d'une série de mesures qui auraient compromis le régime légal de commerce de l'or au Venezuela et abouti à la nationalisation et au contrôle des investissements de Rusoro au Venezuela sans compensation.⁸²

⁷⁷ L'annexe B.10 (b) de l'APIE *Mali-Canada*.

⁷⁸ *Ibid* Ces facteurs sont entre autres: i) les effets économiques de la mesure ou de la série de mesures, encore que le fait que la mesure ou la série de mesures de la Partie aient un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffise pas à lui seul à établir qu'il y a eu expropriation indirecte; ii) la mesure dans laquelle la mesure ou la série de mesures portent atteinte aux anticipations définies et raisonnables sous-tendant l'investissement; iii) la nature de la mesure ou de la série de mesures.

⁷⁹ *Bernhard von Pezold and Others v Republic of Zimbabwe*, (28 July 2015) ICSID ARB/10/15.

⁸⁰ *Ibid* au para 496.

⁸¹ *Ibid* au para 497.

⁸² *Rusoro Mining Ltd. v Bolivarian Republic of Venezuela*, (22 August 2016) ICSID ARB(AF)/12/5 au para 410.

2. Portée de la protection des investissements étrangers en cas de conflits armés

Les différentes clauses de protection étayées dans les sections précédentes sont invoquées dans des situations ne constituant pas un conflit armé, une guerre civile ou une catastrophe naturelle. Dans cette perspective, force est de recourir à d'autres dispositions ainsi qu'à d'autres textes juridiques afin de cerner les contours de ces situations dites extraordinaires.

2.1. Protection des investissements étrangers en vertu de l'APIE Mali-Canada

« Il n'existe pas de lien évident ou explicite entre le droit international de l'investissement et le droit applicable aux situations de conflits armés ou d'hostilités. Pourtant, les règles relatives à la protection des investisseurs étrangers ne sont pas automatiquement suspendues dès la survenance d'un conflit armé. »⁸³ Les TBI contiennent généralement des clauses visant à sauvegarder les intérêts des investisseurs étrangers dans des situations extraordinaires, telles que les conflits armés.⁸⁴ Toutefois, l'*APIE Mali-Canada* ne contient aucune disposition portant spécifiquement sur la protection et la sécurité des investissements étrangers lorsque survient notamment un conflit armé. Cette absence d'indication précise ne doit pas signifier que les investisseurs étrangers sont démunis de toute protection de l'État hôte advenant un risque majeur. *A contrario*, elle peut s'interpréter comme permettant aux investisseurs étrangers d'invoquer en tout temps les dispositions générales portant sur leur sécurité intégrale et leur protection, sous réserve des exceptions générales prévues notamment à l'article 17(4) b) ii. L'un des points essentiels contenus dans celui-ci prône la possibilité pour l'État hôte d'adopter des mesures visant à protéger ses intérêts essentiels en matière de sécurité en temps de guerre ou de tensions internationales, et ce,

⁸³ Freya Baetens, « When international rules interact: International investment law and the law of armed conflict » (2011) 3 (1) Treaty News 11 à la p 11.

⁸⁴ Christoph Schreuer, « The Protection of Investments in Armed Conflicts » (2012) 9 TDM 3 à la p 3.

nonobstant toute autre disposition de l'accord.⁸⁵ Il faut rappeler que « les règles internationales relatives à l'encadrement des risques politiques, en particulier les atteintes à la sécurité nationale, laissent aux États une certaine marge de manœuvre afin de protéger leurs intérêts essentiels. »⁸⁶ Toutefois, cette latitude à caractère auto-interprétatif ne confère pas à l'État-hôte la discrétion absolue de déterminer subjectivement ce que constituent les intérêts essentiels de sa sécurité ou de se soustraire arbitrairement de ses engagements internationaux, d'autant plus qu'il s'agit d'une clause qui doit s'interpréter de façon restrictive.⁸⁷ L'affaire de *l'usine de Chorzow* prévient que « c'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer. »⁸⁸

Les TBI prévoient des dispositions portant sur l'indemnisation des pertes subies dans des situations extraordinaires. L'article 7 de l'*APIE Mali-Canada* va dans ce sens, mais limite sa portée aux seules situations de conflit armé, de guerre civile ou de catastrophe naturelle. Or, l'environnement politique de certains États africains, y compris le Mali, est menacé par d'autres sources d'insécurité juridique susceptibles de porter atteinte aux droits des investisseurs étrangers. C'est pourquoi l'*Accord entre la Confédération Suisse et la République de Gambie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*⁸⁹ prévoit une clause de réparation plus large, en incluant,

⁸⁵ Article 17 (4) b) ii de l'*APIE Mali-Canada*: Aucune disposition du présent accord n'a pour effet : b) d'empêcher une Partie de prendre toutes mesures qu'elle estime nécessaires à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité : ii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale.

⁸⁶ Régis Bismuth, « L'internationalisation du capitalisme d'État en question : Les failles de l'encadrement juridique des risques politiques et économiques posés par les investissements souverains étrangers (entreprises d'État et fonds souverains) » (2014) 45 : 3 IQHEI à la p 383.

⁸⁷ *Ibid* aux pp 384-385.

⁸⁸ Arrêt (fond) de la Cour permanente de justice internationale, *Affaire relative à l'usine de Chorzow (Allemagne c. Pologne)*, série A : 17, 13 septembre 1928, p 29.

⁸⁹ *Accord entre la Confédération Suisse et la République de Gambie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*, 22 novembre 1993 (entré en vigueur : 30 mars 1994).

outre le conflit armé et la guerre civile, la révolution populaire, l'état d'urgence et la révolte.⁹⁰ Il en est ainsi de l'*Accord entre la République du Congo et le Royaume d'Espagne sur la promotion et la protection réciproques des investissements*⁹¹ qui, par ailleurs, semble plus large et exhaustif. En plus d'énumérer les événements pouvant donner lieu à l'indemnisation des pertes subies, il ouvre la voie aux motifs analogues « [...] ou tout événement similaire ».⁹²

Suivant les exemples précités, l'article 7 de l'*APIE Mali-Canada* peut être problématique dans le cas où la réparation réclamée par un investisseur canadien ne résulterait pas d'un conflit armé, d'une guerre civile ou d'une catastrophe naturelle mais, par exemple, d'une simple révolte des villageois n'appréciant pas l'exploitation d'une corporation canadienne dans leur localité, ou encore d'une attaque terroriste susceptible de menacer les intérêts canadiens au Mali. Ce dernier cas rappelle l'attaque terroriste contre l'hôtel Radisson Blu à Bamako, dont la cible majeure était les investisseurs étrangers.⁹³ Le Mali connut plusieurs autres attaques terroristes ciblant les étrangers, comme exemple l'abjecte attaque terroriste contre le restaurant-bar La Terrasse à Bamako⁹⁴, lieu fréquenté par les ressortissants des pays étrangers. Face à ces actes odieux, l'Union

⁹⁰ *Ibid* à l'art 5(2): « Les investisseurs de l'une des Parties Contractantes dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence ou révolte, survenus sur le territoire de l'autre Partie Contractante, bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement conforme à l'article 3, alinéa (2), du présent Accord en ce qui concerne la restitution, l'indemnisation, la compensation ou toute autre contre Partie valable.»

⁹¹ *Accord entre la République du Congo et le Royaume d'Espagne sur la promotion et la protection réciproques des investissements*, 18 décembre 2008 à l'art 6.

⁹² *Ibid* à l'art 6(1) : « Les investisseurs de l'une des Parties contractantes dont les investissements sur le territoire de l'autre Partie contractante auraient subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence nationale, insurrection, révolte ou tout autre événement similaire bénéficieront, à titre de restitution, indemnité, compensation ou autre accord, d'un traitement non moins favorable que celui que la dernière Partie contractante accorde à ses propres investisseurs ou des investisseurs de tout État tiers, si celui-ci est plus avantageux. Les versements résultants devront être librement transférables. »

⁹³ Union africaine : « Analyse préliminaire sur l'attaque contre un hôtel à Bamako », ACSRT/Incident-Preliminary-Analysis-0011-2015, Alger, 22 novembre 2015. En ligne : <http://www.malicom.net/wp-content/uploads/2015/11/11-Bamako-Radisson-Pre-Analysis-rev-8.pdf>. Consulté le 13 décembre 2017.

⁹⁴ Jeune Afrique, <http://www.jeuneafrique.com/depeches/226142/politique/attentat-de-bamako-une-attaque-inedite-dans-la-capitale-du-mali/>. Consulté le 13 décembre 2017.

africaine a affirmé que « [...] l'une des ambitions du Gouvernement Malien consistant à attirer les investisseurs risquerait d'être compromise à cause des groupes terroristes ». ⁹⁵

Bien que la responsabilité de l'État malien puisse être engagée dans les situations précitées conformément au droit international public, l'*APIE Mali-Canada* aurait pu emboîter les pas aux accords susmentionnés, qui tiennent compte de la particularité du climat politique de certains États d'Afrique pour prévoir des motifs analogues dans leurs dispositions ayant trait à l'indemnisation pour les pertes subies. Il s'est plutôt inscrit dans la logique de l'article 1105 de l'ALÉNA, qui prévoit une clause d'indemnisation à portée encore plus restreinte. ⁹⁶ Pourtant, d'autres TBI conclus par le Canada, antérieurement à l'adoption du *Modèle Canadien de l'APIE de 2004*, prévoient des clauses d'indemnisation plus protectrices des investisseurs. À titre d'exemples, l'*APIE Argentine-Canada* prévoit, à son article 6, une indemnisation en cas de « conflit armé, une révolution, des troubles civils, un État d'urgence nationale ou une catastrophe. » ⁹⁷ Quant à l'*APIE Canada-Fédération de Russie* ⁹⁸, il édicte une clause de compensation de pertes plus ouverte par l'inclusion de motifs analogues « [...] ou à toute autre situation d'effets similaires ».

La portée restreinte de l'article 7 de l'*APIE Mali-Canada*, comparativement à certains TBI, ne peut cependant servir de moyen de défense à l'État-hôte pour éluder sa responsabilité relative aux destructions des investissements étrangers causées sur son territoire par des populations mécontentes, par exemple. Tel qu'expliqué dans la section 1.2 de ce chapitre, la disposition ayant

⁹⁵ Union africaine, *supra* note 93 à la p 4.

⁹⁶ ALÉNA, *supra* note 26. Les mêmes dispositions se retrouvent à l'article 8.11 de l'*Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne (UE)*, 2016, lequel fait état d'indemnisation « des pertes en raison d'un conflit armé, d'un conflit civil, d'un état d'urgence ou d'une catastrophe naturelle sur son territoire... ».

⁹⁷ *Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République d'Argentine sur l'encouragement et la protection des investissements*, RT Can 1993 no 11.

⁹⁸ *Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements*, RT Can 1991 No 31 à l'art 5.

trait aux protection et sécurité intégrales semble constituer un levier solide pour les investisseurs en de circonstances ne constituant pas une guerre, un conflit armé ou une catastrophe naturelle.

2.2. Protection des investissements étrangers en droit international

L'applicabilité des TBI pendant les conflits armés est indubitablement l'épine dorsale de l'interaction entre deux branches, autonomes l'une de l'autre, du droit international public, à savoir le droit international de l'investissement et le droit international humanitaire [ci : après : DIH]. L'une des questions fondamentales qui interpellent la communauté juridique et judiciaire en la matière consiste à déterminer si le droit international de l'investissement doit ou non s'éclipser au profit du DIH, lorsque l'État-hôte est plongé dans une situation de conflits armés ou de guerre susceptible de porter gravement atteinte aux droits des investisseurs étrangers sur son territoire. En d'autres mots, le droit des conflits armés prévaut-il sur le droit des investissements advenant une situation de conflits armés?

Face à cette épineuse question qui met à découvert le fossé juridique provoqué entre autres par le développement récent et fulgurant du droit international de l'investissement, la Commission du droit international à sa soixante-troisième session a soumis en 2011 à l'Assemblée générale des Nations-Unies,⁹⁹ le *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités (Projet d'articles)*.¹⁰⁰ Une innovation constatée dans ce celui-ci est le champ d'interprétation et d'application large d'un « conflit armé », pour y inclure tant les conflits armés internationaux que non internationaux (conflits internes).¹⁰¹ En effet, sa définition codifiée à l'article 2(b) est inspirée

⁹⁹ « Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires y relatifs » dans *Annuaire de la Commission du droit international* 2011, vol II (2), New York, NU, 2011.

¹⁰⁰ *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires y relatifs*, supra note 19.

¹⁰¹ Christoph Schreuer, supra note 84, aux pp 1-2.

de celle donnée par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'*Affaire Tadić*¹⁰², selon laquelle « un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État. »

Le *Projet d'articles* crée un principe général « de la stabilité et la continuité juridiques »¹⁰³ des traités en affirmant que l'existence d'un conflit n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application non seulement entre les États Parties au conflit mais aussi entre un État Partie au conflit et un État qui ne l'est pas.¹⁰⁴ Il fait état d'une liste indicative de traités qui demeurent en vigueur et qui continuent de produire leurs effets juridiques en tout temps au cours d'un conflit armé.¹⁰⁵ Les traités de commerce, notamment les TBI, sont couverts par ladite liste.¹⁰⁶

Les dispositions précitées viennent clore le vieux débat entre, d'une part les juristes pro-investisseurs qui prônent le maintien des TBI nonobstant la situation qui prévaut, et d'autre part les pans du droit humanitaire qui soutiennent la suspension pure et simple des TBI lorsque survient un conflit armé. En outre, le *Projet d'articles* analyse avec un certain scepticisme tout raisonnement juridique qui défend l'existence d'un conflit normatif, voire la hiérarchisation des normes juridiques internationales, voulant mettre le DIH en haut de la pyramide en tout temps au cours

¹⁰² *Affaire IT-94-1, Le Procureur c Duško Tadić alias 'DULE*, 1 TPIY JR 352, (2 octobre 1995) au para 70 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, chambre d'appel).

¹⁰³ « *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires y relatifs* », *supra* note 99 à la p 15.

¹⁰⁴ *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires y relatifs*, *supra* note 19 à l'art 3.

¹⁰⁵ *Ibid* à l'art 7.

¹⁰⁶ *Ibid* à l'annexe (para e).

d'un conflit armé. À cet effet, il stipule que « lorsque le traité lui-même contient des dispositions portant sur son application dans des situations de conflit armé, ces dispositions s'appliquent. »¹⁰⁷

Le respect des traités en tout temps, y compris au cours d'un conflit armé, découle d'un principe général du droit international codifié à l'article 26 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités : Pacta sunt servanda*. Ce principe dispose que « tout traité en vigueur lie les Parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. »¹⁰⁸ Si la validité du droit conventionnel, en l'espèce les TBI, repose sur la norme coutumière *Pacta sunt servanda*¹⁰⁹, cela n'enlève pas aux États le droit de mettre fin à un traité auquel ils sont Parties, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application par suite d'un conflit armé.¹¹⁰ Cependant, l'exercice de ce droit contenu dans le *Projet d'articles* est soumis à des procédures dont la violation peut entraîner son extinction.

Les différentes mesures du *Projet d'articles* viennent conforter la protection des investissements étrangers face à un conflit armé. Le fait que les investisseurs étrangers ne peuvent pas adopter un traité avec un État ne saurait constituer le seul motif pour conclure que les droits des États sont exercés de façon absolue à leur dépend. Pour preuve, si les États peuvent suspendre ou éteindre un traité dans certaines situations et suivant les procédures y afférentes, les obligations auxquelles ils sont assujettis vis-à-vis des investisseurs étrangers demeurent en tout temps, y compris au cours d'un conflit armé.¹¹¹

¹⁰⁷ *Ibid* à l'art 4.

¹⁰⁸ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 35 à l'art 26.

¹⁰⁹ Julio A. Barberis, « La liberté de traiter des États et le jus cogens » (1970) 30 :19 *ZaöRV* à la p 24.

¹¹⁰ *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires y relatifs*, *supra* note 19 aux arts 9, 11 et 12.

¹¹¹ *Ibid* à l'art 10.

D'un autre côté, les investissements étrangers sont protégés par l'entremise des garanties offertes par la *Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements*¹¹², laquelle fut ratifiée par le Canada le 29 octobre 1987 et par le Mali le 5 octobre 1990. L'*Agence Multilatérale de Garantie des Investissements*, instituée par cette *Convention*, est perçue comme « la réalisation concrète [du] désir [des États] de sécuriser l'investissement international, de sa constitution jusqu'à sa liquidation, pour accroître son flux en direction des pays en développement. »¹¹³ Pour ce faire, elle peut garantir les pertes qui résultent entre autres de risques : de transfert, d'expropriation et autres mesures analogues, de rupture de contrat, et de conflits armés et troubles civils.¹¹⁴

À l'aune de cette période parsemée de violences de tout acabit, il est patent que la couverture relative au risque de conflits armés, de troubles civils ou de tout événement similaire, serait l'une des couvertures les plus importantes aux yeux des investisseurs étrangers ayant des investissements dans les pays en développement. En effet, cette couverture s'étend des « pertes résultant de la dégradation, de la destruction ou de la disparition de biens corporels à la suite d'actions militaires ou de troubles civils dans le pays d'accueil ayant une motivation politique, tels que les révolutions, insurrections, coups d'état, actes de sabotage et de terrorisme. »¹¹⁵ L'adoption d'une telle *Convention* par les États, en général, et l'inclusion d'une telle couverture, en particulier, est la preuve palpable que les mécanismes traditionnels ne prodiguent pas une protection suffisante et

¹¹² *Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements*, 11 octobre 1985 RO 1989 641; FF 1987 I 134, Séoul, 1985.

¹¹³ Dème Baba Hamady, *La garantie internationale des investissements étrangers dans le cadre de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI)*, mémoire de Master II recherche en droit international public, Université Jean Moulin Lyon3, Faculté de Droit, 2009 [non publié] à la p 7.

¹¹⁴ *Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements*, supra note 112 à l'art 11.

¹¹⁵ World Bank Group, Multilateral Investment Guarantee Agency, *Guide de Garanties des investissements* (2010) Washington, DC aux pp 6-7.

susceptible de stimuler les investissements dans les pays en développement.¹¹⁶ Or, ces derniers, pour la plupart, sont jusque-là retranchés dans les méandres des fléaux pouvant rendre les investissements risqués et contre-productifs. À cet effet, l'on peut se fier au *statu quo* au Mali, qui est envahi d'embuches dues aux crises multiformes qui y sévissent.

En somme, force est de concéder que la coexistence de l'*APIE Mali-Canada* avec notamment la *Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements* ainsi que le *Projet d'articles* constitue une complémentarité en ce qui a trait à la protection juridique des investissements, en sus d'être des indices clairs de la volonté des États de renforcer le cadre juridique favorable des investissements étrangers sur leur territoire, sans égard au climat politique.

¹¹⁶ Dème Baba Hamady, *supra* note 113 à la p 7.

CHAPITRE II

DROITS ET OBLIGATIONS DES INVESTISSEURS ÉTRANGERS DANS L'ÉTAT D'ACCUEIL

Face aux différents risques politiques dans les États hôtes, il importe de déterminer si les investisseurs étrangers sont bénéficiaires des droits fondamentaux, dont l'économie générale aura pour finalité de se prémunir desdits risques. Par ailleurs, faire des investisseurs étrangers des titulaires de droits fondamentaux leur confère tout autant de devoirs ; et si les investisseurs étrangers les revendiquent, ils ne peuvent pas en priver les autres et doivent respecter leur exercice par autrui.¹¹⁷

1. Droits fondamentaux des investisseurs étrangers

L'étude des droits fondamentaux des investisseurs étrangers appelle à une certaine prudence. Dans cette perspective, il est requis de définir *a priori* l'investisseur étranger et d'aborder *a posteriori* les droits fondamentaux auxquels peut prétendre celui-ci. Plusieurs termes sont utilisés à tort et à travers par les juristes pour désigner un investisseur étranger. Sans faire une liste exhaustive desdits termes, il sied de retenir certaines qualifications, soit : l'entreprise multinationale, la société multinationale, le *Partnership*, la compagnie étrangère, la corporation multinationale ou encore la personne morale de droit privé. L'usage imprudent de ces termes bien précis peut donner ouverture à une confusion juridique.

En l'espèce, l'on se remet à la définition donnée par l'*APIE Mali-Canada*. Son article premier prévoit que « l'investisseur d'une Partie s'étend d'un ressortissant ou d'une entreprise d'une Partie

¹¹⁷ Garcia Kiteri, « Les droits fondamentaux des personnes morales » (2013) Institut Universitaire Varenne, LGDJ à la p 82.

qui cherche à faire, fait ou a fait un investissement ».¹¹⁸ Ainsi, l'investisseur étranger n'est pas nécessairement synonyme d'une personne morale – ou en anglais « *Legal person* » – laquelle possède une personnalité juridique distincte de celle de ses membres. Cette définition réfère non seulement au ressortissant mais aussi à l'entreprise d'une Partie. Le premier étant une personne physique et la seconde incluant tant les personnes morales que les sociétés de personnes et notamment les entreprises individuelles.¹¹⁹ Alors, de quel investisseur étranger s'agit-il en l'espèce? une personne morale? une entreprise individuelle? une société de personnes? un ressortissant d'un État Partie?

Dans le cas d'une entreprise individuelle, d'une société de personnes ou d'un ressortant d'une Partie, il y a absence de personnalité juridique distincte. Cela sous-entend que leurs droits fondamentaux se confondent avec ceux d'une personne physique, lesquels sont garantis par des lois constitutionnelles, des lois ordinaires nationales, ainsi que par des instruments juridiques internationaux.¹²⁰ Il n'y a donc pas lieu de s'y attarder dans le présent travail. *Quid* des droits fondamentaux de l'investisseur étranger qui est une personne morale, aussi appelée « corporation transnationale »?

La personnalité juridique distincte des corporations a été reconnue en tant que concept du droit international dans l'affaire *Barcelona Traction*¹²¹, où la CIJ s'est inspirée des principes du droit

¹¹⁸ *Accord entre le Canada et le Mali concernant la promotion et la protection des investissements*, supra note 18.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ En droit international général, ces textes concernent essentiellement *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, RT Can 1976 no 47, 6 ILM 368 (entrée en vigueur : 23 mars 1976); *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 13, RT Can 1976 no 46 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976); *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés AG 217 (III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp no 13, Doc NU A/810 (1948) 71. Qui plus est, le droit international coutumier établit des règles que les États doivent respecter, afin de protéger les étrangers notamment contre l'expropriation indirecte. Tel que susdit, ces normes coutumières prévoient que l'expropriation n'est valide que si : elle est faite à une fin publique, prévue par la loi, d'une façon non discriminatoire et elle s'accompagne d'une indemnisation.

¹²¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (1970) 50 CIJ rec 3 à la p. 3.

interne pour adopter une position qui écarte résolument toute identification de l'actionnaire à la corporation : « [c]'est sur une stricte distinction entre deux entités séparées, la société et l'actionnaire, chacune dotée d'un ensemble de droits distincts, que repose la notion de société anonyme et que se fonde sa structure. »¹²² La CIJ demeura intarissable sur sa position relative à la nature distincte de la personnalité juridique des corporations dans l'affaire *Ahmadou Diallo (République de Guinée c République démocratique du Congo)*.¹²³

Nonobstant cette distinction, l'on serait tenté, sans coup-férir, d'assimiler les droits fondamentaux des personnes morales à ceux des personnes physiques. Ces droits peuvent être perçus comme une extension des droits subjectifs initialement dévolus aux individus tant par le droit interne que par le droit international. La fondation même de la personnalité morale repose sur la liberté « des individus » de s'associer.¹²⁴ De Boulois ajoutera qu'il s'agit d'une « transmutation des libertés collectives des membres en droits fondamentaux de l'entité personnifiée. »¹²⁵

Cependant, cette assimilation des droits ne saurait donner lieu à la confusion des droits, dans la mesure où les droits des personnes morales demeurent limitatifs par rapport à ceux des individus. Dans le contexte canadien, « le libellé d'une disposition »¹²⁶ de la *Charte canadienne des droits et personnes*¹²⁷ constitue un indicateur important pour déterminer si une personne morale peut invoquer un droit fondamental. Ainsi, « des termes tels « chacun », « toute personne » ou « tout

¹²² *Ibid* au para 41.

¹²³ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c République démocratique du Congo) (Objections préliminaires)* (2006) CIJ Rec 26 au para 61. Voir également: Peter Muchlinski, « Corporation in International Law » (2012) Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press à la p 1.

¹²⁴ Hubert Koki Kouamé, *Les droits fondamentaux des personnes morales dans la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse de doctorat en droit, Université de La Rochelle, 2011 [non publié] aux pp 66-67.

¹²⁵ Xavier Dupré De Boulois, « Les droits fondamentaux des personnes morales » (2011) 15 RDLF. Voir aussi : Gracia Kiteri, *supra* note 107 à la p 80.

¹²⁶ Christian Brunelle et Mélanie Samson, « Droit public et administratif » (2017-2018) 8 École du Barreau du Québec à la p 47.

¹²⁷ *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11

inculpé » peuvent viser à la fois les personnes physiques et morales. En revanche, des expressions comme « tout être humain » ou « tout citoyen canadien » n'englobent vraisemblablement pas les personnes morales. »¹²⁸

Même en présence d'une telle disposition décrivant de façon large un bénéficiaire, l'analyse du contexte et de l'objectif poursuivi par la disposition doit guider notre interprétation. Par exemple, l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹²⁹ prévoit que « toute personne a le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne ». « Même si l'expression « toute personne » peut inclure vraisemblablement les personnes morales »¹³⁰, il est évident que l'intention du législateur tend vers leur exclusion. Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd.*, la Cour suprême du Canada a décidé que, « pour qu'une personne morale puisse faire valoir un droit conféré par la *Charte*, il faut qu'elle prouve qu'elle a un intérêt qui est compris dans la portée de la garantie et qui s'accorde avec l'objet de la disposition. »¹³¹

Cette précision fait rappeler que les entreprises non incorporées et dont les droits sont confondus avec ceux de leurs membres, bénéficieraient probablement des droits plus larges dans le droit interne. Cela serait dû à la nature de ces entreprises, démunies de la personnalité juridique; toute atteinte ou violation à leur encontre pourrait ouvrir la voie à leurs membres (personnes physiques) d'exercer directement des recours sur la base d'une atteinte ou violation de leurs propres droits fondamentaux.

¹²⁸ Christian Brunelle et Mélanie Samson, *supra* note 126 à la p 47.

¹²⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12.

¹³⁰ Christian Brunelle et Mélanie Samson, *supra* note 126 à la p 47.

¹³¹ *Irwin Toy Ltd. c Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927 aux pp 973-974; *R c CIP Inc.*, [1992] 1 RCS 843 aux pp 845 et 852.

1.1. Vers une reconnaissance juridique quasi-unanime des droits fondamentaux aux personnes morales

La personne morale dont il est une question en l'espèce a trait uniquement à l'investisseur étranger, qui est une corporation transnationale. Dans le cadre de la protection des investissements canadiens au Mali, leurs droits fondamentaux ne sont pas circonscrits dans la *Constitution malienne*¹³², dont les dispositions relatives aux droits et devoirs visent expressément et exclusivement la personne humaine. Qui plus est, les droits des personnes morales ne sont édictés dans aucun instrument africain de protection des droits humains, y compris dans la *Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples*.¹³³ Ce silence juridique quant aux droits fondamentaux des personnes morales semble contaminer tant les terrains des autres textes nationaux maliens que des instruments juridiques internationaux.¹³⁴

Pourtant, le *statut quo* des corporations maliennes exploitant sur le territoire canadien serait *de jure* plus avantageux. En d'autres mots, si les corporations canadiennes exploitant au Mali sont dépourvues de la protection des droits fondamentaux constitutionnels, celles de nationalité malienne exploitant au Canada peuvent se prévaloir des droits fondamentaux en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, enchâssée dans la Constitution canadienne, ainsi que des autres lois quasi-constitutionnelles canadiennes (fédérales et provinciales) garantissant les droits et libertés de la personne.

En dépit des progrès consentis au législateur canadien, il n'en demeure pas moins que la *Charte canadienne* ne fait pas mention expresse de la personne morale. Or, des États européens, tels que

¹³² *Constitution du Mali*, *supra* note 66.

¹³³ Hubert Koki Kouamé, *supra* note 124 à la p 29.

¹³⁴ *Ibid.*

notamment l'Allemagne¹³⁵ et le Portugal¹³⁶, ont cru opportun de faire une telle mention expresse dans leurs actes fondamentaux, dans le but de lever toute ambiguïté sur ce sujet. Il en est ainsi de la *Convention européenne des droits de l'homme* [CEDH]¹³⁷, qui présente une nette avancée dans la protection des droits fondamentaux des personnes morales. L'incommensurable nombre d'arrêts sous la jurisprudence de la CEDH impliquant les personnes morales corrobore cette avancée.¹³⁸

Au regard de l'interprétation du droit canadien et des termes du droit européen, les personnes morales sont investies « d'un droit à la liberté, notamment la liberté d'entreprendre, la liberté d'établissement et la libre prestation de service ; c'est le fondement même de l'économie libérale ou néolibérale. »¹³⁹ À ce droit, se greffent notamment l'inviolabilité du domicile, le droit à l'égalité, le droit à la réputation¹⁴⁰, le droit de propriété, la liberté d'expression¹⁴¹, la liberté religieuse, la liberté syndicale¹⁴², la liberté de réunion et la liberté d'association.¹⁴³ Certains auteurs affirment que les personnes morales peuvent également plaider le traitement dégradant dans le cadre d'une procédure judiciaire.¹⁴⁴ Dans l'arrêt *Citizens United v Federal Election Commission*, il a été reconnu que les corporations « are entitled to the free exercise of political speech ». ¹⁴⁵

¹³⁵ *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, 23 mai 1949, Journal officiel fédéral, p.1, BGBl. III 100-1 à l'art 19 (3).

¹³⁶ *Constitution de la République du Portugal*, 25 avril 1976 aux articles 12 (2) et 37 (4).

¹³⁷ *Convention européenne des droits de l'homme*, (1950) 4XI Rome.

¹³⁸ *Irlande c Royaume-Uni*, A n° 25/90 [1978] CEDH; *Marckx c Belgique*, A n° 24 [1979] CEDH; *Sarl Amat-G et Mébaghichvili c Géorgie*, n° 2507/03 [2005] CEDH; *Istituto Diocesano per il Sostentamento Del Clero c Italie*, n° 62876/00 [2005] CEDH; *Belvedere Alberghiera S.l.r. c Italie*, n° 31524/96 [2000] CEDH. Cette liste est loin d'être exhaustive.

¹³⁹ *Gracia Kiteri*, *supra* note 117 à la p 78.

¹⁴⁰ *Uj c Hongrie*, no 23954/10 [2011] CEDH.

¹⁴¹ Cass AP, 12 juillet 2000, (2000) Bull, Soc. Citroën, no 7 à la p 2. Voir aussi Xavier Dupré De Boulois, *supra* note 125 à la p 80.

¹⁴² CE, 19 août 2002, Ordonnance du Juge des Référéés du 19 août 2002, Front National, (2002) à la p 2. Voir aussi Xavier Dupré De Boulois, *supra* note 125.

¹⁴³ Cass civ 3^e, 12 juin 2003 (2003) Bull III, n°125 à la p 1. Voir aussi Xavier Dupré De Boulois, *supra* note 125.

¹⁴⁴ *Gracia Kiteri*, *supra* note 117 à la p 83. Voir aussi l'art 2 de la CEDH.

¹⁴⁵ *Citizens United v Federal Election Commission*, 130 S Ct. 876 (U.S. Sup Ct 2010).

Il est inutile de s'effaroucher de l'attribution du droit à la personnalité juridique aux personnes morales en droit international. Celles-ci sont « destinataires des normes relevant du droit international, lesquelles leur confèrent des droits » par le truchement de la conclusion des traités relatifs à la protection des droits de l'homme et d'autres traités, incluant les TBI.¹⁴⁶

Revenons aux investissements canadiens au Mali. Tel qu'étayé dans le chapitre précédent, l'*APIE Mali-Canada*, à l'instar des autres TBI, garantit des droits aux investisseurs des deux Parties. Il s'agit non seulement du droit au traitement national, du droit au traitement de la nation la plus favorisée, mais aussi de la garantie ayant trait à la norme minimale de traitement, ainsi qu'à l'expropriation directe et indirecte.¹⁴⁷ Le droit au libre transfert des capitaux et le devoir d'un État de se conformer aux obligations d'un contrat conclu avec un investisseur étranger, sont en outre dévolus aux investisseurs étrangers dans un TBI. Toutefois, l'octroi desdits droits ne peut constituer le seul gage pour les corporations de s'auto-qualifier « sujets de droits international ». Les TBI ont simplement pour vocation de protéger les droits d'un tiers, en l'occurrence une corporation transnationale; c'est le principe de (*pacta in favorem tertii : traité conclu en faveur d'un tiers*).¹⁴⁸

En résumé, l'attribution des droits fondamentaux aux personnes morales ne cause généralement pas de problème majeur sur le plan théorique. Cependant, la jouissance de certains droits peut paraître en pratique problématique, et ce, en raison du caractère technique et non biologique des personnes morales.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Christian Dominicé et al, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, International, Graduate Institute Pub, Genève, 1997.

¹⁴⁷ *Accord entre le Canada et le Mali concernant la promotion et la protection des investissements*, supra note 18 aux arts 4-7 et 10.

¹⁴⁸ Davor Muhvić, « Legal Personality as a Theoretical Approach to Non-State Entities in International Law: The Example of Transnational Corporations » (2017) PécS J Int'l & Eur L à la p 10.

¹⁴⁹ Gracia Kiteri, supra note 117 aux pp 84-85.

1.2. De l'attribution théorique à l'inquiétante jouissance pratique de certains droits fondamentaux des personnes morales

Une pléthore de critiques est formulée par une doctrine dissidente hostile à l'attribution des droits fondamentaux aux personnes morales. Le danger plébiscité par cette doctrine est de mettre sur un pied d'égalité une personne humaine et une personne non humaine en termes d'attribution des droits fondamentaux.¹⁵⁰ Sans tomber dans cette immodération, certaines limites s'imposent tout de même aux droits fondamentaux dévolus aux personnes morales.

L'arrêt *Sdruzeni Jihoceske Matky c République tchèque* se montre éloquent quant à la dimension naturelle de certains droits fondamentaux, qui sont inhérents à la nature humaine : une personne morale « ne saurait se prétendre victime d'une violation des droits personnels dont les titulaires ne peuvent être que les personnes physiques, tels les droits à la vie et à la santé ».¹⁵¹ Cette position est relayée dans un autre arrêt portant sur l'octroi des garanties juridiques aux personnes morales. En effet, la Cour suprême du Canada a rappelé dans l'arrêt *R. c CIP Inc.* qu'une personne morale ne jouit pas du droit à la liberté et à la sécurité de la personne au sens où l'entend l'article 11 b) de la *Charte canadienne* ; rien ne l'empêche toutefois d'invoquer le droit à un procès équitable ou de plaider un affaiblissement de sa capacité de présenter une défense pleine et entière.¹⁵² Il fut également plaidé que « les personnes morales ne peuvent pas contracter mariage, faire un testament. »¹⁵³

¹⁵⁰ Cette crainte est amoindrie aujourd'hui par la prise en charge de cette question par les tribunaux, qui se montrent toujours prudents et circonspects lorsqu'ils sont saisis d'une affaire touchant les droits fondamentaux des personnes morales. Nous avons vu dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd.*, que les tribunaux fixent toujours un cadre d'analyse sur ce sujet, afin de contextualiser et de rechercher le but poursuivi par le législateur.

¹⁵¹ *Sdruzeni Jihoceske Matky c République tchèque* (2006), CEDH 19101/03. Voir aussi Gracia Kiteri, *supra* note 117 à la p 85.

¹⁵² *R c CIP Inc.*, *supra* note 131 à la p 845; *R c Delaronde*, 1996 QCCA 6332 à la p 21.

¹⁵³ Christian Dominicé et al, *supra* note 146.

À la lumière de ces analyses, l'objectif visé n'est nullement de crier haro sur un surcroît de droits fondamentaux des personnes morales. *A contrario*, la spécificité technique qui entoure la personnalité morale justifie une adaptation nécessaire dans l'attribution des droits fondamentaux aux investisseurs étrangers, qui sont des corporations. Au demeurant, les limites prescrites dans la jurisprudence et dans la littérature juridique ne font qu'entériner l'indéniable octroi desdits droits aux investisseurs étrangers. De toute évidence, s'il est indubitable qu'une personne morale peut souffrir de préjudices matériels, il est non moins patent que l'ordre juridique national et international ne peut lui nier l'octroi des droits fondamentaux, dont l'économie générale est de chercher compensation en cas d'atteinte ou de violation desdits droits.

Dans le cadre de la protection des investissements canadiens au Mali, ce droit à la compensation est circonscrit dans l'*APIE Mali-Canada*. Pour ce qui est du droit international général, une corporation canadienne pourrait, pour chercher compensation contre Mali pour atteinte à ses droits fondamentaux, se placer sous l'égide de la protection diplomatique du Canada.¹⁵⁴ À cet effet, la prudence et la circonspection sont de mise lorsque les droits fondamentaux sont invoqués par les corporations canadiennes pendant ou à la suite d'un conflit armé ou toute autre situation d'insécurité sur le territoire malien. L'*APIE Mali-Canada* n'étant pas *ipso facto* suspendu pendant un conflit armé¹⁵⁵, la dérogabilité aux droits des investisseurs y codifiés ne serait envisageable que si ce traité lui-même le prévoit. C'est dans ce cadre que l'article 17 (4) b ii de l'accord permet à une Partie de déroger aux protections garanties aux investisseurs de l'autre Partie pendant le temps de guerre ou de tension internationale, et ce, afin de se protéger.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Julian G. Ku, « The Limits of Corporate Rights Under International Law » (2012) 12 Chi J Int'l L 729 à la p 772.

¹⁵⁵ *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires y relatifs*, supra note 19.

¹⁵⁶ *Accord entre le Canada et le Mali concernant la promotion et la protection des investissements*, supra note 7 à l'art 17 (4) b ii : Aucune disposition du présent accord n'a pour effet : b) d'empêcher une Partie de prendre toutes mesures

Dans son *Avis sur la protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence*, la *Commission européenne pour la démocratie par le droit* a souscrit à la théorie de dérogation aux droits fondamentaux, tout en se montrant intransigeante quant à l'usage de ladite dérogation : « Il faut trouver le juste équilibre entre la sécurité nationale, la sûreté publique et l'ordre public, d'une part, et l'exercice des libertés et droits fondamentaux, d'autre part. C'est en fonction de la situation et des circonstances concrètes qu'il convient de définir le caractère équitable et proportionné de la mise en balance des intérêts publics et privés. Toutefois, la limite à ne pas franchir implique que ces restrictions ne portent pas atteinte au noyau essentiel du droit ou de la liberté en question. »¹⁵⁷ Ladite *Commission* ajoute que, nonobstant une situation exceptionnelle, certains droits dits de droits absolus ne souffrent d'aucune dérogation, en l'occurrence le principe de « *nulla poena sine lege* ». ¹⁵⁸

Il semble judicieux qu'en l'absence d'une codification des droits fondamentaux des personnes morales dans l'ordre juridique malien et africain, les principes sous-jacents et généraux dégagés par la CEDH, voire les commentaires y afférents, peuvent servir de référence aux investisseurs canadiens au Mali. D'autant plus que le droit malien et les tribunaux maliens s'inspirent essentiellement des droits français et européen dans l'interprétation des règles de droit.

Par ailleurs, il va sans dire que le droit malien ainsi que les textes régionaux africains devraient se conformer aux réalités de la mondialisation, en créant des mécanismes juridiques effectifs susceptibles de combler ce fossé juridique. Il en est ainsi du système international, où le seul

qu'elle estime nécessaires à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité : ii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale.

¹⁵⁷ Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), AP, 66e sess, *Avis sur la protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence*, Avis n° 359 / 2005 Strasbourg (2006) à la p 14.

¹⁵⁸ *Ibid.*

instrument juridique qui confère de façon efficace et explicite des droits fondamentaux aux personnes morales demeure la CEDH.¹⁵⁹

2. Obligations des investisseurs à l'égard des normes internationales

L'un des enjeux marquants de l'évolution du droit international général en ce XXI^{ème} siècle demeure sans conteste le débat relatif au statut juridique des corporations transnationales. Celles-ci sont, aujourd'hui, des acteurs de premier plan dans la coopération internationale, d'où l'ultime nécessité de repenser le statut juridique que leur confère le droit international classique. Ainsi, les études démontrent que l'environnement juridique international se trouve taraudé par une interrogation fondamentale : devrait-on conférer le statut de « sujets de droit international » aux corporations transnationales? Sinon, comment s'assurer de l'effectivité et de l'efficacité des obligations internationales incombant aux corporations transnationales par le droit international général en l'absence de l'attribution du statut de sujets de droit aux dites corporations?

Dans l'affaire *Presbyterian Church of Sudan v Talisman Energy* [l'affaire *Talisman*], la Cour d'appel fédérale a adopté une position sans équivoque et favorable à la thèse soutenant que les corporations transnationales, telles que Talisman Energy Inc.¹⁶⁰, peuvent être tenues responsables de violations des normes du droit international coutumier.¹⁶¹ Cette thèse de la Cour d'appel fédérale est une réaffirmation de la position adoptée par le juge Schwartz de la Cour du district, selon laquelle une corporation transnationale – à l'instar des autres acteurs non-étatiques – est soumise

¹⁵⁹ Julian G. Ku, *supra* note 154 à la p 751.

¹⁶⁰ Talisman Energy Inc. est une compagnie canadienne, ayant son siège social à Calgary et cotée aux bourses de Toronto et de New York. La compagnie exploite du pétrole dans plusieurs États, dont notamment le Soudan, où elle était accusée par l'église presbytérienne de Soudan de violations graves des droits humains et de complicité avec l'État soudanais dans la perpétration des crimes graves en toute violation de droit international.

¹⁶¹ *The Presbyterian Church of Sudan v Talisman Energy, Inc.*, 582 F 3d. 244 (2d) (2e Cir 2009) à la p 48.

aux normes de *jus cogen* quant à la commission des actes de torture, de viol, d'exécution sommaire, de génocide, de crime de guerre et de crime contre l'humanité.¹⁶²

José E. Alvarez et Emeka Duruigbo taxent de « blind formalist to reality » toute personne qui réfute la reconnaissance des corporations transnationales comme des sujets de droit international.¹⁶³ R. Poirat avait plaidé que : « [...] la personne privée, « homme » ou « investisseur », passe du statut international d'objet à celui de sujet capable ». ¹⁶⁴ P.-M Dupuy, quant à lui, converge vers cette attribution de sujet aux corporations transnationales, laquelle est le fruit de l'évolution du droit international de l'investissement : « la doctrine commence à percevoir dans une telle évolution l'émergence de l'entreprise privée comme sujet de droit international public ». ¹⁶⁵ Déjà en 1977, le tribunal arbitral avait tranché dans le même sens dans l'affaire *Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. v Libya*, en qualifiant les corporations transnationales en litige de sujets capables du droit international.¹⁶⁶

José E. Alvarez s'est appuyé sur la décision de la CIJ dans *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, pour estimer qu'à l'instar des organisations internationales, les corporations transnationales sont des sujets de droit international et sont dotées de la personnalité juridique internationale.¹⁶⁷ Tout comme la *Charte des Nations-Unies* qui accorde implicitement

¹⁶² *Presbyterian Church of Sudan v Talisman Energy, Inc.*, 244 F Supp 2d 289 (SDNY 2003). Voir également José E. Alvarez, "Are Corporations "Subjects" of International Law?" (2001) 9 Santa Clara J Int'l L 1 à la p 3.

¹⁶³ *Ibid* à la p 6. Voir aussi: Emeka Duruigbo, « Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges » (2008) 6 NW U J Int'l Hum Rts 222.

¹⁶⁴ F. Poirat, « L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées » (1998) 1 RGDIP à la p 74. Voir aussi P. Kahn, T. Wälde (ed.), *New Aspects of International Investment Law*, Leiden, Nijhoff, 2007 à la p 793.

¹⁶⁵ Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 6e éd, Paris, Dalloz, 2000 à la p 634. Voir aussi: P. Kahn, *supra* note 164 à la p 793.

¹⁶⁶ *Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. v Libya*, Int'l Arbitral Award, 104 J. Droit Int'l 350 (1977) au para 31.

¹⁶⁷ José E. Alvarez, *supra* note 162 à la p 3. Voir également *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (1949) CIJ, Opinion dissidente, 174, 179.

aux Nations-Unies une personnalité juridique distincte de celle de ses membres, les TBI reconnaissent la personnalité juridique distincte de celle de leurs tierces parties bénéficiaires.¹⁶⁸ Le qualificatif de « tierce partie bénéficiaire » est attribué aux investisseurs visés par un TBI. Ils sont titulaires des droits et sont soumis aux obligations découlant dudit TBI, lesquels ne sont pas inféodés de ceux des États Parties. Partant, ces investisseurs peuvent engager leurs responsabilités personnelles illimitées en vertu d'un TBI. C'est le cas lorsqu'un investisseur étranger met volontairement ses équipements à la disposition d'un groupe armé et que lesdits équipements servent à commettre de violations des droits humains sur le territoire de l'État hôte. Advenant une poursuite contre cet investisseur, celui-ci ne pourrait pas éluder sa responsabilité en invoquant celle de son État de nationalité.

La thèse de la CIJ est reprise en partie par Andrew Clapham, qui préfère parler de corporations transnationales en tant que personnes juridiques internationales, plutôt qu'en tant que sujets de droit international. Clapham dira que les corporations sont dotées d'une personnalité juridique internationale « limitée ».¹⁶⁹ Au demeurant, Rosalyn Higgins, elle aussi, rebrousse la thèse du « sujet de droit international » et invite les juristes à parler dorénavant de « participants de droit international ».¹⁷⁰ Or, il va sans dire que la dichotomie entre la « *Personhood* » et le « *Subject* » est malaisée, en ce qu'il paraît incommode d'attribuer la personnalité juridique internationale à une entité non-étatique tout en lui refusant le statut de sujet de droit international.

Bien que nous prônions l'équivalence entre les notions de « sujet de droit » et de « personne », certaines études sur le droit international public tentent de créer une dichotomie entre elles.

¹⁶⁸ *Ibid* à la p 12.

¹⁶⁹ Andrew Clapham, « Human Rights Obligations of Non-State Actors » (2006) 88 RICR 863. Voir aussi José E. Alvarez, *supra* note 162 à la p 12.

¹⁷⁰ Rosalyn Higgins, « Problems and Process: International Law and How We Use It » (1994) 16 N Y L Sch J Int'l & Com L 151 à la p 154. Voir aussi José E. Alvarez, *supra* note 162 à la p 8.

D'aucuns considèrent que la personne serait synonyme de la plénitude des droits, alors que le sujet de droit ne concerne que l'attribution de certains droits. D'autres diront que la personne aurait une permanence, voire une continuité, tandis que le sujet de droit naîtrait « des opérations juridiques ponctuelles; il ne se manifesterait qu'au cas par cas ».¹⁷¹

Pourtant, ce débat houleux ne semble provoquer aucune confusion juridique quant à la place qu'occupent les corporations transnationales dans le système international. À cet effet, d'aucuns orientent la discussion non pas sur la question de sujet ou de personnalité juridique, mais sur la détermination des normes internationales pouvant s'appliquer aux corporations transnationales.¹⁷² Selon ces auteurs, le fait d'attribuer le statut de sujet ou de personnalité juridique internationale aux corporations ne saurait laisser croire qu'elles ont la même capacité que les États ou les individus.¹⁷³

À cet égard, l'environnement juridique est dominé par un consensus qui prend corps et s'affirme autour de la thèse qui plébiscite que le droit international public attribue des droits et impose des obligations aux acteurs non-étatiques, en l'occurrence les corporations transnationales. Cette reconnaissance est élucidée par M. A. Bekhechi dans ce passage bien rodé: « [...] Un système qui n'aborde un problème que du côté d'un seul partenaire ne peut être considéré comme un système international juste : aussi faut-il considérer comme juste un système qui protège les intérêts des investisseurs mais qui impose des restrictions et des obligations appropriées aux sociétés

¹⁷¹ Jean Carbonnier, *Flexible droit*, 9^e éd, Paris, LGDJ, 1998 aux pp 199-200. Voir également Aude Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne (Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003 aux pp 275-277.

¹⁷² José E. Alvarez, *supra* note 162 à la p 31.

¹⁷³ *Ibid* à la p 33. Voir aussi *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, *supra* note 167.

transnationales en vue de promouvoir une réelle économie du développement des pays d'accueil. »¹⁷⁴

D'ores et déjà, les obligations des corporations transnationales peuvent s'articuler autour de deux axes principaux : la responsabilité sociale des corporations et l'implication des corporations dans les conflits armés.

2.1. Responsabilité sociale des corporations transnationales

Dans les vingt dernières années, l'on a assisté à un grand nombre d'études favorables à une nette accélération de l'évolution du droit international général, afin notamment de placer dorénavant les normes internationales portant sur les corporations dans le lot des normes de la *hard law*. En effet, la responsabilité sociale des corporations demeure jusque-là retranchée dans le lot des normes de *soft law*. En 2003, les Nations Unies furent largement encouragées à créer un régime juridique spécial – au travers de l'édiction d'une convention – portant sur les corporations transnationales en termes de devoirs et de responsabilités découlant du droit international.¹⁷⁵

Ernest-Marie Mbonda, quant à lui, se montre plus modéré. Il place cette responsabilité sur une palette située entre la *hard law* et la *soft law*: « [...] ce qui relève de la *hard law* concerne en particulier le respect du principe de non-nuisance au regard des droits fondamentaux de toutes les parties prenantes, tandis que l'on pourrait analyser les autres directives en termes de *soft law*, en

¹⁷⁴ M. A. Bekhechi, « Droit international et investissement international : quelques réflexions sur des développements récents » (1991) Pedone, Paris à la p 118. Voir aussi P. Kahn, *supra* note 164 à la p 794.

¹⁷⁵ Justice Ian Binnie, Supreme Court of Canada, *Confronting Corporate Complicity in International Human Rights Abuses*, Canadian Bar Association, Speaking notes, May 6, 2010, p 2.

sachant que la *soft law* ne conduit pas à un affaiblissement des obligations négatives contraignantes, assez largement suffisantes en tant que garanties pour le respect des droits de la personne. »¹⁷⁶

La redéfinition des normes de responsabilité sociale des corporations a aussi gagné l'attention des Nations Unies, qui ont finalement édicté les « *Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme* » en 2011 en la matière. Lesdits *Principes directeurs* rédigés par John Ruggie, représentant spécial d'alors du Secrétaire général des Nations Unies, « sont guidés par un triptyque comprenant l'obligation de protéger incombant aux États, la responsabilité pour les entreprises de respecter les droits de l'homme et la nécessité de réparer le cas échéant les violations de ces droits. »¹⁷⁷

Les *Principes directeurs des Nations Unies* adoptent des recommandations visant à aider les États ainsi que les entreprises à prendre des mesures pour empêcher ou réagir aux violations des droits humains impliquant les entreprises, y compris dans les situations de conflit armé.¹⁷⁸ Pour les États, il s'agit de « créer un environnement propice au respect des droits de l'homme par les entreprises » en adoptant un certain nombre de politiques cohérentes.¹⁷⁹ Par ce faire, Le *Principe directeur* 7¹⁸⁰ énonce quatre dispositions¹⁸¹ que les États devraient prendre en vue de garantir que les

¹⁷⁶ Ernest-Marie Mbonda, « Aide au développement et responsabilité sociale des multinationales » (2013) 1520 :2 Enjeux éthiques de l'aide publique au développement à la p 23.

¹⁷⁷ *Ibid* à la p 15.

¹⁷⁸ Rachel Davis « Application des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme dans les zones de conflit : obligations des États et responsabilités des entreprises » (2012) 94 RICR 663 à la p 3.

¹⁷⁹ *Ibid*.

¹⁸⁰ AG NU, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, A/HRC/17/31, 21 mars 2011 à la p 12.

¹⁸¹ Les quatre dispositions sont : a) Établir des relations avec les entreprises aussitôt que possible pour les aider à identifier et prévenir les risques liés aux droits de l'homme que présentent leurs activités et relations commerciales, et à en atténuer les effets ; b) Fournir une aide adéquate aux entreprises pour évaluer et traiter les risques accrus d'atteintes, en accordant une attention spéciale à la violence sexiste ainsi qu'aux sévices sexuels ; c) Refuser l'accès au soutien et

entreprises opérant dans les situations de conflit armé ne prennent pas part aux violences. Ces dispositions sont justifiées par le fait que les plus graves violations des droits humains impliquant les entreprises ont lieu « dans des zones touchées par les conflits et d'autres situations de violences généralisées ».¹⁸²

En ce qui a trait aux entreprises, il leur incomberait la responsabilité de se comporter diligemment et d'éviter de porter atteintes aux droits humains ainsi que de « remédier aux atteintes auxquelles [elles] contribue[nt]. »¹⁸³Cette responsabilité constitue une attente minimum internationalement reconnue et s'appliquant même dans une situation de conflit armé. À toute fin pratique, le *Principe directeur 12* énonce que les entreprises devraient se conformer, en l'occurrence pendant les conflits armés, aux normes des droits humains édictés par les instruments internationaux, à savoir le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, le DIH ainsi que la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*.¹⁸⁴

Ladite situation requiert en outre des entreprises de respecter le droit interne de l'État d'accueil, de même que les normes portant « sur les peuples autochtones, les femmes, les groupes nationaux ou ethniques, les minorités religieuses et linguistiques, les enfants, les personnes handicapées ainsi que les travailleurs migrants et leurs familles. »¹⁸⁵D'autres instruments juridiques se greffent aux

aux services publics à une entreprise coupable de violations caractérisées des droits de l'homme qui refuse de coopérer pour remédier à la situation ; d) Veiller à ce que leurs politiques, lois, règlements et mesures d'application soient efficaces quant à la prise en compte du risque que les entreprises soient impliquées dans des violations caractérisées des droits de l'homme.

¹⁸² Rachel Davis, *supra* note 178 à la p 668.

¹⁸³ *Ibid* à la p 674.

¹⁸⁴ *Ibid*.

¹⁸⁵ Organisation internationale des employeurs, *Principes directeurs des nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme* (2012), Guide à l'intention des employeurs, Genève à la p 3.

Principes directeurs des Nations Unies en matière de renforcement des mesures de protection des droits humains par les corporations. Il s'agit en l'occurrence des *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, de la *Déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, ainsi que du *Code de conduite des Nations unies pour les entreprises transnationales*.¹⁸⁶

Bien qu'il faille se réjouir des progrès menés par les Nations-Unies dans le renforcement du cadre juridique des rapports entreprises- droits humains, il n'en demeure pas moins que les *Principes directeurs* ne sont pas des normes contraignantes. En effet, l'on peut déplorer que les conventions et traités internationaux portant sur les droits humains n'imposent aucune obligation juridique directe aux corporations transnationales¹⁸⁷, et ce, parce que les principes dégagés jusque-là ne sont que de la *soft law*. Il faut recourir aux principes directeurs des TBI ou au droit interne de l'État d'accueil pour identifier ces obligations. Or, cela peut paraître très problématique dans les États peu soucieux du respect des droits humains. D'où l'ultime nécessité de créer un instrument international contraignant.

2.1.1. Impératif d'adopter un instrument international contraignant

Prenons l'exemple sur les droits humains. Leur respect par les corporations transnationales ne peut plus s'accommoder exclusivement de législations nationales dont les nombreuses limites ne sont plus à écrire. Il est vrai que « [l]es États ont la responsabilité première de promouvoir, respecter,

¹⁸⁶ Clinique internationale de défense des droits humains de l'UQAM en collaboration avec le Bureau international des droits des enfants, « La responsabilité sociale des entreprises en droit international », Rapport à l'attention du BIOE, Montréal, 2014 à la p 3.

¹⁸⁷ Nations Unies, *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme*, Guide interprétatif, HR PUB 12/02, New York et Genève, 2012 à la p 12.

faire respecter, et protéger les droits de l'homme reconnus tant en droit international qu'en droit interne, et de veiller à leur réalisation et, notamment, de garantir que les sociétés transnationales et autres entreprises respectent ces droits »¹⁸⁸. Toutefois, l'on sait qu'il est souvent risqué, voire même inapproprié dans plusieurs situations de pouvoir accorder foi aux États pour veiller au respect des droits humains par les corporations transnationales et d'instaurer des moyens efficaces de sanction en cas de non-respect. Pour illustrer cela, il suffit de penser à certains États en faillite¹⁸⁹, ou à des situations d'États faibles¹⁹⁰ qui n'ont souvent aucun poids politique réel face à des corporations transnationales puissantes qui dictent souvent leur conception aux États dans les zones où elles exercent. À ces observations, il importe d'ajouter les situations qui peuvent exister souvent entre États croupissant sous le poids de la dictature avec des corporations transnationales exploitant à fond cette faiblesse ou cette situation de déliquescence pour ne rechercher que des gains au grand détriment du respect des droits humains¹⁹¹.

Ces remarques amènent à douter de l'efficacité des arguments qui consistent à confier exclusivement à l'État la surveillance du respect des droits humains par les corporations transnationales¹⁹². *A contrario*, elles appuient l'idée que l'adoption d'un instrument contraignant à l'échelle internationale s'impose¹⁹³ pour permettre d'harmoniser les législations et faire respecter

¹⁸⁸ NU, Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, Doc E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, Résolution de la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (2003) New York et Genève.; Voir également Emmanuel Decaux, dir, *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2010 à la p. 253 ; David Weissbrodt and Muria Kruger, « Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and other Business Enterprises with regard to Human Right », (2004) 97 Am J Int'l L 901 à la p. 910.

¹⁸⁹ Oussenil Illy, « L'État en faillite » en droit international » (2015) 28.2 RQDI aux pp. 53-80.

¹⁹⁰ Emmanuel Decaux, *supra* note 188.

¹⁹¹ *Ibid* à la p 14.

¹⁹² David Bilchitz, «The Moral and Legal Necessity for a Business and Human Rights Treaty » (2015) University of Johannesburg. En ligne: <https://business-humanrights.org/en/treaty-on-business-human-rights-necessary-to-fill-gaps-in-intl-law-says-academic>. (Consulté le 23 février 2018).

¹⁹³ *Ibid*.

au niveau du droit international des droits humains le principe sacrosaint de l'égalité¹⁹⁴, quel que soit la force ou la faiblesse de l'État, la taille ou la puissance de la corporation ou encore le lieu où se déroulent lesdites activités, et les peuples auxquels elles s'appliquent. Cette exigence d'égalité n'est pas seulement un critère des droits humains; elle est aussi une exigence du droit international général lequel postule le principe de l'égalité souveraine entre États¹⁹⁵.

Il va sans dire que cette conception d'exclure les corporations transnationales au respect des normes contraignantes conduirait dans plusieurs parties de la terre, à admettre des « zones noires » de violations des droits fondamentaux et donc, de non droit. Cette situation pourrait être désavantageuse et désastreuse pour la construction de l'état de droit, et par ricochet, compromettant pour l'exercice même des activités des corporations.¹⁹⁶

Loué ou désavoué, la communauté internationale devrait voir à l'édiction des normes internationales contraignantes qui soient universellement applicables aux pratiques des corporations. John Ruggie a concédé que le système international doit travailler à relever les défis de l'adoption d'un seul traité « Traité relatif aux entreprises et aux droits de l'homme » afin d'encadrer les activités des entreprises et d'élargir le champ de protection des droits humains.¹⁹⁷

Au niveau national, des voix se sont levées dans les parlements de certains États pour encadrer la pratique des corporations à l'étranger. À titre d'exemples, différentes tentatives de législation

¹⁹⁴ Consacrés respectivement par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à l'art 3 ; *Déclaration universelle des droits de l'homme* à l'art 1^{er}.

¹⁹⁵ Boutros Boutros-Ghali, « Le Principe d'Egalité des Etats et les Organisations Internationales » (1960) 100 RCADI à la p 9.

¹⁹⁶ Il ne fait aucun doute qu'un climat de « sécurité juridique » pour l'entreprise postule obligatoirement un climat de stabilité politique et donc de stabilité démocratique.

¹⁹⁷ John G. Ruggie, « A UN Business and Human Rights Treaty? » (2014) HKS à la p 3. En ligne: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/ruggie-on-un-business-human-rights-treaty-jan-2014.pdf>. (Consulté le 5 janvier 2018).

furent envisagées au Canada afin d'interdire aux corporations canadiennes exploitant à l'étranger d'adopter des comportements ou de poser des actes qui ne seraient pas, par ailleurs, permis au Canada. En 2005, le député Ed Broadbent du NPD avait déposé le projet de loi C-369 visant à modifier les dispositions relatives aux obligations légales à l'étranger contenues dans le *Code Criminel*. « Il donnerait aux travailleurs étrangers des sociétés canadiennes les mêmes conditions de santé et sécurité que celles dont bénéficient les travailleurs de ces sociétés au Canada. »¹⁹⁸ Cinq ans plus tard, le député Paul Dewar (Ottawa-Centre) du NPD a déposé le projet de loi C-298 portant sur la responsabilité sociale d'entreprise inhérente aux activités des sociétés minières canadiennes dans des pays en développement.¹⁹⁹ Dans la même année, l'on a assisté au rejet du projet de loi C-300 déposé par le député du Parti libéral du Canada John McKay et qui portait sur la responsabilisation des sociétés à l'égard de leurs activités minières, pétrolières ou gazières dans les pays en développement.²⁰⁰ Malgré ces tentatives infructueuses de régulation des pratiques des corporations canadiennes à l'étranger, le Canada a fait des efforts considérables dans la lutte contre les phénomènes d'atteintes aux normes internationales par les corporations. À ce titre, le gouvernement canadien a adhéré aux différentes recommandations élaborées par les Nations Unis, y compris les *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*. Dans sa réaction aux agissements de la corporation canadienne Talisman, le gouvernement canadien a déclaré : « [...] If it becomes evident that oil extraction is exacerbating the conflict in Sudan, or resulting in violations of human rights or humanitarian law, the Government of Canada may

¹⁹⁸ Chambre des Communes, *Débats de la Chambre des communes*, 38^e parl, 1^{er} ses no 088 (25 avril 2005) à la p 5460.

¹⁹⁹ Chambre des Communes, *Projet de loi C-298*, 40^e parl, 3^e ses (3 mars 2010).

²⁰⁰ Chambre des Communes, *Projet de loi C-300*, 40^e parl, 3^e ses (3 mars 2010).

consider, if required, economic and trade restrictions such as are authorized by the Export and Import Permits Act, the Special Economic Measures Act, or other instruments. »²⁰¹

2.2. Complicité et participation des investisseurs étrangers dans les conflits armés

À l’instar du régime dégagé de l’*APIE Mali-Canada*, les corporations canadiennes au Mali sont à la fois protégées et soumises aux normes du DIH. Ces normes sont non-dérogeables et s’appliquent aux États et aux organes non-étatiques, en l’occurrence les corporations pendant les conflits armés et en toute autre circonstance.²⁰² Au demeurant, « le fait qu’une [corporation] soit active dans le contexte d’un conflit armé en cours, ou que ses opérations, qui avaient commencé dans un cadre pacifique, se soient trouvées prises dans un conflit armé qui a éclaté ensuite, ne modifie en rien son obligation de respecter le droit international humanitaire. »²⁰³

En dépit des controverses qui foisonnent l’opérabilité des corporations transnationales dans un État en proie aux conflits armés, la Croix-Rouge s’est fiée aux normes protectrices du DIH pour faire l’éloge du non-retrait des corporations, dans le but de conforter les besoins de développement économique et d’investissement privé dans l’État en conflit. Cependant, lesdites protections sont subordonnées à l’absence de toute participation directe des corporations dans les conflits armés.²⁰⁴

²⁰¹ Ministre des affaires étrangères, « Human Security in Sudan: The Report of a Canadian Assessment Mission » (janvier 200), Ottawa, à la p 2. En ligne :

<http://www.ecosonline.org/reports/2000/Human%20Security%20in%20Sudan.pdf>. (Consulté le 14 avril 2018). Voir aussi: Penelope Simons, Audrey Macklin, *The Governance Gap: Extractive industries, human rights, and the home state advantage*, Londres, Routledge, 2014 à la p 39.

²⁰² Salil Tripathi, « Business in Armed Conflict Zones: How to Avoid Complicity and Comply with International Standards » (2010) 50 *Politorbis* Nr 31 à la p 134.

²⁰³ CICR, *Les entreprises et le droit international humanitaire introduction aux droits et obligations des entreprises commerciales au regard du droit international humanitaire*, Genève, 11 septembre 2006, p 8. En ligne : <https://www.icrc.org/fr/publication/0882-les-entreprises-et-le-droit-international-humanitaire-introduction-aux-droits-et>.

²⁰⁴ CICR, *Les entreprises et le droit international humanitaire introduction aux droits et obligations des entreprises commerciales au regard du droit international humanitaire*, Genève, novembre 2006.

Contrairement aux critiques formulées à cet égard, l'arrêt des activités des corporations dans les zones de conflits armés ne met pas nécessairement fin à leur complicité dans ces conflits. Si tel était le cas, les États et d'autres intervenants auraient épuisé cette approche pour éluder les complicités.²⁰⁵ Toutefois, il peut arriver que les situations de conflit armés encouragent les entreprises minières peu soucieuses de leur réputation à ne pas tenir compte des considérations en matière d'environnement et des droits humains. Ces situations se sont produites pendant la guerre en Angola, en République démocratique du Congo, au Liberia et en Sierra Leone.²⁰⁶

Puisque les corporations transnationales sont soumises aux normes du DIH, leurs droits et obligations découlant de divers traités et conventions demeurent en vigueur nonobstant une situation de conflits armés dans l'État d'accueil. Par ces motifs, l'on ne saurait défendre la suspensibilité automatique ou l'inapplicabilité des normes de droits humains et environnementaux aux corporations transnationales pendant les conflits armés. Le DIH n'a pas pour vocation de saper les normes découlant des traités en vigueur, puisqu'il n'y existe aucun conflit normatif entre ces normes.²⁰⁷ Suivant l'adoption du *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités*, le droit international a clarifié la problématique de l'applicabilité de différents accords bilatéraux et multilatéraux dans la foulée des conflits armés. En effet, les corporations peuvent se prévaloir des dispositions des différents accords s'appliquant à elles, même en situation de conflit armé, sous réserve des exceptions codifiées auxdits accords. Corollairement, elles ne peuvent se soustraire de

En ligne: <http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/html/business-ihl-150806>. Voir également Salil Tripathi, *supra* note 202 à la p 134.

²⁰⁵ Salil Tripathi, *supra* note 202 à la p 137.

²⁰⁶ Commission économique pour l'Afrique, *Les ressources minérales et le développement de l'Afrique*, Rapport du Groupe d'études international sur les régimes miniers de l'Afrique, Addis-Abeba, Éthiopie, 2011 à la p 55.

²⁰⁷ Les dispositions du *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités* viennent corroborer l'absence de conflit normatif entre le DHI et les TBI quant à leur application conjointe dans une situation de conflit armé, de guerre ou d'autres catastrophes.

l'application des normes DIH et des autres normes du droit international nonobstant une situation de conflit armé dans leurs zones d'exploitation.

Dans l'affaire des *Pêcheries côtières de l'Atlantique Nord (États-Unis d'Amérique, Grande-Bretagne)*, le tribunal arbitral est revenu sur cette question en statuant que : « [l]e droit international moderne considère qu'un grand nombre d'obligations conventionnelles ne sont pas annulées par la guerre mais tout au plus suspendues.²⁰⁸ ». Dans l'affaire *Clark c Allen*²⁰⁹, la Cour suprême des États-Unis a conclu que l'article 4 du Traité de 1923 avec l'Allemagne concernant l'acquisition, la disposition et l'imposition de biens immobiliers demeuraient en vigueur pendant la guerre. Qui plus est, dans l'affaire *Dalmia Cement Ltd c National Bank of Pakistan*, le tribunal arbitral a élucidé l'applicabilité des traités pendant les conflits armés, en tranchant que : « [e]n conclusion, il n'y a aucun doute dans mon esprit que, lorsque le demandeur a saisi la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, il existait entre les parties un accord valide et contraignant de se soumettre à un arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI, même en supposant qu'il y ait eu un état de guerre entre l'Inde et le Pakistan. [...] »²¹⁰

Maintenant que le débat portant sur l'applicabilité des normes de droits humains et environnementaux aux corporations transnationales pendant les conflits armés est dépassé, il importe de s'attarder à la notion même de « complicité » en lien avec les activités des corporations.

²⁰⁸ *Pêcheries côtières de l'Atlantique Nord (États-Unis d'Amérique, Grande-Bretagne)*, Sentence arbitrale du 7 septembre 1910, Nations Unies, RSA 6 : 961.V.4 à la p 181. Voir aussi Ian Brownlie, Rapporteur spécial, *Effets des conflits armés sur les traités*, Premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités, A/CN.4/552, (2005) à la p 232.

²⁰⁹ *Clark v Allen*, 331 U.S. 503 (1947) aux pp 1641-1643. Voir aussi Ian Brownlie, *supra* note 208 à p 234.

²¹⁰ *Dalmia Cement Ltd c National Bank of Pakistan*, Sentence du 18 décembre 1976 au par 68. Voir aussi Ian Brownlie, *supra* note 208 à la p 240.

Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, dans l'affaire *Tadić*²¹¹, a élucidé cette notion en énonçant trois critères *sine qua non*. Pour qu'il y ait complicité : *Primo*, il doit y avoir une exigence de l'intention, ce qui implique la connaissance de l'acte de participation et une décision consciente de participer en planifiant, inciter, ordonner, commettre ou aider et encourager dans la perpétration d'un crime.²¹² *Secundo*, l'accusation doit prouver que la participation à la conduite de l'accusé a contribué à la commission de l'acte illégal.²¹³ *Tertio*, la contribution ou l'assistance doit avoir un effet important sur la perpétration du crime.²¹⁴

Les conditions d'existence de la complicité établies dans l'affaire *Tadić* ont été confirmées par la Cour pénale internationale notamment dans les récentes affaires *Le Procureur c Callixte Mbarushimana*²¹⁵ et *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*.²¹⁶ Ces deux dernières décisions s'inspirent des dispositions du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, qui codifient la complicité dans les crimes internationaux à son article 25.3.²¹⁷

Par ailleurs, le juge Ian Binnie de la Cour suprême du Canada a clarifié que: « Corporate complicity by definition does not engage the corporation as the perpetrator of the international human rights abuses or environmental offences, but complicity in the sense of actively aiding and abetting

²¹¹ Dusko Tadic fut arrêté en 1994 en Allemagne et accusé d'avoir commis des infractions au camp d'Omarska dans l'Ex-Yougoslavie en juin 1992 et d'avoir participé à la torture, aidé et encouragé le génocide.

²¹² *Le Procureur c Duško Tadić alias 'DULE*, IT-94-I-A (15 juillet 1999) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie Chambre d'appel) aux pp 86-95.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Le Procureur c Callixte Mbarushimana*, arrêt relatif à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/10, (16 décembre 2011) aux para 280 et 284 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I).

²¹⁶ *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-01/06, (14 mars 2012) aux para 997-998 (Cour pénale internationale, Chambre de première instance I).

²¹⁷ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, RT Can 2002 no 13 (entrée en vigueur : 1er juillet 2002) à l'art 25.3. Bien que l'article 25.1 du *Statut* prévoit que la disposition de l'article 25 s'applique à la responsabilité pénale individuelle des personnes physiques, les principes dégagés de cet article sert de référence aux fins d'interprétation de la complicité des corporations transnationales dans les violations des normes du droit international.

generally attracts joint and several liabilities for resulting losses. »²¹⁸ Ce raisonnement est relayé par certains auteurs, qui déclarent que les corporations sont généralement accusées, non pas de commission directe, mais de complicité dans les violations graves des droits humains; ce sont surtout des groupes terroristes, des individus, des États, et des groupes rebelles qui sont généralement accusés de la commission de tels actes.²¹⁹

L'une des décisions les plus importantes en la matière est sans conteste l'affaire *Sarei v Rio Tinto, PLC*. Rio Tinto, PLC est une compagnie minière ayant son siège social à Londres, qui exploitait une mine dans le village de Panguna dans la province de Bougainville en Papouasie-Nouvelle-Guinée, et ce, avec le concours du gouvernement dudit pays. L'activité de la compagnie a causé la pollution de l'air et des cours d'eau, menaçant ainsi la santé des résidents de la localité. En 1988, ceux-ci exigèrent du gouvernement la fermeture de la mine en posant des actes de sabotage à l'endroit des installations de la compagnie. Rio Tinto, PLC a demandé au gouvernement de faire cesser la révolte des populations et de rouvrir la mine. Pour donner suite à cette requête, l'armée du pays a procédé à des attaques violentes et a tué de nombreux résidents de Panguna, ce qui déboucha sur une guerre civile. Étant donné que les violations graves des droits humains et la perpétration des crimes furent commises par l'armée du pays à la demande de Rio Tinto, PLC, le tribunal a retenu la responsabilité de cette dernière, non pas pour la commission des actes reprochés, mais pour la complicité dans la perpétration desdits actes.²²⁰

²¹⁸ Justice Ian Binnie, *supra* note 175 à la p 5.

²¹⁹ Jessie Chella, *The complicity of multinational corporations in international crimes: an examination of principles*, PhD Thesis, Law Faculty, Bond University, 2012 [non publiée] aux pp 39-40.

²²⁰ *Sarei v Rio Tinto, PLC.*, 499 F 3d 923 (9th Cir 2007).

Dans les affaires *Wiwa v Royal Dutch Petroleum*²²¹ et *Kiobel v Royal Dutch Petroleum*, la compagnie défenderesse, par le fait de sa filiale nigériane Shell Petroleum Development Company, s'est vue accusée d'avoir assisté volontairement les militaires de l'armée du Nigéria en mettant à leur disposition des moyens de transport, en leur permettant d'utiliser ses propriétés comme aire de transit, en les approvisionnant en nourriture, en leur versant des allocations, et, par ce fait, d'avoir été complice d'actes de torture, d'exécutions extrajudiciaires et d'autres violations comme lesdits militaires.²²² Pareille accusation fut portée contre la compagnie américaine Chevron Texas Corp. au Nigeria dans l'affaire *Bowoto v Chevron Texas Corp.*²²³ De surcroît, dans l'affaire *John Doe I v Unocal Corp.*²²⁴, la Cour d'appel fédérale a retenu la responsabilité de la compagnie Unocal Corp. pour avoir aidé et encouragé (*aiding and abetting*) l'armée du Myanmar à commettre des actes de meurtre et de viol contre la population. Finalement, dans l'affaire *Talisman*, le tribunal a reconnu la participation indirecte de la compagnie pétrolière canadienne Talisman Energy Inc. dans les violations des droits humains par le gouvernement du Soudan.²²⁵

Le Groupe d'études international sur les régimes miniers de l'Afrique avait déjà appuyé sur la sonnette d'alarme relativement aux risques de militarisation des zones minières pour protéger les corporations « des manifestations locales contre les activités minières, à la suite de conflits avec les groupes de militants locaux ou des actions de récupération menées par les communautés

²²¹ *Wiwa v Royal Dutch Petroleum, et al* 226 F 3d 88 (2nd Circ 2000).

²²² *Kiobel v Royal Dutch Petroleum (Shell)* 133 S.Ct. 1659 (2013). Voir également: Business & Human Rights Resource Centre, « Résumé du procès Shell (Nigeria - Kiobel & Wiwa). » En ligne: <https://business-humanrights.org/fr/r%C3%A9sum%C3%A9-du-proc%C3%A8s-shell-nigeria-kiobel-wiwa>. Consulté le 16 mars 2016.

²²³ *Bowoto v Chevron Texas Corp* 312F Supp 2d 1229 (ND Cal 2004).

²²⁴ *John Doe I v Unocal Corp*, 395 F.3d 932 (9th Circ 2002); pp 6-7; *John Doe I v Unocal Corp*, 2002 WL 31063976, 2002.

²²⁵ *The Presbyterian Church of Sudan v Talisman Energy, Inc.*, *supra* note 161.

pauvres.²²⁶ » Selon ledit Groupe, « la militarisation risque, en général, d’entraîner des violations des droits de l’homme, notamment à travers la montée des violences à caractère sexuel et la réinstallation forcée.²²⁷

D’autre part, là où la responsabilité des corporations ne peut pas être retenue, celle de leurs dirigeants peut l’être.²²⁸ L’affaire *Kabuga* illustre cette situation, où le Tribunal pénal international pour le Rwanda a ordonné l’arrestation de l’homme d’affaires Félicien Kabuga pour les chefs d’accusation de crime contre l’humanité, apartheid, crime de guerre, atteinte à l’intégrité physique et génocide.²²⁹ Dans le même ordre d’idée, dans l’affaire de massacre de Kilwa, un juge militaire congolais avait recommandé la poursuite de trois employés d’Anvil Mining pour complicité de crime de guerre.²³⁰

Bien qu’il y ait plusieurs corporations canadiennes au Mali, l’issue de la relation entre le Mali et le Canada n’est assortie d’aucune jurisprudence mettant en relief leur complicité ou participation dans les violations des droits humains au Mali. Toutefois, le conflit qui sévit dans le septentrion du Mali, l’insécurité généralisée sur l’ensemble du territoire malien, ainsi que l’absence d’autorités administratives et politiques sur une partie du territoire et l’affaiblissement continu de l’État malien, constituent des indices non négligeables dans l’appréciation des activités des corporations transnationales au Mali. Il est accoutumé que certaines corporations transnationales profitent des dites situations pour commettre ou poursuivre la commission des actes en violation de

²²⁶ Commission économique pour l’Afrique, *supra* note 206 à la p 55.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid* à la p 138.

²²⁹ Tribunal pénal international pour le Rwanda : « l’urgence de juger », ICG Rapport Afrique n° 30, 7 juin 2001 aux pp 18-20.

²³⁰ Myriam Bourgy, « Le massacre de Kilwa : Anvil Mining et l’Agence multilatérale de garantie des investissements, complices de crimes de guerre », 23 août 2017. En ligne : <http://www.cadtm.org/Le-massacre-de-Kilwa-Anvil-Mining>. (Consulté le 6 janvier 2018).

différentes normes du droit international. Les exemples précités de la guerre en Angola, au Libéria, en Sierra Léone et en République démocratique du Congo sont révélateurs en la matière.

Devant ces situations, il convient en outre de déterminer le caractère volontaire ou forcé des actes de la corporation. Certaines corporations se sont vues obligées par les forces de sécurité de l'État d'accueil ou par des groupes rebelles à leur fournir une assistance matérielle pendant le conflit armé. D'autres se sont vues accusées d'avoir fourni volontairement un soutien matériel et logistique. À cet effet, certains exemples en lien avec les activités des compagnies canadiennes dans d'autres pays du tiers monde peuvent de servir de cadre de référence dans l'analyse du comportement des corporations canadiennes œuvrant dans le secteur minier au Mali.

Moult compagnies canadiennes furent accusées de participation ou de complicité dans les conflits armés ou dans les violations des droits humains. Des compagnies telles que TVI-Pacific, Talisman Energy Inc., Bonte Gold, Barrick Gold, Placer Drome, Kinross, Alcan, Noranda Falcon Bridge se sont toutes vues accusées d'implication dans les violations des normes environnementales ou des droits humains.

Dans l'affaire *Choc v Hudbay Minerals Inc.*, la responsabilité de société-mère des faits de leurs filiales a été soulevée.²³¹ En effet, la compagnie canadienne Hudbay Minerals Inc. a été visée par des allégations de violations des droits humains commises au Guatemala par le personnel de sécurité privée de la compagnie minière CGN (filiale de Hudbay Minerals Inc.) lors des

²³¹ Le débat portant la responsabilité civile des sociétés-mères pour les actes commis par leurs filiales à l'étranger, constitue un développement dans la jurisprudence des tribunaux canadiens. Avant cette affaire, ces derniers refusaient d'entendre des demandes en responsabilité civile contre des sociétés canadiennes pour les violations des droits de l'Homme supposément commises par leurs filiales étrangères argumentant qu'il s'agissait de deux entités distinctes. Voir Dominic Voisard, « La responsabilité civile des entreprises multinationales complices de violations des droits de l'Homme : analyse des développements récents dans l'affaire *Choc v Hudbay Minerals Inc.* », Avocats sans Frontières, Le blogue des coopérants, 13 août 2013. En ligne : <https://www.asfcanada.ca/actions/blogue/la-responsabilite-civile-des-entreprises-multinationales-complices-de-violations-des-droits-de-l-homme-analyse-des-developpeme/>.

confrontations avec certains résidents de la localité, qui s'insurgeait contre leur expropriation du site d'extraction.²³² Il en est ainsi de l'affaire *Araya v Nevsun Resources Ltd*²³³ où la compagnie canadienne Nevsun Resources a été accusée par trois Érythréens de complicité dans l'utilisation du travail forcé par son sous-traitant, Segen Construction (qui appartient au parti au pouvoir en Érythrée), à la mine de Bisha en Érythrée. Les accusations contre la compagnie Nevsun ont été fondées directement sur des violations du droit international : soit le « traitement cruel, inhumain et dégradant ». Dans cette affaire, la Cour suprême ainsi que la Cour d'appel de la Colombie - Britannique ont également admis que les imputations délictuelles relatives aux crimes contre l'humanité, d'esclavage, de travail forcé et de torture seraient portées contre la compagnie Nevsun.

De surcroît, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a rendu une décision favorable aux victimes du massacre de Kilwa en République démocratique du Congo contre la compagnie canado-australienne Anvil Mining opérant des activités minières dans cette localité. Anvil Mining avait apporté un soutien logistique « aux soldats qui ont bombardé sans discernement des civils, exécuté sommairement au moins 28 personnes et éliminé beaucoup d'autres après la tentative d'un petit groupe de rebelles légèrement armés de prendre le contrôle de la ville. »²³⁴ Par sa participation, Anvil Mining a violé les principes volontaires relatifs à la sécurité et aux droits de l'homme, issus des *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*.²³⁵

Myriam Bourgy, juriste au Comité pour l'abolition des dettes illégitimes, a fait une analyse succincte de ces principes volontaires, en évoquant qu'ils requièrent des corporations

²³² *Choc v Hudbay Minerals Inc.*, 2013 ONSC 1414.

²³³ *Araya v Nevsun Resources Ltd.*, 2016 BCSC 1856.

²³⁴ Myriam Bourgy, *supra* note 230.

²³⁵ *Ibid.*

transnationales qu'elles (a) assurent la sûreté et la sécurité de leurs opérations dans un cadre qui garantit le strict respect des droits de l'homme; (b) évaluent la conduite des groupes armés ou autres forces en activité dans le secteur sur la base des données disponibles sur les droits de l'Homme; (c) surveillent l'utilisation de leur équipement et s'assurent qu'il n'est pas employé de façon inadéquate; (d) notent et signalent toutes les allégations crédibles relatives au non-respect des droits de l'Homme par les forces locales de sécurité publique ou d'autres groupes armés chargés d'assurer la sécurité dans le secteur; (e) recommandent que des enquêtes soient menées le cas échéant.²³⁶ Dans le même ordre d'idée, les corporations devraient évaluer les risques de complicité dans les violations des droits humains sous l'angle du respect de la légalité, d'autant plus que leur responsabilité juridique peut être engagée advenant une poursuite civiles extraterritoriales en vertu des dispositions du Statut de Rome de la Cour criminelle internationale devant les juridictions qui connaissent la responsabilité pénale des entreprises.²³⁷

Somme toute, les différents exemples étayés dans ce chapitre démontrent que les activités des corporations canadiennes, en l'occurrence dans les pays africains, ne sont pas sans reproche en matière des droits humains, de droit de l'environnement, de DIH et de droit international coutumier. Ainsi, la vigilance est de mise dans l'extraction minière des corporations canadiennes au Mali, étant donné le statu quo. À cet égard, certaines études ont sévèrement remis en question l'attitude des corporations notamment canadiennes dans les zones attractives. En 2009, une étude réalisée par le *Canadian Centre for the Study of Resource Conflict* a démontré qu'entre 1999 et 2009, les compagnies minières étaient impliquées dans 33% des 171 incidents sérieux déroulés dans les zones attractives et portant sur les conflits avec les communautés locales, les violations des droits

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ Rachel Davis, *supra* note 178 à la p 681.

humains, les pratiques non-éthiques, ainsi que sur les questions environnementales.²³⁸ Qui plus est, John Ruggie a réalisé une étude, qui déplore qu'« entre 2005 et 2007, 28% des cas recensés de violations présumées des droits de l'Homme mett[en]t en cause des entreprises provenant du secteur extractif. »²³⁹ Or, d'autres études démontrent que « plus de 60% des entreprises mondiales du secteur extractif possèdent leur siège social au Canada. Ces dernières, en plus de développer des projets d'extraction qui sont parfois la cause de polémique ou de tension sociale, œuvrent la majorité du temps dans des pays ou des zones à risque de conflit ou de violence ».²⁴⁰

²³⁸ The Canadian Centre for the Study of Resource Conflict, « Corporate Social Responsibility: Movements and Footprints of Canadian Mining and Exploration Firms in the Developing World » (2009) à la p 6. En ligne: https://justice-project.org/wp-content/uploads/2017/08/csr_movements_and_footprints2009.pdf. Consulté le 10 janvier 2018.

²³⁹ Dominic Voisard, *supra* note 231.

²⁴⁰ *Ibid.*

CHAPITRE III

OBLIGATIONS ET RESPONSABILITÉS DE L'ÉTAT À L'ÉGARD DES INVESTISSEURS ÉTRANGERS

1. Obligations de prévention et de précaution

1.1. Règles générales de l'obligation de prévention et de précaution

D'entrée de jeu, il sied d'élucider la dichotomie entre la notion de « prévention » et celle de « précaution ». Selon Joe Verhoeven, la différence fondamentale entre ces deux notions réside dans « l'absence de certitude scientifique ». Tandis que la prévention s'émeut dans les risques avérés et dont l'existence ne prête à aucun doute; la précaution, quant à elle, vise les risques potentiels dont l'existence n'est pas scientifiquement démontrée.²⁴¹ Cette distinction est implicite à la définition du principe de précaution en droit international de l'environnement, dont il trouve son terreau originel.²⁴² Conformément à l'article 4.3a de la *Convention pour la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée*, le principe de précaution est un principe « en vertu duquel, lorsqu'il existe des menaces de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne devrait pas servir d'argument pour remettre à plus tard l'adoption de mesures efficaces par rapport aux coûts visant à prévenir la dégradation de l'environnement ».²⁴³

Cette dichotomie importe peu aux fins du présent travail, car l'objectif poursuivi en l'espèce est de cerner l'étendu de ces obligations, au lieu de s'attarder à l'analyse des situations appropriées à

²⁴¹ Joe Verhoeven, « Principe de précaution, droit international et relations internationales quelques remarques » (2006) Université Panthéon-Assas (Paris 2) à la p 252.

En ligne : <http://www.afri-ct.org/wp-content/uploads/2006/03/verhoeven2002.pdf>. Consulté le 23 février 2018.

²⁴² *Ibid* à la p 251.

²⁴³ *Convention pour la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée*, 16 février 1976, 27 RTNU, (entrée en vigueur : 9 juillet 2004).

l'application du principe de précaution ou de prévention. D'ailleurs, moult auteurs utilisent généralement ces deux principes de façon inséparable, incluant souvent l'un dans l'autre. Julien Cazala estime que « la précaution serait une extension du principe de prévention et donc de la [*due diligence*] dans le champ de l'incertitude scientifique ». ²⁴⁴ Émile Yalumire stipule que « [l]e principe de précaution s'entend comme une mesure de prévention exigée des Parties au conflit dans la conduite des hostilités. »²⁴⁵

L'obligation de prévention et précaution découle essentiellement de l'obligation des États d'assurer la jouissance des droits fondamentaux aux non-nationaux sur leur territoire, qu'ils soient des individus ou des corporations transnationales. C'est ce qui ressort de la conclusion du tribunal arbitral dans l'affaire *AAPL c Sri Lanka* : « [t]he Government's obligation in such circumstances under customary international law is to exercise due diligence to protect alien individuals or companies from investment losses. »²⁴⁶ Au demeurant, cette obligation en est une de moyen et non de résultat dans la mesure où aucune garantie de succès ne peut être assurée.²⁴⁷ Cela sous-entend que l'expectative du droit international général est l'assurance que les États se conforment à leur « devoir juridique de prévenir raisonnablement les violations, de rechercher sérieusement et de bonne foi, avec les moyens dont ils disposent, celles qui sont commises dans le cadre de sa juridiction, afin d'en identifier les coupables et d'assurer à la victime une réparation équitable. »²⁴⁸

²⁴⁴ Julien Cazala, *Le principe de précaution en droit international*, Paris, LGDJ, 2006 à la p 311. Voir également Awalou Ouedraogo, « La due diligence en droit international : de la règle de la neutralité au principe général » (2012) 42 : 2 RGD aux pp 678-679.

²⁴⁵ Emile Byamungu Yalumire, *Le Principe de précaution en droit international humanitaire*, Saarbrücken, PAF, 2016.

²⁴⁶ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c la République du Sri Lanka*, Final Award (27 June 1990), ICSID, ARB/87/3 à la p 554

²⁴⁷ Awalou Ouedraogo, *supra* note 244 à la p 667-668.

²⁴⁸ *Ibid.*

Dans plusieurs affaires qu'elle a rendues, la CIJ a retenu la responsabilité internationale des États pour n'avoir pas utilisé les moyens dont ils disposent afin de prévenir les atteintes aux biens des non-nationaux sur leur territoire. À titre illustratif, dans l'affaire du *Détroit & Corfou*, elle a invoqué que « rien ne fut tenté par les autorités albanaises pour prévenir le désastre. »²⁴⁹ Suivant ce manquement, la CIJ a conclu que « l'Albanie est responsable, selon le droit international, des explosions qui ont eu lieu le 22 octobre 1946 dans les eaux albanaises, et des dommages et pertes humaines qui en suivirent, et qu'il y a lieu pour l'Albanie de donner réparation au Royaume-Uni. »²⁵⁰ Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la CIJ a engagé la responsabilité internationale de l'Ouganda, qui était jadis une puissance occupante en Ituri à l'époque des violations présumées, en raison des actes de ses forces armées contraire à ses obligations internationales et du défaut de la vigilance requise pour prévenir les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire par d'autres acteurs présents sur le territoire occupé.²⁵¹ Dans *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, la CIJ a jugé que la Serbie avait enfreint la *Convention pour la prévention et la punition du crime de génocide* et continuait de l'enfreindre puisqu'elle n'avait cherché ni à prévenir le génocide de Srebrenica, ni à en punir les auteurs.²⁵² Pour ce qui est de l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, la CIJ a condamné l'Iran pour avoir fait défaut de prendre des « mesures appropriées afin de protéger les locaux, le personnel et les archives de la mission des Etats-Unis contre l'attaque des militants et n'a rien fait pour prévenir cette attaque ou l'empêcher d'aboutir. »²⁵³ Un intérêt

²⁴⁹ *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c Albanie) (fond)*, [1949], CIJ rec 4 à la p 23.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c Ouganda)*, [2005] CIJ rec 168 au para 179.

²⁵² *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Serbie-et-Monténégro)*, [2007] CIJ rec 43.

²⁵³ *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c Iran)*, [1980] CIJ rec 3 au para 67.

particulier fut accordé par la CIJ à l'obligation de prévention. Bien qu'il y ait eu des manquements répétés par l'Iran, la CIJ a qualifié de « manquements encore plus graves » le fait que l'Iran n'a pris aucune mesure en vue de prévenir les atteintes à l'inviolabilité des locaux et du personnel de l'ambassade.²⁵⁴ L'obligation de protection incombant à l'État de l'Iran dans cette affaire découlait de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*.²⁵⁵

Tel que susdit, l'obligation de prévention des États est considérée comme une obligation de comportement et se résume essentiellement à la *due diligence* ou encore au devoir de vigilance. Pour reprendre les termes du rapporteur spécial, Pemmaraju Sreenivasa Rao, « toute question concernant l'application ou l'exécution du devoir de prévention renvoie nécessairement au contenu de l'obligation et donc au degré de vigilance devant être observé par les États. »²⁵⁶ Ce devoir « comprend le fait de prendre les précautions normales que requièrent les circonstances d'espèce, la prévisibilité des actes dommageables, la possibilité matérielle de les prévenir par les moyens dont dispose l'État, l'exercice de l'autorité nécessaire lorsqu'il s'agit d'appréhender les auteurs des actes dommageables et de donner aux étrangers la possibilité de demander réparation des préjudices subis. »²⁵⁷

L'on peut en retenir, entre autres, que l'obligation de prévention des États est sujet à une interprétation adaptée à chaque situation particulière. Autrement dit, l'appréciation de son contenu constitue *stricto sensu* une question de fait. La bonne foi de l'État, l'appréciation de moyens dont

²⁵⁴ *Ibid* au para 76.

²⁵⁵ *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, 24 avril 1963 596 RTNU 261 (entrée en vigueur : 19 mars 1967).

²⁵⁶ NU, *Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)* (1999), A/CN.4/501 (Deuxième rapport sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, rapporteur spécial) à la p 131.

²⁵⁷ NU, *Responsabilité internationale* (1962), A/CN.4/134 et Add1 (Rapport spécial de F. V. Garcia Amador) à la p 49.

il dispose, ainsi que la proportionnalité entre les mesures prises et sa capacité, doivent être analysées en tenant compte de l'exposé des faits de la situation particulière dans laquelle le manquement présumé est survenu.

L'absence d'un lien conventionnel ou contractuel ne peut faire échec à l'application du devoir de prévention des États, qui a d'ailleurs été qualifiée par la CIJ comme une obligation *erga omnes*.²⁵⁸ Pour cette raison, elle a un caractère permanent, en ce qu'elle trouve application en tout temps, y compris pendant le conflit armé. Cela est explicite à l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, où la Cour a révélé que « les États-Unis n'ont pas émis d'avertissement ni notifié la présence des mines mouillées dans les ports du Nicaragua ou à leurs abords. Pourtant, même pour le temps de guerre, la convention du 18 octobre 1907 relative à la pose de mines sous-marines de contact [...] stipule que (toutes les précautions doivent être prises pour la sécurité de la navigation pacifique). »²⁵⁹ Quant à son caractère *erga omnes*, il a été abordé dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, où la Cour n'a pas réfuté la prétention de la Hongrie selon laquelle « [l'] obligation qui existait préalablement de ne pas causer de dommage substantiel au territoire d'un autre État était devenue avec le temps [...] une obligation *erga omnes* de prévention des dommages conformément au principe de précaution. »²⁶⁰

Par ailleurs, il importe de mettre l'accent sur le caractère non absolu de l'obligation de prévention, car la bonne foi d'un État est présumée jusqu'à preuve du contraire.²⁶¹ Dans cette perspective, un « État ne peut être réputé avoir manqué à son obligation d'exercer la diligence due que si,

²⁵⁸ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie Slovaquie)*, [1997] CIJ rec 7 au para 97.

²⁵⁹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* [1986] CIJ rec 14 au para 215.

²⁶⁰ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie Slovaquie)*, *supra* note 258 aux para 97 et 140.

²⁶¹ Awalou Ouedraogo, *supra* note 244 à la p 655.

intentionnellement ou par négligence, il a causé le fait qui aurait dû être prévenu, ou si, intentionnellement ou par négligence, il n'a pas empêché autrui sur son territoire de causer ce fait ou s'est abstenu de l'atténuer. »²⁶² Partant, il ne fait aucun doute que le devoir de prévention confère des obligations positives aux États, d'user leur capacité pour anticiper, mitiger, voire éluder la commission d'un dommage aux personnes et biens étrangers sur leur territoire.²⁶³ *Quid* du spectre de cette obligation en matière d'investissements étrangers?

1.2.Règles spécifiques de l'obligation de prévention et de précaution en matière d'investissements étrangers

La jurisprudence précitée porte essentiellement sur les contentieux entre les États. Même si les l'obligation de prévention et de précaution s'applique *mutatis mutandis* aux États quant aux investissements des corporations transnationales sur leur territoire, les illustrations retranchées dans la jurisprudence précitée démontrent que les poursuites judiciaires pour manquement à ladite obligation étaient généralement conduites par les États de nationalité des corporations et non par elles-mêmes. Telle fut naguère la vision du droit international général : faire des États les seuls sujets du droit des gens, les corporations n'étant que des objets du système international.

Cependant, les tribunaux judiciaires et arbitraux en matière du droit international de l'investissement ont commencé à développer une philosophie juridique qui prône la neutralité des destinataires de l'obligation de prévention ou de précaution et qui ne manifestent aucun scepticisme relativement à la possibilité pour les corporations transnationales d'engager elles-mêmes des poursuites contre l'État d'accueil pour manquement à ladite obligation. Cette neutralité sous-

²⁶² NU, *Annuaire de la Commission du droit international* (1994), A/CN.4/SERA/1994/Add.1 no 2 (Rapport) à la p 109.

²⁶³ Awalou Ouedraogo, *supra* note 244 à la p 680. Voir également *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* *supra* note 252 au para 432.

entend qu'il n'est pas plausible de défendre que l'État soit la seule entité juridique internationale pouvant se prémunir de l'obligation de prévention ou de précaution incombant à un autre État. Autrement dit, le droit international ne spolie pas les corporations transnationales de leur capacité juridique à se prévaloir d'une telle obligation contre un État, dès lors que cette capacité est proclamée de façon précise dans un TBI ou dans un contrat d'investissement.

L'un des exemples illustratifs des poursuites conduites par les investisseurs est l'affaire *American Manufacturing & Trading, Inc. v Zaïre*.²⁶⁴ Il s'agit d'une corporation américaine, qui a poursuivi l'État de Zaïre (actuelle République démocratique du Congo) pour les dommages subis par sa filiale opérant dans la ville de Kinshasa. En effet, il y a eu deux épisodes de pillage dans lesquels des militaires des forces armées zaïroises ont détruit, endommagé ou emporté certains biens, produits finis, matières premières et autres objets de valeur appartenant à la filiale locale de l'investisseur. S'appuyant sur le TBI entre les États-Unis et le Zaïre, le tribunal arbitral a réitéré que les parties ont l'obligation de garantir la protection et la sécurité des investisseurs étrangers sur leur territoire.²⁶⁵ Ainsi, il a condamné le Zaïre pour n'avoir pas pris les mesures de précaution adéquates afin d'assurer l'exercice de la pleine jouissance de protection par l'investisseur étranger concerné sur son territoire.²⁶⁶

Un autre exemple a trait à la plus récente affaire *Ampal-American Israel Corporation c Egypt*. Il s'agit d'une action dans laquelle les corporations demandereses ont accusé l'État égyptien de n'avoir pas pris de mesures raisonnables de précaution, de prévention et de réparation afin d'assurer la sécurité physique de leur réseau de canalisations contre une treizaine d'attaques commises par

²⁶⁴ *American Manufacturing & Trading, Inc. v Republic of Zaïre (AMT c Zaïre)* (1997) ICSID ARB/93/1.

²⁶⁵ *Ibid* au para 6.05.

²⁶⁶ *Ibid*.

des saboteurs entre février 2011, qui correspond au début de la révolution du printemps arabe, et avril 2012.²⁶⁷ Dans sa décision, le tribunal a d'entrée de jeu déterminé que l'obligation de protection et de sécurité pleines et intégrales n'impose pas une responsabilité stricte; elle requiert plutôt une responsabilité de diligence raisonnable.²⁶⁸ Dans cette perspective et eu égard au nombre répétitif d'attaques, le tribunal est statué que le comportement de l'État Égyptien en l'espèce constitue une violation de l'obligation de diligence qu'il était tenu d'exercer afin d'assurer la protection et la sécurité de l'investissement des demandeurs.²⁶⁹

Un raisonnement similaire a été avancé par le tribunal arbitral dans l'affaire *El Paso Energy International Company v The Argentine Republic*.²⁷⁰ El Paso Energy est une compagnie américaine opérant dans les secteurs de l'électricité et des hydrocarbures en Argentine. Elle a accusé l'État argentin d'avoir pris une série de décrets et de résolutions dans la foulée d'une crise économique (y compris des restrictions sur les transferts, le rééchelonnement des dépôts en espèces et la « pesification » des dépôts en dollars américain), lesquels décrets auraient compromis la capacité de la demanderesse de protéger son investissement contre le risque de la dévaluation de la monnaie locale.²⁷¹ L'un des *obiter dictum* remarquables dans cette affaire est l'éloge que fait le tribunal arbitral de l'application de l'obligation de prévention de l'État quant aux actes des tiers sur son territoire. En effet, il a évoqué qu'un aspect bien établi dans la norme internationale de traitement est que les États doivent faire preuve de diligence raisonnable pour prévenir les blessures injustifiées de personnes ou les atteintes aux biens causés par des tiers (qu'il soit un autre État ou

²⁶⁷ *Ampal-American Israel Corporation and others v Arab Republic of Egypt* (2017) ICSID ARB/12/11 au para 286.

²⁶⁸ *Ibid* au para 241.

²⁶⁹ *Ibid* au para 290.

²⁷⁰ *El Paso Energy International Company v The Argentine Republic* (2003) ICSID ARB/03/15. Voir également *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v The Government of Mongolia*, Award on jurisdiction and liability (April 28, 2001) UNCITRAL aux para 323-325.

²⁷¹ *Ibid* aux para 25-42.

une personne privée) sur leur territoire, et s'il n'exerce pas la diligence voulue pour prévenir ou punir de tels dommages, il est responsable de cette omission.²⁷²

D'autres affaires relatives à l'obligation de prévention et de précaution de l'État d'accueil en lien avec les investissements étrangers sont pendantes devant le CIRDI. L'affaire *Al Jazeera v Egypt*²⁷³ est un exemple éloquent. Introduite en 2016 devant le CIRDI, cette affaire porte sur des réclamations découlant de la prétendue destruction des activités médiatiques du requérant en Égypte, par arrestation et détention d'employés, attaques contre des installations, interférences avec émissions et transmissions, fermeture de bureaux, annulation de la licence de radiodiffusion du requérant et liquidation obligatoire de sa section locale. Il en est ainsi de l'affaire *D.S. Construction FZCO v Libya* de 2017, qui a trait à des réclamations découlant des prétendus actes et omissions de l'État avant, pendant et après la révolution en Libye, qui auraient causé des dommages à l'investissement du demandeur.²⁷⁴ Cette dernière rappelle l'affaire *Ampal-American Israel Corporation c Egypt*, dont les faits reprochés se sont produits pendant la révolution égyptienne.²⁷⁵

En ce domaine, la majorité des poursuites judiciaires prises par les investisseurs pour atteinte à leurs biens due au manquement à l'obligation de prévention ou de précaution, ont été et sont dirigées contre les États en proie aux conflits armés, aux troubles civils ou à la révolution. Tel fut notamment le cas des poursuites contre le Zaïre, la Libye ou l'Égypte. Or, lesdits États étaient secoués par une faiblesse inextricable au moment de l'atteinte aux investissements étrangers sur leur territoire.

²⁷² *Ibid* aux para 522-523.

²⁷³ *Al Jazeera v Egypt* (2016). En ligne: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/700>. Consulté le 28 février 2018.

²⁷⁴ *D.S. Construction FZCO v Libya* (2017). En ligne : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/775>. Consulté le 28 février 2018.

²⁷⁵ *Ampal-American Israel Corporation and others v Arab Republic of Egypt*, *supra* note 267.

Bien que la jurisprudence ne fasse état d'aucune action judiciaire pareille contre le Mali, le *statu quo* fait état d'une incapacité notoire de ce pays à asseoir effectivement et juridiquement son autorité sur l'intégralité de son territoire. En d'autres mots, la réalité politique actuelle du Mali ne rassure pas qu'il est en train de prendre des mesures adéquates de prévention et de précaution pour garantir la sécurité et la protection pleine et entière des investisseurs étrangers. Le fait qu'il y ait un conflit sur une partie du territoire n'excuse pas le Mali d'assumer une telle obligation, dont le caractère permanent a déjà été discuté. D'ailleurs, il a été démontré au premier chapitre de ce travail que le Mali est le troisième producteur en Afrique dans le secteur aurifère et que les investisseurs canadiens y occupent une place de choix.

Sans assurance quant à l'obtention d'un gain de cause, il est plausible que si la situation actuelle perdure au Mali, celui-ci pourrait se voir poursuivi éventuellement par des investisseurs étrangers pour les motifs relatifs au manquement à ses obligations internationales de prévention et de précaution. À cet effet, l'on peut se référer à une série d'attaques et de menaces contre les investissements étrangers, y compris ceux du Canada au Mali. En mars 2015, des individus armés ont attaqué le restaurant-bar La Terrasse à Bamako, faisant cinq morts.²⁷⁶ En novembre 2015, ce fut le tour de l'hôtel Radisson Blu à Bamako, dont le bilan désastreux s'élève à 22 morts et sept blessés.²⁷⁷ Récemment en décembre 2017, des djihadistes ont procédé à l'enlèvement et à l'exécution, à Dianké (à huit kilomètres de la ville de Tombouctou) d'environ cinq travailleurs de l'entreprise chinoise Huawei installant un réseau de fibre optique près de la ville de Niono.²⁷⁸ De surcroît, en septembre 2012, une société étrangère exploitant la zone aurifère de Siam (près de la

²⁷⁶ Jeune Afrique, *supra* note 94.

²⁷⁷ Union africaine, *supra* note 93.

²⁷⁸ Malilink Investigative Reporting Group, « Liste des Attaques Terroristes au Mali » (31 janvier 2018). En ligne : <http://malilink.net/attaques-terroriste-au-mali/>. (Consulté le 1^{er} mars 2018.)

ville de Kadiolo) a échappé aux attaques de la communauté locale mécontente.²⁷⁹ *Grosso modo*, une enquête fait état de 546 incidents violents au Mali entre janvier 2015 et janvier 2018, soit plus 15 attaques par mois.²⁸⁰ Bien que la majorité de ces attaques soient dirigées contre les forces armées maliennes, la MINUSMA et l'opération militaire française au Mali, il est judicieux que les investissements des corporations canadiennes et autres n'en sont pas épargnés pour autant. Les cas susmentionnés en sont la preuve hors de tout doute raisonnable.

À l'instar du Mali, d'autres États frontaliers et membres de la CEDEAO ressentent le malaise de garantir effectivement la sécurité de leur territoire et surtout de leur capitale économique. Au-delà de ce malaise, se pose la question d'appréciation de la capacité matérielle desdits États à prévenir diligemment les attaques « terroristes » visant les investissements et les investisseurs étrangers. L'exemple illustratif du Burkina Faso est patent en la matière. En cet État ravagé depuis quelques années par les fléaux d'insécurité généralisée, les investissements étrangers ont fait l'objet de plusieurs attaques et tentatives d'attaques par les individus agissant sous les auspices des mouvements terroristes. Le journal local, *L'économiste du Faso*, a rapporté dans son article intitulé « Attentats de Ouaga : Les investisseurs entre peur et résistance », que « (l)ors des attaques du Café-restaurant Cappuccino et de l'hôtel Splendid situés sur l'avenue Kwamé N'Krumah, c'est surtout les Occidentaux et leurs amis locaux qui ont été visés. »²⁸¹ Qui plus est, les investisseurs

²⁷⁹ Boubacar Yalkoué, Recrutement à la mine d'or de Siama : « Les mécontents ont pris la rue » (2 octobre 2012). En ligne : <http://www.maliweb.net/faits-divers/recrutement-a-la-mine-dor-de-siama-les-mecontents-ont-pris-la-rue-95574.html>. Consulté le 1^{er} mars 2018.

²⁸⁰ Malilink Investigative Reporting Group, *supra* note 278.

²⁸¹ Karim Gadiaga, « Attentats de Ouaga : Les investisseurs entre peur et résistance » (16 janvier 2016) *L'économiste du Faso*. En ligne : <http://www.leconomistedufaso.bf/2016/02/01/attentats-de-ouaga-les-investisseurs-entre-peur-et-resistance/>. (Consulté le 2 mars 2018).

étrangers de la Côte d'Ivoire ont connu un scénario analogue lors de l'attaque de Grand-Bassam, ayant fait 18 morts.²⁸²

L'engagement de la responsabilité d'un État pour manquement à ses obligations, en l'occurrence celles de prévention et de précaution, est sans équivoque en droit international. Toutefois, quelles sont les sources de cette responsabilité et comment peut-on concevoir sa portée juridique?

2. Responsabilité internationale d'un État en matière d'investissements étrangers

Les litiges portant sur la responsabilité des États dans le domaine du droit international de l'investissement vise particulièrement à accoler l'étiquette de demanderesse à la corporation transnationale et accorder la position de défendeur à l'État d'accueil.²⁸³ Ainsi, plusieurs sources juridiques déterminent la responsabilité ainsi que les conditions d'engagement d'une telle responsabilité de l'État à l'égard de l'investisseur étranger.

2.1. Sources de droit de la responsabilité de l'État d'accueil

La première source a trait à l'application du droit interne de l'État d'accueil en raison d'un lien contractuel entre celui-ci et l'investisseur étranger. Les tribunaux arbitraux priorisent généralement l'application du contrat d'investissement intervenu entre les parties, le cas échéant, lorsque les accusations portent sur une entorse aux dispositions dudit contrat. C'est le principe selon lequel le contrat est la loi des parties. Ce n'est donc qu'en l'absence d'un tel contrat ou dans une situation de mésentente entre les parties sur l'application de leur contrat que le tribunal retient les autres

²⁸² Gaëlle Laleix, « L'attaque à Grand-Bassam n'inquiète pas les investisseurs étrangers » (15 mars 2016) Radio France Internationale (RFI). En ligne : <http://www.rfi.fr/emission/20160315-cote-ivoire-attaque-grand-bassam-investisseurs-etrangeurs>. (Consulté le 2 mars 2018).

²⁸³ Charles Leben, dir., *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015 à la p 415.

sources de droit, en l'occurrence l'autorité du droit interne de l'État d'accueil. Cet argument trouve son terreau originel dans la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* [ci-après nommée : *Convention de Washington*]²⁸⁴, à laquelle le Mali et le Canada ont adhéré. Son article 42 (1) prévoit que : « [l]e Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière. ²⁸⁵» Cette prescription a été suivie littéralement par le CIRDI dans l'affaire *SOABI c Sénégal*, où il n'a pas hésité d'appliquer le droit national du Sénégal aux relations entre celui-ci et l'investisseur demandeur, faute d'accord entre les Parties.²⁸⁶

En dépit de la codification de la responsabilité de l'État d'accueil dans certaines clauses du contrat d'investissement, la jurisprudence arbitrale n'évite pas une application conjointe du contrat et des autres sources de droit. Cela peut se produire, par exemple, dans le cas où une telle application conjointe est inhérente aux termes même des clauses de droit applicables.²⁸⁷ Dans l'affaire *Klöckner c Cameroun*, la décision du CIRDI a été assortie d'une application conjointe du droit international et du droit national du Cameroun.²⁸⁸ D'autres décisions, particulièrement l'affaire

²⁸⁴ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, (signé par le Mali 9 avril 1976), Washington, (Entrée en vigueur au Mali : 2 février 1978).

²⁸⁵ *Ibid* à l'art 42 (1).

²⁸⁶ *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c La République du Sénégal* (25 février 1988) CIRDI ARB/82/1 au para 5.02.

²⁸⁷ Charles Leben, dir., *supra* note 283 à la p 415.

²⁸⁸ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c la République Unie du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais*, Annulation, (3 mai 1985) CIRDI ARB/81/2 au para 69.

Texaco Overseas Petroleum, se sont orientées vers une application exclusive du droit international au contrat d'investissement en raison du caractère alambiqué des clauses y contenues.²⁸⁹

Depuis l'affaire *AAPL c Sri Lanka*, les TBI et les traités multilatéraux d'investissement sont devenus des sources primaires importantes de droit en matière de responsabilité de l'État hôte en droit international de l'investissement. D'ores et déjà, l'application du droit international est sans conteste quant aux contentieux fondés sur ces instruments, d'autant plus qu'elle est expressément prévue dans les TBI. En vertu de l'article 32 de l'*APIE Mali-Canada*, le tribunal saisi par les Parties est astreint à « tranche(r) les questions en litige conformément à [l'*APIE Mali-Canada*] et aux règles applicables du droit international. »²⁹⁰ Quant à ses articles 25(2) et 37 (5), ils exigent des arbitres d'avoir une « bonne connaissance ou expérience en droit international public, des règles relatives au commerce international ou aux investissements internationaux, ou du règlement de différends découlant d'accords commerciaux internationaux ou d'accords relatifs à des investissements internationaux. »²⁹¹ Sous l'empire de ces dispositions que l'on retrouve dans la quasi-totalité des traités d'investissement, un constat s'est naturellement dressé à l'effet que les

²⁸⁹*Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. v Libya*, *supra* note 156 au para 55. Voir également Charles Leben, dir., *supra* note 283 à la p 415. Voir aussi Julien Cantegreil, « The Audacity of the Texaco/Calasiatic Award: René-Jean Dupuy and the Internationalization of Foreign Investment Law » (2011) 22 EJIL 2 à la p 445. L'auteur explique: « The inclusion of arbitration clauses leads to the utilization of the rules of international law regarding the choice of law when the substance of the dispute itself is considered. The internationalization of the arbitration leads one to place the contract in international law, which enshrines the principle of unrestricted freedom of choice and therefore the choice of applicable law. In the absence of express designation of the applicable law by the parties (which parties can, of course, freely choose the law applicable to the substance of the dispute), it is for the arbitrator to seek their implicit willingness to have a 'rattachement' of the contract. He has forged his own *lex fori* based, as in the *Aramco* award, on 'general principles of private international law', i.e., a source of public international law. »

²⁹⁰ *Accord entre le Canada et le Mali concernant la promotion et la protection des investissements*, *supra* note 7 à l'art 32. Voir aussi *George W. Cook v United Mexican States* (1927) 4 RSA 213.

²⁹¹ *Ibid* aux arts 25 (2) et 37 (5).

tribunaux arbitraux d'investissement conduisent presque toutes les affaires relatives à l'appréciation du comportement de l'État sous l'angle de la responsabilité internationale.²⁹²

Deux arguments principaux découlent de l'application du droit international aux litiges fondés sur les traités d'investissement. Le premier est explicite à un *obiter dictum* du tribunal arbitral dans l'affaire *AAPL c Sri Lanka*, selon lequel les TBI ne constituent pas un système juridique fermé et autonome limité à des règles matérielles substantielles d'application directe; *a contrario*, ils doivent s'inscrire dans un contexte juridique plus large dans lequel les règles d'autres sources sont intégrées, qu'elles soient de droit international ou de droit interne.²⁹³ Le second argument met l'emphase sur le caractère hybride des sources de droit en matière de la responsabilité des États sur le fondement des traités d'investissement, et ce, afin d'assurer une complémentarité de sources et de pallier le silence de loi advenant l'application d'une seule source. Les pans de cette approche justifient leur position par un certain nombre de situations. Si un litige porte sur les droits privés ou sur les droits de propriété des investisseurs étrangers, il serait incommode de recourir au droit international, qui ne possède pas de règles à cet égard.²⁹⁴ D'un autre côté, « dans le droit des investissements, il n'existerait pas de dispositions portant sur le droit substantiel régissant les rapports entre le particulier et l'État, rendant ainsi nécessaire l'intervention du droit interne. »²⁹⁵

Pour ce qui est de l'application exclusive du droit international aux litiges fondés sur les traités d'investissement, les *Articles* de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement

²⁹² Charles Leben, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements » (2004) 50 AFDI à la p 693. Voir également Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 à la p 41.

²⁹³ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c la République du Sri Lanka*, supra note 54 au para 21.

²⁹⁴ Charles Leben, supra note 292 à la p 693.

²⁹⁵ *Ibid.*

illicite sont incontournables dans les litiges impliquant la responsabilité internationale de l'État.²⁹⁶ Toutefois, il n'est pas circonspect de plaider hâtivement une application automatique desdits *Articles* de la CDI, et ce pour les raisons invoquées par le tribunal arbitral dans l'affaire *Wintershall Aktiengesellschaft c Argentine*. Selon le tribunal, les *Articles* de la CDI ne contiennent pas de règles et de règlements de la responsabilité de l'État vis-à-vis des acteurs non étatiques; il revient aux tribunaux saisis d'utiliser leur discrétion pour juger de l'applicabilité desdits *Articles* à un litige relatif aux traités d'investissement.²⁹⁷ Certains auteurs ne semblent pas souscrire à cette vision de la jurisprudence. Les auteurs Charles Leben, Franck Latty et autres estiment que « la définition du fait internationalement illicite à l'origine de la responsabilité est neutre à l'égard des destinataires de l'obligation internationale violée ». ²⁹⁸ Cette interprétation est relayée par la CDI dans ses commentaires relatifs aux *Articles*, qui énumère une série d'affaires où les tribunaux arbitraux d'investissement ont accueilli la responsabilité de l'État.

Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le tribunal arbitral a réitéré que la responsabilité de l'État est engagée lorsqu'il viole une obligation internationale, quelle qu'en soit la source.²⁹⁹ Plusieurs décennies auparavant, Max Hubert avait adopté un raisonnement similaire. En effet, dans l'affaire

²⁹⁶ Charles Leben, dir., *supra* note 283 à la p 417.

²⁹⁷ *Wintershall Aktiengesellschaft c la République argentine* (08 décembre 2008) CIRDI ARB/04/14 au para 113.

²⁹⁸ Charles Leben, dir., *supra* note 283 à la p 417. Voir également « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs 2001 », 2 (2) Ann CDI, 2001 à l'art 1. Art 1: Tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale. Commentaire. Cet art énonce le principe qui est à la base de l'ensemble des articles, à savoir que la violation du droit international par un État engage sa responsabilité internationale. Le comportement internationalement illicite d'un État peut consister en une ou plusieurs actions ou omissions, ou en une combinaison d'actions et d'omissions. Le point de savoir s'il y a eu fait internationalement illicite dépend, en premier lieu, du contenu de l'obligation qui est censée avoir été violée et, en second lieu, des conditions générales qui définissent le caractère illicite du fait et qui sont exposées dans la première partie. L'expression « responsabilité internationale » s'applique aux relations juridiques nouvelles qui naissent en droit international du fait internationalement illicite d'un État.

²⁹⁹ *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior* (30 avril 1990) 20 RSA 215 à la p 249. Voir également « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs 2001 », *supra* note 298 à la p 67.

des *Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc*, il a tranché que « c'est un principe indiscutable que « la responsabilité est le corollaire nécessaire du droit. Tous droits d'ordre international ont pour conséquence une responsabilité internationale [...]. »³⁰⁰

Au lieu de patauger dans la neutralité entre les différentes écoles de pensée, le présent travail fait l'apologie de l'application de certaines dispositions des *Articles* de la CDI aux litiges fondés sur les traités d'investissement et impliquant la responsabilité internationale de l'État envers l'investisseur étranger. De par leurs textes, certains articles limitent expressément et exclusivement leur portée aux seuls États. Il s'agit notamment des articles 42, 43, 45-48 et 50. À titre d'exemple, l'article 46 dispose que « [I]orsque plusieurs États sont lésés par le même fait internationalement illicite, chaque État lésé peut invoquer séparément la responsabilité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite. » En revanche, d'autres articles s'appliqueraient aux litiges fondés sur les traités d'investissement. À cet effet, l'article 33 (1), qui prévoit que « [I]es obligations de l'État responsable énoncées dans la présente partie peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble, en fonction notamment de la nature et du contenu de l'obligation internationale violée et des circonstances de la violation. »³⁰¹ En conséquence, il ne reste qu'à discuter du contenu de cette responsabilité.

2.2. Portée de la responsabilité internationale de l'État à l'aune des Articles de la CDI

Les *Articles* de la CDI visent à édicter et développer progressivement « les règles fondamentales du droit international ayant trait à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, en

³⁰⁰ *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume Uni)* (1er mai 1925) 2 RSA 615 à la p 641. Voir également « *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs 2001* » *supra* note 298 aux pp 66-67.

³⁰¹ « *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs 2001* », *supra* note 298 à l'art 33 (1).

s'attachant essentiellement aux règles secondaires de cette responsabilité, c'est-à-dire aux conditions générales que pose le droit international pour que l'État soit considéré comme responsable d'actions ou omissions illicites, et aux conséquences juridiques qui en découlent. »³⁰²

L'analyse des *Articles* de la CDI trouve toute sa pertinence en l'espèce, dans la mesure où certaines de ses dispositions ainsi que ses objectifs sous-jacents n'excluent pas son application aux contentieux en matière d'investissement étranger. « Aucun instrument international de droit des investissements ne met en place un régime autosuffisant (*self-contained regime*) de responsabilité internationale [...] ».³⁰³ Partant, les tribunaux doivent identifier cette responsabilité à l'ombre des normes du droit international général, y compris les règles du droit international humanitaire. C'est pourquoi une situation de conflit armé ou d'autres risques sévissant dans un l'État ne peut épargner la responsabilité de celui-ci en vertu desdits *Articles*.

Par ailleurs, la question de la responsabilité et celle de la réparation ou de l'indemnisation sont généralement tranchées séparément par les tribunaux arbitraux. À cet effet, le commentaire de la CDI relativement à l'article 2 précise que le fait internationalement illicite de l'État est suffisant pour engager sa responsabilité, et ce, sans égard aux dommages subis par autrui.³⁰⁴ Dans l'affaire *The Rompetrol Group N.V. v Romania*, le CIRDI a retenu symboliquement la responsabilité internationale de la Roumanie conformément au traité d'investissement, alors même qu'il a rejeté les requêtes du demandeur portant sur la réparation des préjudices subis.³⁰⁵

³⁰² *Ibid* aux dispositions préliminaires.

³⁰³ Charles Leben, dir., *supra* note 283 à la p 430.

³⁰⁴ « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs 2001 », *supra* note 298 à l'art 2.

³⁰⁵ *The Rompetrol Group N.V. v Romania* (May 6, 2013) ICSID ARB/06/3.

Pourtant, la nature « patrimoniale » des litiges fondés sur les traités d'investissement a incité certains auteurs à considérer que l'affirmation d'un dommage économique devrait être la condition *sine qua non* de la responsabilité de l'État.³⁰⁶ Cette école de pensée est nourrie notamment par l'affaire *Merrill & Ring Forestry LP c Canada*, où le CIRDI a, cette fois-ci, argumenté que la responsabilité de l'État est inextricablement liée à la preuve d'un quelconque préjudice subi par l'investisseur étranger.³⁰⁷ Le CIRDI a cité un article de l'ancien rapporteur spécial des Nations-Unies, selon lequel la responsabilité de l'État fondée sur la violation d'une obligation internationale a été traditionnellement indissociée du devoir de réparer le dommage subi, lequel fondement tire son origine du régime de la responsabilité civile générale.³⁰⁸

En dépit des divergences sur les conditions d'engagement de la responsabilité internationale, il existe une convergence entre les différentes écoles de pensée autour de la portée de cette responsabilité codifiée à l'article 2 des *Articles* de la CDI : la responsabilité internationale de l'État est engagée dès lors qu'il y a un fait internationalement illicite de l'État, dû à un comportement consistant en une action ou une omission qui est attribuable à l'État en vertu du droit international et qui constitue une violation d'une obligation internationale de l'État.³⁰⁹ D'ores et déjà, ces critères bien rodés ramènent l'analyse de la responsabilité internationale à l'imputabilité d'un comportement à l'État ou à la responsabilité sur la base de son propre fait ou omission. Tel qu'abordé dans l'affaire *Noble Ventures, Inc. v Romania*, les États sont des « entité abstraites » et

³⁰⁶ Charles Leben, dir., *supra* note 283 à la p 418.

³⁰⁷ *Merrill and Ring Forestry L.P. v Canada* (March 31, 2010) ICSI UNCT/07/1 aux para 244-245.

³⁰⁸ *Ibid* au para 244. Voir également Francisco V. Garcia-Amador, « The Changing Law of International Claims » (1984) 1 *Oceana Publications* aux pp 88-90.

³⁰⁹ « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs 2001 », *supra* note 298 à l'art 33 (1). Voir également Charles Leben, dir., *supra* note 283 aux pp 419-420; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c Tanzania* (24 juillet 2008) CIRDI ARB/05/22 aux para 466 et suiv.; *Phosphates du Maroc*, exceptions préliminaires (1938) CPJI, série A/B, no 74 à la p 10.

des personnes juridiquement construites; leur imputabilité consiste à déterminer que les actes posés par leurs mandataires ou par les individus soient considérés comme étant ceux de l'État.³¹⁰

Les auteurs Charles Leben, Franck Latty et autres s'appuient sur les dispositions des *Articles* de la CDI pour identifier trois cas d'imputation qui sont habituellement invoqués dans les contentieux relevant des investissements étrangers, à savoir : « le comportement des organes de l'État (article 4)³¹¹, comportement des entités exerçant des prérogatives de puissance publique (article 5)³¹², comportement mené sous la direction et le contrôle de l'État (article 8)³¹³. »³¹⁴ Bien que lesdits auteurs considèrent que les autres cas de figures sont étrangers aux contentieux transnationaux, il n'en demeure pas moins qu'une analyse - aussi théorique puisse-t-elle être - du cas des mouvements insurrectionnels (article 10)³¹⁵ et des personnes privées sur le territoire de l'État défendeur, ainsi que du comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles (article 9)³¹⁶, est tout aussi pertinente en l'espèce.

³¹⁰ *Noble Ventures, Inc. v Romania* 1 (October 2, 2005) ICSID ARB/01/11 aux para 69-70. Voir également Charles Leben, dir., *supra* note 283 à la 420.

³¹¹ Art 4 : (1.) Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État. (2.) Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État.

³¹² Art 5 : Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.

³¹³ Art 8 : Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État

³¹⁴ Charles Leben, dir., *supra* note 283 à la 421.

³¹⁵ Art 10 : (1.) Le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement de l'État est considéré comme un fait de cet État d'après le droit international. (2.) Le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel État sur une partie du territoire d'un État préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel État d'après le droit international. (3.) Le présent article est sans préjudice de l'attribution à l'État de tout comportement, lié de quelque façon que ce soit à celui du mouvement concerné, qui doit être considéré comme un fait de cet État en vertu des articles 4 à 9.

³¹⁶ Art 9 : Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives.

2.2.1. L'imputabilité du fait des mandataires de l'État

De prime abord, l'imputabilité des actions commises des mandataires de l'État en violation d'un traité d'investissement est reconnue et codifiée dans l'*APIE Mali-Canada* en son article 2 (2), qui prévoit que les obligations de fond de l'accord s'appliquent « à toute personne d'une Partie qui exerce un pouvoir réglementaire, administratif ou toute autre prérogative de puissance publique qui lui est délégué par cette Partie. »³¹⁷ Soit dit en passant, les mandataires d'un État incluent tout organe agissant suivant les directives de l'État et en son nom, qu'il relève du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif, pouvoir judiciaire ou organes et groupes ayant un lien avec l'État.

Certains actes de l'émanation de l'État ont engagé sa responsabilité internationale non pas sur la base du principe d'imputabilité, mais sur la base de sa propre omission de faire respecter l'engagement par l'émanation. C'est le cas de l'affaire *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v The Republic of Latvia*, où le tribunal a retenu la responsabilité de l'État défendeur du fait commis par son émanation envers l'investisseur demandeur. En l'espèce, l'entreprise d'État – Latvenergo – a conclu un contrat avec l'investisseur demandeur, aux termes duquel ce dernier devait construire une usine ayant pour fonction de produire de l'énergie électrique et du chauffage sur la base du gaz naturel. Le contrat révélait que l'énergie électrique produite par l'usine devait être achetée par Latvenergo et distribuée par celle-ci sur le réseau national. Quant au chauffage, son achat et sa distribution étaient confiés à la municipalité de Bauska. Qui plus est, le contrat prévoyait que la production de l'usine débutait à partir du 17 septembre 1999. Or, ladite production n'a démarré à partir du 28 février 2000, d'où la naissance d'une action devant un tribunal arbitral. Les allégations de l'investisseur demandeur reposent sur le retard du démarrage de la production

³¹⁷ *Accord entre le Canada et le Mali concernant la promotion et la protection des investissements*, supra note 18 à l'art 2.

de l'usine en raison du refus de l'entreprise Latvenergo de payer le double tarif de l'électricité de ladite usine, ainsi qu'en raison du fait que toute l'énergie électrique livrée par le demandeur après le démarrage n'a été payé qu'à 0,75 du tarif moyen.³¹⁸ Étant une entreprise d'État – car l'État de Lettonie y détient 100% d'actions³¹⁹ – et suivant ses actes ayant causé des dommages à l'investisseur demandeur, le tribunal arbitral a d'abord qualifié ladite entreprise d'émanation de l'État de Lettonie. Par conséquent, il a conclu qu'un acte commis par une émanation de l'État défendeur en violation d'un traité d'investissement engage la responsabilité internationale de l'État, et ce, sur la base de sa propre omission.³²⁰

En sus de la disposition relative au champ d'application, les TBI contiennent d'autres dispositions spécifiques portant sur la responsabilité internationale de l'État d'accueil de l'investisseur. Dans le contexte particulier du Mali, l'on peut noter la clause d'indemnisation des pertes, édictée à l'article 7 de l'*APIE Mali-Canada*.³²¹ L'engagement de la responsabilité internationale sur la base d'une telle clause a été reconnu par le tribunal arbitral dans l'affaire *AMT c Zaire*.³²² Il est constatable dans cette affaire que la responsabilité internationale de l'État donnant application à la clause d'indemnisation des pertes est évaluée sur la base de l'omission (et non de l'imputation). Or, il n'en va pas même de la clause de la sécurité pleine et entière contenue dans l'article 6 de l'*APIE Mali-Canada*³²³, « dont la violation constituera un fait illicite à condition que l'imputation à l'État

³¹⁸ *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v The Republic of Latvia* (December 16, 2003) SCC à la p 29.

³¹⁹ *Ibid* à la p 1.

³²⁰ *Ibid* aux pp 31-32.

³²¹ *Accord entre le Canada et le Mali concernant la promotion et la protection des investissements*, *supra* note 18 à l'art 7.

³²² *American Manufacturing & Trading, Inc. v Republic of Zaire (AMT c Zaire)*, *supra* note 264 au para 6.13

³²³ *Accord entre le Canada et le Mali concernant la promotion et la protection des investissements*, *supra* note 18 à l'art 6 : (1.) Chacune des Parties accorde aux investissements visés un traitement conforme à la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier, y compris un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et sécurité intégrales. (2.) Les principes de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » visés au paragraphe 1 n'exigent pas un traitement plus favorable que celui qu'exige la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier. (3.) La constatation qu'il y a eu violation d'une autre

puisse être établie. »³²⁴ Un raisonnement similaire s'appliquerait aux clauses de traitement juste et équitable, de traitement de la nation la plus favorisée ou d'expropriation.³²⁵

2.2.2. *L'imputabilité du fait des mouvements insurrectionnels*

Quant à l'imputabilité des faits des mouvements insurrectionnels ayant porté atteinte aux investissements étrangers, la jurisprudence est abondante en la matière. Retenons l'affaire *G. L. Solis c The United Mexican States*, où la Cour a stipulé que l'État défendeur n'est pas responsable des actions commises en toute violation de sa propre autorité par des groupes rebelles, à moins qu'il ne soit lui-même coupable d'un manquement à son obligation de bonne foi ou encore d'une négligence dans la répression de l'insurrection.³²⁶ La CDI a souscrit à cette approche, en ajoutant qu'il s'agit d' « un principe général selon lequel le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre n'est pas attribuable à l'État part de l'hypothèse que les structures et l'organisation du mouvement sont et demeurent indépendantes de celles de l'État. »³²⁷ Ainsi, une telle responsabilité ne serait imputable à l'État que si, notamment, le groupe rebelle ou le mouvement révolutionnaire insurrectionnel arrive à fonder un nouvel État ou succède au gouvernement. À cet égard, l'on peut penser à la sécession du Soudan du Sud en 2011, de l'Érythrée en 1993 et, à la limite, des structures mises en place par les groupes séparatistes au Mali sous l'entité d'Azawad.³²⁸ Les atteintes

disposition du présent accord ou à d'une disposition d'un autre accord international n'a pas pour effet d'établir une violation du présent article.

³²⁴ Charles Leben, dir., *supra* note 283 à la 431.

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ *G. L. Solis c The United Mexican States*, (1928) RSA à la p 361.

³²⁷ « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs 2001 », *supra* note 298 à la p 119.

³²⁸ L'Azawad est une appellation donnée par les mouvements rebelles au nord du Mali. Le 6 avril 2012 et pendant que l'État malien était affaibli par un coup-d'État militaire et par l'occupation des groupes terroristes, le Mouvement national de libération de l'Azawad (MNLA) a proclamé unilatéralement l'indépendance de cette partie du territoire malien. Bien qu'aucun État n'ait reconnu cette indépendance, l'État malien peine à asseoir son autorité sur une partie de son territoire, en l'occurrence la région de Kidal, jusque-là occupée par le MNLA et les groupes islamiques. D'où la question de savoir si l'État malien pourrait engager sa responsabilité internationale d'un fait illicite commis par des personnes privées (par exemple) sur ce territoire occupé mais faisant *de jure* partie du Mali.

commises aux investissements étrangers par ces mouvements sécessionnistes sont susceptibles de leur être attribuées en raison du caractère autonomiste de leurs structures vis-à-vis l'État en question. D'ailleurs, il est possible que ce genre de groupe soit « responsable de son propre comportement en vertu du droit international, par exemple dans le cas où ses forces violeraient le droit international humanitaire. »³²⁹ Par conséquent, il s'agira, non pas de la responsabilité de l'État, mais de celui du groupe concerné.

2.2.3. L'imputabilité du fait des groupes agissant comme organes de facto de l'État

L'article 9 des *Articles* de la CDI traite du comportement d'une personne ou d'un groupe en cas d'absence ou de carence des autorités officielles. En effet, un État peut engager sa responsabilité internationale pour un fait illicite commis par une personne ou un groupe de personnes exerçant les pouvoirs dévolus aux organes dudit État, et ce, lorsque celui-ci perd ou ne contrôle pas une partie ou l'ensemble de son territoire. « Ces hypothèses ne surviennent que dans des circonstances exceptionnelles, telles qu'une révolution, un conflit armé ou une occupation étrangère au cours desquels les autorités régulières sont dissoutes, disparaissent, ont été supprimées ou sont temporairement inopérantes. »³³⁰ À titre illustratif, des mouvements terroristes ont profité de l'absence et de la carence des autorités maliennes pour exercer des prérogatives de celles-ci dans certaines localités du nord du Mali. Au-delà de l'instauration d'une justice islamique basée sur la l'application de la *Charia*, ces mouvements ont institué une police islamique dans les régions de Gao, de Tombouctou et de Kidal.³³¹

³²⁹ « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs 2001 », *supra* note 292 à la p 125.

³³⁰ *Ibid.*, à la p 115.

³³¹ Human Rights Watch, *Le conflit armé au Mali et ses conséquences*, Recueil de Human Rights Watch 2012-2017, 2017 à la p 137. En ligne : https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/malicompendium0217fr.pdf. (Consulté le 6 avril 2018).

Pour que le comportement des groupes terroristes en l'espèce puisse être imputable à l'État malien, les trois conditions prévues à l'article 9 des *Articles* de la CDI doivent impérativement être réunies : « premièrement, le comportement doit se rapporter effectivement à l'exercice de prérogatives de puissance publique, deuxièmement, le comportement doit avoir été adopté en cas d'absence ou de carence des autorités officielles, et troisièmement, il faut que les circonstances aient justifié l'exercice de ces prérogatives de puissance publique. »³³² Bien que les deux premières conditions soient réunies en l'espèce, il va sans dire qu'aucune circonstance ne justifie l'instauration d'une police et d'une justice islamique dans un État, dont le préambule et l'alinéa 4 de l'article 118 de la *Loi constitutionnelle* prônent inaliénablement la laïcité, laquelle ne peut être révisée.³³³

Une innovation constatée en droit international public est la responsabilisation des entités non-étatiques, notamment les groupes exerçant les prérogatives des organes étatiques. Dans le présent cas figure, l'érosion du pouvoir et les limites de la responsabilité de l'État, corollairement au renforcement du pouvoir et au danger potentiel que peuvent représenter les groupes agissant comme organes *de facto* de l'État, constitue des motifs suffisants pour que lesdits groupes répondent de leurs propres comportements.³³⁴ En ce cas, ils peuvent engager leur propre responsabilité internationale.³³⁵

En conclusion à l'imputabilité des faits des groupes agissant comme organes *de facto* de l'État, des mouvements insurrectionnels et d'autres groupes armés, il convient de faire la remarque suivante.

³³² « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs 2001 », *supra* note 298 à la p 115.

³³³ *Constitution du Mali*, *supra* note 66 au Préambule et à l'art. 118, al.4.

³³⁴ Gérard Cahin, « The responsibility of other entities: Armed bands and criminal groups » (2010) 331 Oxford University Press à p 332.

³³⁵ *Ibid.*

C'est seulement lorsqu'ils sont Parties à un conflit armé que le Conseil de sécurité des Nations Unies leur adresse directement ses observations, afin qu'ils se conforment aux normes du DIH.³³⁶ Hormis ce cas, les entités non étatiques susmentionnées ne sont pas directement visées par les résolutions du Conseil de sécurité; celui-ci invite directement les États à prendre des mesures nécessaires pour prévenir et empêcher les actes illégaux des entités non étatiques sur les territoires.³³⁷

2.2.4. L'imputabilité du fait des personnes privées

Le droit international général établit que les actes posés par des particuliers ou des personnes privées n'ayant aucun lien avec l'État au moment de sa commission, ne sont pas en principe imputables à l'État. On peut imaginer le cas où les habitants d'une localité malienne se faufilent dans les locaux d'une société minière canadienne exploitant dans leur village et refusant d'embaucher la main-d'œuvre locale. Pour exprimer leur mécontentement, ces habitants détruisent les biens de la société. Dans une telle situation, l'État malien ne sera pas en principe responsable desdits faits, dans la mesure où il est clairement établi qu'il n'existe aucun lien entre lesdits habitants et l'État malien à l'époque des dommages. Toutefois, l'État malien peut engager sa responsabilité internationale envers ladite société minière, s'il manque à son obligation internationale de protéger les étrangers sur son territoire ou s'il manque à son devoir juridique de prendre des mesures adéquates pour prévenir et réprimer les crimes commis contre les étrangers.³³⁸

Une mesure suffisante pourrait consister au déploiement des forces de sécurité étatique en vue de la protection des biens et du personnel d'une corporation transnationale, et ce, dès que l'État malien

³³⁶ *Ibid* à la p 340.

³³⁷ *Ibid*.

³³⁸ François Finck, *L'imputabilité du droit de la responsabilité internationale : Essai sur la commission d'un fait illicite par un État ou organisation internationale*, Thèse de doctorat en droit, Université de Strasbourg, 2011 [no publiée] aux pp 105-106.

est au courant des menaces, voire des soupçons raisonnables d'attaques visant ladite corporation. Une autre mesure diligente consisterait aux dispositions à prendre par l'État malien pour renforcer la sécurité des investisseurs étrangers sur son territoire, dès lors que les investissements de ceux-ci ont déjà fait l'objet d'une attaque causant de dommages.

Pour reprendre les termes d'Anzilotti, « l'acte illicite, au point du vue du droit international, est en pareil cas, l'omission de l'État et non pas l'action positive des individus; et l'État est donc tenu pour son fait, mais non en qualité de complice des individus [...] »³³⁹ Aussi, l'État malien peut être tenu responsable en l'espèce aux termes de la prescription de l'article 11 des *Articles* de la CDI. Cet article dispose que « [u]n comportement qui n'est pas attribuable à l'État selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet État d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet État reconnaît et adopte ledit comportement comme sien. »³⁴⁰

Les tribunaux se sont montrés intransigeants dans la détermination de la responsabilité de l'État des faits illicites des particuliers n'ayant aucun lien avec l'État. Dans l'affaire *Wena Hotels v Egypt*, le tribunal a jugé que l'Égypte a violé son obligation, conformément au traité, d'accorder à l'investisseur du demandeur un traitement équitable et une protection et sécurité intégrales.³⁴¹

Le tribunal a fondé sa conclusion sur cette affirmation : « Although it is not clear that Egyptian officials other than officials of EHC directly participated in the April 1, 1991 seizures, there is substantial evidence that Egypt was aware of EHC's intentions to seize the hotels and took no

³³⁹ Dionisio Anzilotti, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par les étrangers » (1906) RGDIP aux pp 14-15. Voir également Eisemann Pierre Michel, *Dionisio Anzilotti, La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers*, Paris, Dalloz, 2012; François Finck, *supra* note 304.

³⁴⁰ « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs 2001 », *supra* note 298 à l'art 11.

³⁴¹ *Wena Hotels v Egypt* (December 8, 2000) 41 ILM 896 (2002). Voir également Christoph Schreuer, *supra* note 84 à la p 7.

actions to prevent EHC from doing so [...]. Finally, Egypt never imposed substantial sanctions on EHC or its senior officials, suggesting Egypt's approval of EHC's actions. »³⁴² Dans l'affaire *Amco Asia Corporation and Others v The Republic of Indonesia*, une décision similaire a été rendue par le tribunal : « It is a generally accepted rule of international law, clearly stated in international awards and judgments and generally accepted in the literature, that a State has a duty to protect aliens and their investment against unlawful acts committed by some of its citizens [...] »³⁴³

2.2.5. L'imputabilité du fait d'une organisation internationale

Outre les cas des particulier, un scénario approprié en l'espèce concerne l'imputabilité des faits illicites des organisations internationales à l'État d'accueil de l'investisseur, qui y est membre. Un exemple imaginaire est le cas des différentes organisations opérant dans la mission de la paix au Mali, à savoir : le MINUSMA, le groupe G5-Sahel, etc. Se pose la question de savoir si une entorse aux investissements étrangers commise par l'une desdites organisations pourrait être imputable à l'État malien. Tout comme le raisonnement avancé dans le cas des faits illicites des particuliers et des mouvements insurrectionnels, l'État ne saurait être tenu responsable des faits commis par les organisations internationales, que s'il cautionne ou ratifie tels faits ou encore s'il omet ou néglige de prendre des mesures diligentes pour les prévenir.³⁴⁴ En d'autres mots, l'État sera en l'espèce responsable de son propre fait, qui peut consister en une omission ou une négligence. Ce principe découle de la reconnaissance de la personnalité juridique aux organisations internationales, conformément à l'article 3 du *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations*

³⁴² *Ibid* au para 84.

³⁴³ *Amco Asia Corporation and Others v The Republic of Indonesia* (November 20, 1984) 1 ICSID 413 au para 172. Voir également Christoph Schreuer, *supra* note 84 à la p 8.

³⁴⁴ « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs 2001 », *supra* note 298 à l'art 11.

internationales, qui prévoit que « [t]out fait internationalement illicite d'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale. »³⁴⁵

Si l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* a rendu indubitable la personnalité juridique internationale des Nations Unies, il faut déterminer sous d'autres angles celle du G-5 Sahel³⁴⁶. L'article 2 de la *Convention portant création du G-5 Sahel*³⁴⁷ prévoit que l'organisation est dotée de la personnalité juridique. La question fondamentale est de savoir si cela équivaudrait à la personnalité juridique internationale, initialement attribuée aux États et aux organisations internationales. La présente thèse répond à l'affirmative et justifie sa position sur le fait que les organisations internationales au sens des *Articles* de la CDI incluent « toute organisation instituée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international et dotée d'une personnalité juridique internationale propre. »³⁴⁸ Partant, le G-5 Sahel est créé par une convention multilatérale entre cinq États souverains dans le but de coordonner des actions sur le sujet de la sécurité dans la zone sahélienne. Par ailleurs, il est tout à fait plausible qu'un investisseur canadien lésé par les forces de G-5 Sahel au Mali puisse se retourner contre l'État malien, s'il émet un doute

³⁴⁵ « Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011 » 2(2) Ann CDI, New York, NU, 2011 à l'art 3.

³⁴⁶ Le « G5 Sahel » : Groupe de cinq pays du Sahel: le Burkina Faso, le Mali, la Mauritanie, le Niger et le Tchad. Il est créé le 16 Février 2014 à Nouakchott en République Islamique de Mauritanie. Il est un cadre institutionnel de coordination notamment en matière de sécurité régionale. Il s'est doté d'une Convention signée le 19 Décembre 2014 et a son siège en Mauritanie. Le G5 Sahel a pour objet de (1) garantir des conditions de développement et de sécurité dans l'espace des pays membres ; (2) offrir un cadre stratégique d'intervention permettant d'améliorer les conditions de vie des populations ; (3) allier le développement et la sécurité, soutenus par la démocratie et la bonne gouvernance dans un cadre de coopération régionale et internationale mutuellement bénéfique ; (4) promouvoir un développement régional inclusif et durable. Plus d'information, voir <http://www.g5sahel.org/index.php/qui-sommes-nous/le-g5-sahel>. (Consulté le 26 mars 2018).

³⁴⁷ *Convention portant création du G5 Sahel*, 19 décembre 2014, Décret n°2015-0128/PM-RM (entrée en vigueur au Mali : 28 janvier 2015) à l'art 2.

³⁴⁸ « Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011 » supra note 343 à l'art 2 a).

quant au caractère objectif de la personnalité de cette organisation.³⁴⁹ Il peut aussi poursuivre directement l'État malien si l'État canadien (son État de nationalité) ne reconnaît pas cette organisation.³⁵⁰

En dépit des cas d'exclusion susmentionnés de la responsabilité internationale de l'État, certains principes gouvernés par le régime de la responsabilité civile en droit interne circonscrivent les causes exonératoires ainsi que les clauses mitigatives de la réparation des dommages dus à la faute contributive de l'investisseur.

2.2.6. Faute contributive de l'investisseur et causes exonératoires de responsabilité

L'article 39 des *Articles* de la CDI prescrit les facteurs à considérer en vue de la détermination de la réparation du préjudice subi. Ces facteurs sont essentiellement axés tant sur l'évaluation de l'action ou l'omission, intentionnelle ou par négligence de l'État lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée, que sur l'analyse d'une quelconque faute contributive de l'investisseur dans le préjudice qu'il aurait subi.

La jurisprudence a accordé une attention particulière à la faute contributive à chaque fois qu'il a lieu de déterminer la réparation du dommage. Dans l'affaire *RosInvestCo UK Ltd. v The Russian Federation*, le tribunal arbitral a tranché que l'investisseur demandeur a contribué à son propre malheur et que la faute contributive - bien qu'elle n'exonère pas la Russie - aura un impact important sur la détermination du quantum des dommages. Il l'explique ainsi: « [w]hile these contributions of Yukos to its own demise do not change the conclusion that Respondent breached the IPPA with regard to Claimant's shares, they may be relevant in the consideration later in this

³⁴⁹ François Finck, *supra* note 338 à la p 278.

³⁵⁰ *Ibid.*

Award of the quantum of any damage due to Claimant which will be examined hereafter in this award. »³⁵¹Le CIRDI est arrivé à une conclusion similaire dans une affaire qu'il a rendue deux ans plus tard. Dans l'affaire *Occidental Petroleum Corporation c Equateur*, il a conclu que « [i]n the view of the Tribunal, the Claimants should pay a price for having committed an unlawful act which contributed in a material way to the prejudice which they subsequently suffered when the *Caducidad Decree* was issued. »³⁵²

D'autres dispositions des *Articles* de CDI ont expressément trait aux causes exonératoires de la responsabilité internationale de l'État. Parmi ces causes, il y a notamment la force majeure³⁵³, l'état de nécessité³⁵⁴, les contre-mesures à raison d'un fait internationalement illicite³⁵⁵, le consentement³⁵⁶, la détresse³⁵⁷ et la légitime défense.³⁵⁸ Sans faire un tour d'horizon sur l'ensemble

³⁵¹ *RosInvestCo UK Ltd. v The Russian Federation*, (2010) SCC079/2005 (Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm) au para 635.

³⁵² *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador* 2012) ICSID ARB/06/11 aux para 680-681 et 825.

³⁵³ Art 23 (1.) L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation. (2.) Le paragraphe 1 ne s'applique pas : a) Si la situation de force majeure est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque; ou b) Si l'État a assumé le risque que survienne une telle situation.

³⁵⁴ Art 25. (1.) L'État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait: a) Constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; et b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble. (2.) En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité: a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou b) Si l'État a contribué à la survenance de cette situation.

³⁵⁵ Art 22. L'illicéité du fait d'un État non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre État conformément au chapitre II de la troisième partie.

³⁵⁶ Art 20. Le consentement valide de l'État à la commission par un autre État d'un fait donné exclut l'illicéité de ce fait à l'égard du premier État pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement.

³⁵⁷ Art 24. (1) L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si l'auteur dudit fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger. (2.) Le paragraphe 1 ne s'applique pas : a) Si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque; ou b) Si ledit fait est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave.

³⁵⁸ Art 21. L'illicéité du fait de l'État est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec la Charte des Nations Unies

de ces causes d'exonération, il convient de noter que les cas de force majeure et du consentement méritent une attention particulière.

En ce qui a trait à la force majeure, elle est appliquée suivant des critères bien établis dans la loi et suivis par la jurisprudence. Plusieurs États défendeurs ont soulevé ce moyen de défense devant le CIRDI. Dans l'affaire *LETSCO v Liberia*, le tribunal a reconnu les événements compromettant la sûreté de l'État d'accueil – tels qu'un coup d'État – comme une force majeure.³⁵⁹ Il a qualifié : « la confusion politique et économique qui en est résulté dans le pays comme pouvant être considérée comme une force majeure au sens des dispositions du contrat. »³⁶⁰ Qui plus est, dans l'affaire *SM Production Corporation c République Centrafricaine*, le tribunal arbitral ayant souligné que les critères de la force majeure sont bien circonscrits dans le contrat d'investissements par les Parties (l'imprévisibilité, l'irrésistibilité et l'extériorité)³⁶¹, il a conclu : « [a]insi, en l'espèce, le Tribunal considère que la situation sécuritaire en RCA est une situation de force majeure telle qu'elle est définie dans le Contrat et se situe en dehors de la volonté de RSM. L'existence des trois éléments est donc bien établie et le Tribunal retiendra, en conséquence, l'existence de la force majeure. »³⁶² En revanche, le tribunal arbitral a exclu la défense de force majeure dans l'État d'accueil dans l'affaire *AUCOVEN c Venezuela*. En effet, il a jugé que les trois critères pouvant donner lieu à l'application de la force majeure ne sont pas réunis en l'espèce, en ce que le Venezuela n'a pas rempli son fardeau de prouver le critère d'imprévisibilité.³⁶³

³⁵⁹ *Liberian Eastern Timber Corporation v Republic of Liberia* (March 31, 1986) CIRDI No. ARB/83/2.

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ *SM Production Corporation c République Centrafricaine* (7 décembre 2010) CIRDI ARB/07/02 aux para 176 et suiv.

³⁶² *Ibid* au para 185.

³⁶³ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (AUCOVEN) c République du Venezuela* (23 septembre 2003) CIRDI ARB/00/5.

Pour ce qui est de la défense de consentement, la reconnaissance des corporations transnationales comme « sujets ou personnes juridiques en droit international » complexifie son analyse. Le consentement en l'espèce concerne celui des États indépendants entre eux de mettre fin ou suspendre un traité d'investissement au sens des articles 54 et suivants de la *Convention de Vienne de 1969*.³⁶⁴ Cependant, il serait farfelu de concéder que l'État défendeur puisse se rabattre sur le consentement de l'État de nationalité de l'investisseur pour requérir l'exonération de sa responsabilité pour une faute ayant causé préjudice à un tiers (l'investisseur en l'espèce). Sans ambages, seul le consentement libre et éclairé de l'investisseur étranger dans pareille circonstance peut être retenu, conformément à l'article 20 des *Articles* de la CDI. C'est le cas lorsque l'investisseur étranger conclut un contrat avec l'État d'accueil dans lequel il accepte un comportement étatique « dont le caractère illicite disparaîtrait *ipso facto*. »³⁶⁵ Bien qu'il soit difficile d'admettre qu'un investisseur étranger peut, dans les faits, accepter les risques politiques dans l'État hôte, il est évident que les États en proie aux conflits armés ou à d'autres types de risques demeurent des terrains fertiles à l'investissement étrangers. Cela peut sous-entendre que les corporations s'installent dans lesdits États en toute connaissance de cause; la responsabilité de l'État n'étant pas éclipsée pour autant. L'exemple de la République démocratique du Congo est éloquent en la matière, où – malgré que les risques d'insécurité aient atteint leur paroxysme – les corporations transnationales sont de plus en plus nombreuses à s'y intéresser. Pensons à l'affaire précitée impliquant la corporation australo-canadienne Anvil Mining à la République démocratique du Congo.³⁶⁶

³⁶⁴ Charles Leben, dir., *supra* note 283 à la 459.

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ Myriam Bourgy, *supra* note 230.

Par ailleurs, certaines fautes contributives de l'investisseur étranger peuvent avoir des conséquences plus graves. En interprétant le raisonnement de Nils Melzer, l'on sera tenté d'évoquer qu'au regard du droit international humanitaire, conventionnel et coutumier, applicable dans les conflits armés, l'investisseur étranger bénéficie d'une protection contre les attaques directes, à moins qu'il participe directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation.³⁶⁷ Suivant ce cas de figure, ledit investisseur peut voir sa requête de réparation contre l'État voué à l'échec, s'il souffre des dommages à raison d'une attaque dans laquelle il a directement participé pendant un conflit armé. C'est généralement le cas des corporations militaires privées qui prennent part à un conflit armé.

Vient enfin la question des recours et du *forum* pouvant être saisi par l'investisseurs étranger lésé pour requérir la réparation des dommages subis par suite une faute commise par l'État ou imputable à celui-ci selon les normes du droit international.

3. Recours et forums en matière d'investissement étranger

En embrassant le contexte de l'investissement étranger entre le Mali et le Canada, il va sans dire que la source primaire du recours d'un investisseur canadien opérant au Mali à l'encontre de celui-ci, est l'*APIE Mali-Canada*. Ce dernier ne se décline pas au profit de l'application d'une autre convention internationale sous prétexte d'un conflit armé, à moins qu'une de ses dispositions ne le prévoie expressément. Préalablement à une analyse dudit accord, il convient d'esquisser les dispositions des *Articles* de la CDI en la matière.

³⁶⁷ Nils Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Genève, CICR, 2010 à la p 73.

L'article 44 des *Articles* de la CDI³⁶⁸ prescrit les conditions *sine qua non* à l'invocation de la responsabilité internationale de l'État. Ces conditions se résument au fait que (a) la demande doit au préalable être présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations; (b) toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces doivent être épuisées au cas où la demande est soumise à l'épuisement des voies de recours internes. À cet effet, certains traités d'investissements édictent que l'investisseur lésé doit épuiser les recours internes de l'État défendeur avant de saisir l'arbitrage du CIRDI. C'était le cas litigieux dans l'affaire *Wintershall Aktiengesellschaft*, où les recours « devant le CIRDI a été soumis au respect de l'article 10 du TBI Allemagne-Argentine, qui conditionne l'arbitrage CIRDI à la soumission préalable du litige aux tribunaux de l'État dans lequel l'investissement a été réalisé. »³⁶⁹

L'*APIE Mali-Canada* ne contient pas une disposition similaire; il s'inscrit plutôt dans les mécanismes alternatifs de résolution de conflits, lesquels consistent à soumettre le contentieux devant une instance autre que judiciaire. Tel qu'il sera démontré ultérieurement, le problème du recours à l'arbitrage se pose au niveau du consentement de l'État défendeur. Qu'à cela ne tienne, l'article 21 de l'*APIE Mali-Canada* exige de l'investisseur canadien lésé de tenir des consultations avec l'État malien en vue d'un règlement à l'amiable, et ce, bien avant de soumettre la plainte à l'arbitrage. C'est à l'article 23 que l'on retrouve la possibilité pour l'investisseur de déposer une plainte à l'arbitrage contre l'État malien. Force est de souligner que le caractère bilatéral de l'*APIE Mali-Canada* n'est pas synonyme d'exclusion d'une tierce partie bénéficiaire, qu'est l'investisseur étranger.

³⁶⁸ « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs 2001 », *supra* note 298 à l'art 44.

³⁶⁹ Franck Latty, « Arbitrage transnational et droit international général » (2008) 54 AFDI 467 à la p 503.

Il a été démontré dans les chapitres précédents que la reconnaissance de la personnalité internationale – donc sa capacité juridique internationale – est le noyau dur de l’argument voulant qu’une corporation transnationale « se voit reconnaître un droit de recours direct contre l’État étranger, par le biais d’une action autonome, i.e. sans que son État de nationalité ait à prendre fait et cause pour elle par le mécanisme de la protection diplomatique. »³⁷⁰ Aux termes du rapport des administrateurs du CIRDI, lorsqu’un État partie au différend d’investissement acquiesce à l’arbitrage, donnant « ainsi à l’investisseur accès direct à une instance internationale, l’investisseur ne devrait pas pouvoir demander à son État d’épouser sa cause et cet État ne devrait pas avoir le droit de le faire. »³⁷¹

Les conditions du recours interne n’étant pas exigibles, il est évident que « la protection diplomatique n’a plus vocation à intervenir dans le cadre du TBI. »³⁷² Toutefois, une telle protection aura toute son essence advenant le refus de l’État partie au contentieux en matière d’investissement – ayant donné son consentement à l’arbitrage – de se conformer à la sentence rendue par le tribunal arbitral compétent.³⁷³

Un obstacle avéré de la soumission d’une plainte à l’arbitrage concerne l’absence ou le refus du consentement de l’État partie au différend. Un tel consentement est une condition *sine qua non* au dépôt d’une plainte à l’arbitrage, prévue tant dans l’*APIE Mali-Canada* que dans la *Convention de Washington*³⁷⁴ Tandis que l’article 24 de l’*APIE Mali-Canada* prescrit les conditions de validité

³⁷⁰ *Ibid* à la p 474. Voir également Voy. P. Dumberry, « L’entreprise, sujet de droit international ? » (2004) RGDIP 103 aux pp. 105 et suiv.

³⁷¹ CIRDI, *Rapport des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d’autres États*, (15 avril 2006) Washington, D C aux pp 35 et suiv.

³⁷² *Ibid* à la p 503.

³⁷³ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d’autres États*, *supra* note 284 à l’art 27.

³⁷⁴ *Ibid*.

du consentement, l'article 26 de la *Convention de Washington* dispose qu'un tel consentement donné par une partie au différend est « considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. » Au sens de ce dernier article *in fine*, l'État malien peut exiger – comme condition à son consentement à l'arbitrage dans la cadre de la présente *Convention* – que l'investisseur canadien lésé épuise les recours administratifs ou judiciaires internes du Mali. Bien que l'*APIE Mali-Canada* ne prévoient pas l'épuisement des recours internes comme condition préalable à l'arbitrage, la *Convention de Washington* donne un pouvoir discrétionnaire à l'État malien d'exiger un tel recours ou de consentir directement à l'arbitrage.

Dans l'affaire *Patrick H. Mitchell c La République Démocratique du Congo*, la défenderesse a soulevé l'argument selon lequel la demande de l'investisseur ne pourrait pas être entendue par le tribunal arbitral saisi, car le demandeur aurait dû s'adresser tout d'abord aux autorités judiciaires ou administratives compétentes du l'État hôte. Le tribunal arbitral a réfuté ce déclinatoire de compétence en concluant que « le recours aux autorités étatiques est un droit et non une obligation de l'investisseur, qui est libre de se servir directement de la voie consacrée à l'article VII [du] TBI pour le règlement des différends. »³⁷⁵ En revanche, le tribunal arbitral a décliné sa compétence dans l'affaire *Menzies Middle East and Africa S.A. et Aviation Handling Services International Ltd. c République du Sénégal*. Ainsi, il a conclu qu'il ne « pourrait contraindre la [d]éfenderesse à soumettre à l'arbitrage ses différends avec les fournisseurs de services luxembourgeois. L'absence de consentement du Sénégal est une barrière à la compétence de ce Tribunal arbitral. »³⁷⁶ Dans cette affaire, le tribunal a estimé que le litige devrait être soumis aux juridictions sénégalaises.

³⁷⁵ *Patrick H. Mitchell c La République Démocratique du Congo* (9 février 2004) CIRDI ARB/99/7 aux para 33 et 40-42.

³⁷⁶ *Menzies Middle East and Africa S.A. et Aviation Handling Services International Ltd. c République du Sénégal*, (5 août 2016) CIRDI ARB/15/21 au para 143 et 158.

Dans une affaire portant, cette fois-ci, sur le déclinatoire de compétence pour motif de non-épuisement du recours interne, le tribunal arbitral a maintenu sa compétence. En effet, dans l'affaire *Benvenuti & Bonfant c République Populaire du Congo*, l'État défendeur a demandé au tribunal de décliner sa compétence au motif « que les procédures internes étaient en cours et donc que la société italienne n'avait pas épuisé les voies de recours internes et de ce fait elle ne pouvait pas saisir le CIRDI. »³⁷⁷ Le tribunal arbitral a rejeté cette allégation en tranchant que le contrat en question n'était assorti d'aucune clause d'épuisement des recours internes; par ces motifs l'État congolais a été condamné conformément à l'article 26 de la *Convention de Washington*.³⁷⁸ Enfin, le CIRDI a refusé de décliner sa compétence pour un motif analogue dans l'affaire *Maffezini c. Royaume d'Espagne*.³⁷⁹

En tout état de cause, les administrateurs du CIRDI prônent l'existence d'une présomption à l'effet que, « quand un État et un investisseur s'entendent pour recourir à l'arbitrage et ne se réservent pas le droit de recourir à d'autres modes de règlement ou n'exigent pas l'épuisement préalable d'autres voies de recours, l'intention des parties est de recourir à l'arbitrage à l'exclusion de tout autre mode de règlement »³⁸⁰, y compris les recours internes.

À lumière de ce qui précède, l'obligation de prévention ou de précaution constitue l'un des piliers importants dans la détermination de la responsabilité internationale d'un État. Cette obligation s'applique aux litiges fondés sur les traités d'investissement et son application ne peut être éludée

³⁷⁷ Eduardo Buitrón Patuel, « Droit des Investissements et Responsabilité Internationale » (2013) Université Catholique de Louvain à la p 18. En ligne :

https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/fr/object/thesis%3A1732/datastream/PDF_01/view. Consulté le 7 mars 2018.

³⁷⁸ *Benvenuti & Bonfant c République Populaire du Congo* (8 août 1980) CIRDI ARB/77/2.

³⁷⁹ *Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne*, *supra* note 46. Voir également Eduardo Buitrón Patuel, *supra* note 377 à la p 18.

³⁸⁰ CIRDI, *supra* note 371 aux pp 335 et suiv.

sur la base d'un silence législatif ou de l'absence d'un lien contractuel ou conventionnel. En effet, il s'agit d'une obligation *erga omnes*. Qui plus est la responsabilité internationale d'un État est aussi déterminée en vertu de diverses sources de droit. Dans le cadre d'un litige impliquant un investisseur et l'État-hôte, cette responsabilité peut découler du contrat d'investissement entre l'État-hôte et l'investisseur présumé lésé, du traité d'investissement entre l'État-hôte et l'État de nationalité de l'investisseur présumé lésé, du droit interne de l'État-hôte, ou encore du droit international. Quant à la portée de la responsabilité de l'État, elle obéit aux mêmes principes que celle de la responsabilité civile en droit interne, compte tenu des adaptations nécessaires. À titre d'exemple, la faute contributive de l'investisseur demandeur est prise en compte afin d'évaluer entre autres la mitigation de la responsabilité de l'État. Quant à la résolution de différends, la conciliation et l'arbitrage constituent les modes de résolutions les plus utilisés et requis dans les contrats et les traités d'investissement. Ces modes se caractérisent par la promptitude des décisions et la confidentialité. Enfin, il y a moins de risque de partialité des juges, contrairement aux recours conduits en vertu du droit interne et devant les tribunaux de l'État-hôte. L'*APIE Mali-Canada* souscrit aux modes alternatifs de résolution de conflit. Toutefois, il devrait aussi prévoir une disposition qui exclurait toute possibilité pour l'État hôte d'exiger l'épuisement des recours internes comme condition préalable à son consentement à l'arbitrage.

CONCLUSION

Cette étude a permis de cerner méticuleusement le régime juridique des investissements étrangers au regard des risques politiques, lesquels ravagent le continent africain en général et le Mali en particulier. La situation politique au Mali a été le fondement des critiques formulées à certaines clauses de l'*APIE Mali-Canada*, dont celle d'indemnisation des pertes subies. Celle-ci limite sa portée aux seules situations de conflit armé, de guerre civile ou de catastrophe. Or, les précédents judiciaires ont fait état d'autres événements susceptibles porter atteinte à la sécurité des investissements étrangers, à savoir : la révolution populaire, le trouble civil, la révolte, l'État d'urgence, les actes terroristes, etc. Partant, bien que la responsabilité de l'État malien puisse être engagée dans les situations précitées conformément au droit international public, l'*APIE Mali-Canada* aurait dû emboîter les pas aux TBI, qui tiennent compte de la particularité du climat politique de certains États d'Afrique pour prévoir des motifs analogues ou d'événements similaires dans leurs dispositions ayant trait à l'indemnisation pour les pertes subies.

Cette étude a aussi permis de reconnaître que les personnes morales sont investies des droits fondamentaux et que l'attribution desdits droits ne cause généralement pas de problème majeur sur le plan théorique. Cependant, la jouissance de certains droits peut paraître en pratique problématique, et ce, en raison du caractère technique et non biologique des personnes morales. C'est ce qui relève par exemple de l'affaire *Sdruzeni Jihoceske Matky c République tchèque*, où le tribunal a statué qu'une personne morale « ne saurait se prétendre victime d'une violation des droits personnels dont les titulaires ne peuvent être que les personnes physiques, tels les droits à la vie et à la santé ».³⁸¹ Il va sans dire que l'environnement juridique actuel est dominé par un consensus

³⁸¹ *Sdruzeni Jihoceske Matky c République tchèque*, supra note 151 à la p 85.

qui prend corps et s'affirme autour de la thèse qui plébiscite que le droit international public attribue des droits et impose des obligations aux acteurs non-étatiques, en l'occurrence les corporations transnationales. Ces obligations peuvent s'articuler autour de la responsabilité sociale des corporations et de la complicité et participation celles-ci dans les conflits armés.

Quant à la coexistence entre les normes de DIH et celles de droit international de l'investissement, le *Projet d'articles* crée un principe général « de la stabilité et la continuité juridiques » des traités – en l'occurrence les TBI – en affirmant que l'existence d'un conflit n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application non seulement entre les États Parties au conflit mais aussi entre un État Partie au conflit et un État qui ne l'est pas. D'ores et déjà, les corporations transnationales sont à la fois protégées et soumises aux normes du DIH. À cet égard, des études démontrent que « plus de 60% des entreprises mondiales du secteur extractif possèdent leur siège social au Canada. Ces dernières, en plus de développer des projets d'extraction qui sont parfois la cause de polémique ou de tension sociale, œuvrent la majorité du temps dans des pays ou des zones à risque de conflit ou de violence ».³⁸²

Par ailleurs, le régime juridique des investissements étrangers est en constante évolution et tend vers une reconnaissance indubitable de la personnalité juridique internationale aux corporations transnationales. La prolifération des traités d'investissement entre les États, la conclusion d'innombrables contrats d'investissement entre un investisseur et un État hôte, le régime général existant du droit international public, ainsi que les règles du droit interne de l'État hôte d'un investisseur, constituent des gages de cette reconnaissance progressive de la personnalité aux corporations. Toutefois, le respect des différentes normes des droits humains et du droit de

³⁸² Dominic Voisard, *supra* note 228.

l'environnement ne peut plus s'accommoder exclusivement à ces règles, et ce, pour les raisons déjà invoquées.

Alors qu'il recevait le Secrétaire général des Nations Unies et une centaine d'entreprises signataires du Pacte mondial, le président de la République française Jacques Chirac déclarait : « [l]e moment est venu de relancer les propositions sur une convention internationale relative à la responsabilité sociale environnementale des entreprises ».³⁸³ Notre réflexion s'inscrit dans cette dynamique et a tenu à mettre en évidence les raisons qui sous-tendent cette exigence. Enfin, les maux qui ont endeuillé l'humanité et auxquels plusieurs corporations transnationales ont participé ou se sont rendues complices ne se comptent plus.³⁸⁴ Gageons que l'heure ait enfin sonné, pour que ces dernières s'acheminent vers une résipiscence, en encourageant elles-mêmes - au lieu de servir d'empêchement aux États - d'adopter une convention internationale qui encadre leurs activités, tout en rendant plus humains, leurs agissements.

³⁸³ Emmanuel Decaux, *dir*, *supra* note 188 à la p 15.

³⁸⁴ Klaus Leisinger, « Droits de l'Homme et responsabilité des entreprises » (30 septembre 2008) *Le Temps*, Genève. En ligne : <https://business-humanrights.org/en/node/30301> (consulté le 1^{er} avril 2018).

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

CANADA

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ c C-12.

Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.

MALI

Code des Investissements du Mali, Loi n° 2012-016/ du 27 février 2012 portant Code des investissements du Mali.

Code domanial et foncier, Loi n°2016-025 du 14 juin 2016 portant Code domanial et foncier.

Code des hydrocarbures du Mali, Loi n°2015-035 du 16 juillet 2015 portant organisation de la recherche, de l'exploitation et du transport des hydrocarbures.

Constitution du Mali, Décret N° 92-0731 P-CTSP portant promulgation de la Constitution.

PROJETS DE LOI DU CANADA

Chambre des Communes, *Débats de la Chambre des communes*, 38^e parl, 1^{re} ses no 088 (25 avril 2005).

Chambre des Communes, *Projet de loi C-298*, 40^e parl, 3^e ses (3 mars 2010).

Chambre des Communes, *Projet de loi C-300*, 40^e parl, 3^e ses (3 mars 2010).

TRAITÉS & AUTRES TEXTES JURIDIQUES INTERNATIONAUX

Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie, 21 novembre 2008 RT Can 2011 no 1 (entré en vigueur : 15 août 2011).

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique, 17 décembre 1992, RT CAN 1994 no 32, ILM 289 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA].

Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne (UE), 2016.

Accord entre la Confédération Suisse et la République de Gambie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 22 novembre 1999 (entré en vigueur : 30 mars 1994).

Accord entre la République du Congo et le Royaume d'Espagne sur la promotion et la protection réciproques des investissements, 18 décembre 2008

Accord entre le Canada et le Mali concernant la promotion et la protection des investissements, 28 novembre 2014, RT Can 2016 no 5, (entré en vigueur : 8 juin 2016).

Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République d'Argentine sur l'encouragement et la protection des investissements, RT Can 1993 no 11.

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Bénin concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 8 janvier 2013, RT Can 2014 no13 (entré en vigueur : 12 mai 2014).

Accord entre le Canada et la République du Cameroun concernant la promotion et la protection des investissements, 3 mars 2014, RT Can 2016 no 15 (entré en vigueur : 16 décembre 2016).

Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements, RT Can 1991 No 31.

Accord général sur le commerce des services, 1^{er} janvier 1995.

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 1994, Publication OMPI 1996.

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 30 octobre 1947, 58 RTNU 187, RT Can 1947 no 27 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1948) [GATT de 1947].

Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements, 11 octobre 1985 RO 1989 641; FF 1987 I 134, Séoul, 1985.

Convention portant création du G5 Sahel, 19 décembre 2014, Décret n°2015-0128/PM-RM (entrée en vigueur au Mali :28 janvier 2015).

Convention de Vienne sur le droit des traités, le 23 mai 1969, 1155 RTNU 331.

Convention de Vienne sur les relations consulaires, 24 avril 1963, 596 RTNU 261 (entrée en vigueur : 19 mars 1967).

Convention européenne des droits de l'homme, (1950) 4XI Rome.

Convention pour la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée, 16 février 1976, 27 RTNU, (entrée en vigueur : 9 juillet 2004).

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, (signé par le Mali 9 avril 1976), Washington, (Entrée en vigueur au Mali : 2 février 1978).

Déclaration universelle des droits de l'Homme, Rés AG 217 (III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp no 13, Doc NU A/810 (1948 71).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, RT Can 1976 no 47, 6 ILM 368 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

Pacte international relatif aux droits économiques, sociales et culturels, 16 décembre 1966, 993 RTNU 13, RT Can 1976 no 46 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

« Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires y relatifs » 2(2) Ann CDI, New York, NU, 2011.

« Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs » 2(2) Ann CDI, New York, NU, 2011.

« Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011 » 2(2) Ann CDI, New York, NU, 2011.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, RT Can 2002 no 13 (entrée en vigueur : 1er juillet 2002).

Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993. Modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008.

MONOGRAPHIE

Michel Beaud et al, *Mondialisation, les mots et les choses*, Paris, Karthala, 1999.

Aude Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne (Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003.

Emile Byamungu Yalumire, *Le Principe de précaution en droit international humanitaire*, Saarbrücken, PAF, 2016.

Jean Carbonnier, *Flexible droit*, 9^e éd, Paris, LGDJ, 1998.

Julien Cazala, *Le principe de précaution en droit international*, Paris, LGDJ, 2006.

Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 3^e éd, 1997.

Emmanuel Decaux, dir, *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2010.

Christian Dominicé et al, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, International, Graduate Institute Pub, Genève, 1997.

Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 6^e éd, Paris, Dalloz, 2000.

Luc Marius Ibriga, *Le partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

Charles Leben, dir., *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015.

Penelope Simons, Audrey Macklin, *The Governance Gap: Extractive Industries, Human Rights, and the Home State Advantage*, Londres, Routledge, 2014.

Nils Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Genève, CICR, 2010.

Eisemann Pierre Michel, *Dionisio Anzilotti, La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers*, Paris, Dalloz, 2012

Suzy H. Nikièma, *Bonnes Pratiques Définition de l'investisseur*, Winnipeg, Manitoba, IISD, 2012.

P. Kahn, T. Wälde (ed.), *New Aspects of International Investment Law*, Leiden, Nijhoff, 2007.

PÉRIODIQUES

José E. Alvarez, « Are Corporations « Subjects » of International Law? » (2001) 9 Santa Clara J Int'l L.

Dionisio Anzilotti, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par les étrangers » (1906) RGDIP.

Freya Baetens, « When international rules interact: International investment law and the law of armed conflict » (2011) 3:1 Treaty News 11.

Julio A. Barberis, « La liberté de traiter des États et le jus cogens » (1970) 30 :19 ZaöRV.

Mohammed A. Bekhechi, « Droit international et investissement international : quelques réflexions sur des développements récents » (1991) Pedone, Paris.

David Bilchitz, « The Moral and Legal Necessity for a Business and Human Rights Treaty » (2015) University of Johannesburg. En ligne: <https://business-humanrights.org/en/treaty-on-business-human-rights-necessary-to-fill-gaps-in-intl-law-says-academic>. Consulté le 23 février 2018.

Régis Bismuth, « L'internationalisation du capitalisme d'État en question : Les failles de l'encadrement juridique des risques politiques et économiques posés par les investissements souverains étrangers (entreprises d'État et fonds souverains) » (2014) 45 : 3 IQHEI.

Myriam Bourgy, « Le massacre de Kilwa : Anvil Mining et l'Agence multilatérale de garantie des investissements, complices de crimes de guerre », 23 août 2017. En ligne : <http://www.cadtm.org/Le-massacre-de-Kilwa-Anvil-Mining>. Consulté le 20 janvier 2018.

Boutros Boutros-Ghali, « Le principe d'égalité des États et les Organisations Internationales » (1960) 100 RCADI.

Gérard Cahin, « The responsibility of other entities: Armed bands and criminal groups » (2010) 331 Oxford University Press.

Julien Cantegreil, « The Audacity of the Texaco/Calasiatic Award: René-Jean Dupuy and the Internationalization of Foreign Investment Law » (2011) 22 EJIL 2

Andrew Clapham, « Human Rights Obligations of Non-State Actors » (2006) 88 RICR 863.

Rachel Davis « Application des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme dans les zones de conflit : obligations des États et responsabilités des entreprises » (2012) 94 RICR 663.

Voy. P. Dumberry, « L'entreprise, sujet de droit international ? » (2004) RGDIP 103.

Xavier Dupré De Boulois, « Les droits fondamentaux des personnes morales » (2011) 15 RDLF.

Emeka Duruigbo, « Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges » (2008) 6 NW U J Int'l Hum Rts 222.

Hélène Ruiz Fabri, « Les catégories de sujets de droit international » (2005) Paris, SFDI Colloque du Mans, Le sujet en droit international, Pedone.

Francisco V. Garcia-Amador, « The Changing Law of International Claims » (1984) 1 Oceana Publications.

Marcel René Gouenet, « Risque D'instabilité Socio-Politique Et Attractivité Des Investissements Directs Étrangers (IDE) Au Cameroun » (2016) 16 :1 Global J of Human-Social Science.

Rosalyn Higgins, « Problems and Process: International Law and How We Use It » (1994) 16 N Y L Sch J Int'l & Com L 151.

Oussenil Illy, « L'État en faillite » en droit international » (2015) 28.2 RQDI.

Patrick Juillard, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements » (2004) 50 : 669 AFDI.

Garcia Kiteri, « Les droits fondamentaux des personnes morales » (2013) Institut Universitaire Varenne, LGDJ.

David Weissbrodt and Muria Kruger, « Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and other Business Enterprises with regard to Human Right », (2004) 97 Am J Int'l L 901.

Julian G. Ku, « The Limits of Corporate Rights Under International Law » (2012) 12 Chi J Int'l L.

Franck Latty, « Arbitrage transnational et droit international général » (2008) 54 AFDI 467.

Dmitri Georges Lavroff, « Le régime juridique des investissements étrangers dans les états d'Afrique Noire » (1969) 4 : 3 Africa Spectrum, Law in East Africa.

Charles Leben, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements » (2004) 50 AFDI.

Klaus Leisinger, « Droits de l'Homme et responsabilité des entreprises » (30 septembre 2008) Le Temps, Genève. En ligne : <https://business-humanrights.org/en/node/30301>.

Ernest-Marie Mbonda, « Aide au développement et responsabilité sociale des multinationales » (2013) 1520 :2 Enjeux éthiques de l'aide publique au développement.

Peter Muchlinski, « Corporation in International Law » (2012) Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press.

Davor Muhvić, « Legal Personality as a Theoretical Approach to Non-State Entities in International Law: The Example of Transnational Corporations » (2017) Pécis J Int'l & Eur L.

Awalou Ouedraogo, « La due diligence en droit international : de la règle de la neutralité au principe général » (2012) 42 : 2 RGD.

Eduardo Buitrón Patuel, « Droit des Investissements et Responsabilité Internationale » (2013) Université Catholique de Louvain. En ligne : https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/fr/object/thesis%3A1732/datastream/PDF_01/view.

Mathieu Pellerin, « La Sahel et la contagion libyenne », Politique étrangère (2012) 4 IFRI 835.

Florence Poirat, « L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées » (1998) 1 RGDIP.

Marlyse Quéré-Messing, « Le rôle de l'arbitrage dans l'assistance aux pays sous-développés » (1960) 6 AFDI.

John G. Ruggie, « A UN Business and Human Rights Treaty? » (2014) HKS à la p 3. En ligne: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/ruggie-on-un-business-human-rights-treaty-jan-2014.pdf>. (Consulté le 5 janvier 2018).

Christian Brunelle et Mélanie Samson, « Droit public et administratif » (2017-2018) 8 École du Barreau du Québec.

Christoph Schreuer, « The Protection of Investments in Armed Conflicts » (2012) 9 TDM 3.

Salim Chena et Antonin Tisseron « Rupture d'équilibres au Mali Entre instabilité et recompositions » (2012) 245 De Boeck Supérieur 71.

Salil Tripathi, « Business in Armed Conflict Zones: How to Avoid Complicity and Comply with International Standards » (2010) 50 Politorbis Nr 31.

Joe Verhoeven, « Principe de précaution, droit international et relations internationales quelques remarques » (2006) Université Panthéon-Assas (Paris 2). En ligne : <http://www.afri-ct.org/wp-content/uploads/2006/03/verhoeven2002.pdf>.

Dominic Voisard, « La responsabilité civile des entreprises multinationales complices de violations des droits de l'Homme : analyse des développements récents dans l'affaire Choc v Hudbay Minerals Inc. », Avocats sans Frontières, Le blogue des coopérants, 13 août 2013. En ligne : <https://www.asfcanada.ca/actions/blogue/la-responsabilite-civile-des-entreprises-multinationales-complices-de-violations-des-droits-de-l-homme-analyse-des-developpeme/>.

MÉMOIRES ET THÈSES

Rola ASSI, *Le régime juridique des investissements étrangers au Liban au regard de l'ordre juridique international*, thèse de doctorat en droit, Université Aix-Marseille, Université Libanaise, 2014 [non publiée].

Jessie Chella, *The complicity of multinational corporations in international crimes: an examination of principles*, PhD Thesis, Law Faculty, Bond University, 2012 [non publiée].

François Finck, *L'imputabilité du droit de la responsabilité internationale : Essai sur la commission d'un fait illicite par un État ou organisation internationale*, Thèse de doctorat en droit, Université de Strasbourg, 2011 [no publiée]

Dème Baba Hamady, *La garantie internationale des investissements étrangers dans le cadre de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI)*, mémoire de Master II recherche en droit international public, Université Jean Moulin Lyon3, Faculté de Droit, 2009 [non publié].

Hubert Koki Kouamé, *Les droits fondamentaux des personnes morales dans la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse de doctorat en droit, Université de La Rochelle, 2011 [non publié].

DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX

Affaires Mondiales Canada, en ligne :

http://www.canadainternational.gc.ca/mali/bilateral_relations_bilaterales/mali.aspx?lang=fra.

Affaires mondiales Canada, en ligne :

http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/agreements_type-type_accords.aspx?lang=fra.

Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, en ligne :

<http://www.international.gc.ca/development-developpement/countries-pays/mali.aspx?lang=fra>.

Ministre des affaires étrangères, « Human Security in Sudan: The Report of a Canadian Assessment Mission » (janvier 200), Ottawa, à la p 2. En ligne :

<http://www.ecosonline.org/reports/2000/Human%20Security%20in%20Sudan.pdf>. (Consulté le 14 avril 2018).

DOCUMENTATION INTERNATIONALE

AG NU, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, A/HRC/17/31, 2011.

AG NU, sess A/66/10, *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires relatifs*, Doc off CDI NU, 63^e sess (2011).

Banque africaine de développement, *L'Afrique dans 50 ans vers une croissance inclusive*, Tunis, Août 2011.

Cass AP, 12 juillet 2000, (2000) Bull Soc. Citroën, no 7.

Cass civ 3^e, 12 juin 2003 (2003) Bull III, n°125.

CE, 19 août 2002, Ordonnance du Juge des Référés du 19 août 2002, Front National, (2002).

CICR, *Les entreprises et le droit international humanitaire introduction aux droits et obligations des entreprises commerciales au regard du droit international humanitaire*, Genève, 11 septembre 2006. En ligne : <https://www.icrc.org/fr/publication/0882-les-entreprises-et-le-droit-international-humanitaire-introduction-aux-droits-et>

CICR, *Les entreprises et le droit international humanitaire introduction aux droits et obligations des entreprises commerciales au regard du droit international humanitaire*, Genève, novembre 2006. En ligne : http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/html/business_ihl_150806.

CIRDI, *Rapport des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, (15 avril 2006) Washington, D C,

Commission économique pour l'Afrique, *Les ressources minérales et le développement de l'Afrique*, Rapport du Groupe d'études international sur les régimes miniers de l'Afrique, Addis-Abeba, Éthiopie, 2011.

Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), AP, 66^e sess, *Avis sur la protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence*, Avis n° 359 / 2005 Strasbourg (2006).

Commission intérimaire de l'Organisation internationale du commerce, « Charte de la Havane », art. 12 : « Investissements internationaux, Développement économique et Reconstruction », Conférence des Nations Unies sur le Commerce et l'Emploi, Havane, Doc. E/Conf. 2/78 (1948).

Conseil de l'Europe, AP, 9^e sess, *La compatibilité avec les droits de l'Homme de l'arbitrage investisseur-État dans les accords internationaux de protection des investissements*, Doc 14255 (2017).

Conseil des droits de l'Homme, *Rapport de l'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable*, Doc NU A/HRC/30/44 (2015).

Human Rights Watch, *Le conflit armé au Mali et ses conséquences*, Recueil de Human Rights Watch 2012-2017, 2017 à la p 137. En ligne : https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/malicompendium0217fr.pdf. (Consulté le 6 avril 2018).

Ian Brownlie, Rapporteur spécial, *Effets des conflits armés sur les traités*, Premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités, A/CN.4/552, (2005).

NU, *Annuaire de la Commission du droit international* (1994), A/CN4/SERA/1994/Add1 no 2 (Rapport).

NU, *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme*, Guide interprétatif, HR PUB 12/02, New York et Genève, 2012.

NU, *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, Résolution de la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (2003) New York et Genève.

NU, *Responsabilité internationale* (1962), A/CN4/134 et Add1 (Rapport spécial de F. V. Garcia Amador)

NU, *Traitement de la Nation la plus favorisée*, Doc off CNUCED (2010) New York et Genève.

OCDE, *L'"expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement*, Documents de travail sur l'investissement international no 2004/4 (2004).

OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Documents de travail sur l'investissement international no 2004/3 (2004).

OIE, *Principes directeurs des nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme* (2012), Guide à l'intention des employeurs, Genève.

« Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session » (Doc NU A/CN4/SR.1333) dans *Annuaire de la Commission du droit international* 1975, vol 1, New York, NU, 1975.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) (1999), A/CN 4/501 (Deuxième rapport sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, rapporteur spécial) à la p 131.

Tribunal pénal international pour le Rwanda : « l'urgence de juger », ICG Rapport Afrique n° 30, 7 juin.

Union africaine : « Analyse préliminaire sur l'attaque contre un hôtel à Bamako », ACSRT/Incident-Preliminary-Analysis-0011-2015, Alger, 22 novembre 2015, en ligne : <http://www.malicom.net/wp-content/uploads/2015/11/11-Bamako-Radisson-Pre-Analysis-rev-8.pdf>.

World Bank Group, Multilateral Investment Guarantee Agency, *Guide de Garanties des investissements* (2010) Washington, DC.

SOURCES ÉTRANGÈRES

Constitution de la République du Portugal, 25 avril 1976.

Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, 23 mai 1949, Journal officiel fédéral, p.1, BGBl. III 100-1.

JURISPRUDENCE

CANADA

Araya v Nevsun Resources Ltd., 2016 BCSC 1856.

Choc v Hudbay Minerals Inc., 2013 ONSC 1414.

Irwin Toy Ltd. c Québec (Procureur général), [1989] 1 RCS 927.

Première nation des Hupacasath c Canada (Affaires étrangères), 2013 CF 900.

R c CIP Inc., [1992] 1 RCS 843.

R c Delaronde, 1996 QCCA 6332.

ÉTATS-UNIS

Bowoto v Chevron Texas Corp 312F Supp 2d 1229 (ND Cal 2004).

Clark v Allen, 331 US 503 (1947).

Citizens United v Federal Election Commission, 130 S Ct. 876 (US Sup Ct 2010).

John Doe I v Unocal Corp, 395 F 3d 932 (9^e Cir 2002).

John Doe I v Unocal Corp, 2002 WL 31063976, 2002.

Kiobel v Royal Dutch Petroleum (Shell) 133 S Ct. 1659 (US Sup Ct 2013).

Sarei v Rio Tinto, PLC., 499 F 3d 923 (9d) (9^e Cir 2007).

The Presbyterian Church of Sudan v Talisman Energy, Inc., 582 F 3d 244 (2d) (2^e Cir 2009).

Presbyterian Church of Sudan v Talisman Energy, Inc., 244 F (2d) 289 (2^e Cir 2003).

Wiwa v Royal Dutch Petroleum, et al 226 F 3d 88 (2d) (2^e Cir 2000).

EUROPE

Belvedere Alberghiera S.l.r. c Italie, n° 31524/96 [2000] CEDH.

Irlande c Royaume-Uni (1978), 25/90 CEDH (sér A).

Istituto Diocesano per il Sostentamento Del Clero c Italie, n° 62876/00 [2005] CEDH.

Marckx c Belgique, A n° 24 [1979] CEDH.

Sarl Amat-G et Mébaghichvili c Géorgie, n° 2507/03 [2005] CEDH.

Sdruzeni Jihoceske Matky c République tchèque (2006), CEDH 19101/03.

Uj c Hongrie, no 23954/10 [2011] CEDH.

TRIBUNAUX JUDCIAIRES ET D'ARBITRAGE INTERNATIONAUX

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c Etats-Unis d'Amérique) [1986] CIJ rec 14.

Affaire Ambatielos (Grèce c Royaume-Uni), Ordonnance, [14 février 1952] CIJ rec 28.

Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior (30 avril 1990) 20 RSA 215.

Affaire de l'Île de Palmas (États-Unis c Pays-Bas) (4 avril 1928) CPA.

Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c Ouganda), [2005] CIJ rec 168.

Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume Uni) (1er mai 1925) 2 RSA 615

Affaire du Déroit de Corfou (Royaume-Uni c Albanie) (fond), [1949] CIJ rec 4.

Affaire IT-94-1, Le Procureur c Duško Tadić alias 'DULE, 1 TPIY JR 352, (2 octobre 1995) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, chambre d'appel).

Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (1925) CPJI (sér A) no 6.

Affaire relative à l'usine de Chorzow (Allemagne c Pologne) (1928) CPJI (sér A) no 17 Arrêt (fond).

Aguas del Tunari S.A. c République de Bolivie (2005) CIRDI ARB/02/3.

Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c République démocratique du Congo) (Objections préliminaires) (2006) CIJ Rec 639.

Al Jazeera v Egypt (2016). En ligne: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/700>.

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil Genin c la République d'Estonie (25 juin 2001) CIRDI ARB/99/2 [demande en révision rejetée].

Amco Asia Corporation and Others v The Republic of Indonesia (20 November 1984) 1 ICSID 413.

American Manufacturing & Trading, Inc. v Republic of Zaire (AMT c Zaire) (1997) ICSID ARB/93/1.

Ampal-American Israel Corporation and others v Arab Republic of Egypt (2017) ICSID ARB/12/11.

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Serbie-et-Monténégro), [2007], CIJ rec 43.

Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c la République du Sri Lanka, Award (21 June 1990), 4 ICSID Rep 246.

Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c la République du Sri Lanka, Final Award (27 June 1990), ICSID, ARB/87/3.

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (AUCOVEN) c République du Venezuela (23 septembre 2003) CIRDI ARB/00/5.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (1970) 50 CIJ rec 3.

Benvenuti & Bonfant c République Populaire du Congo (8 août 1980) CIRDI ARB/77/2.

Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe (28 July 2015) ICSID ARB/10/15.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c Tanzania (24 juillet 2008) CIRDI ARB/05/22.

CME (Pays-Bas) c la République tchèque, (13 septembre 2001). CNUDCI (décision Partielle).

Dalmia Cement Ltd c National Bank of Pakistan, Sentence du 18 décembre 1976.

D.S. Construction FZCO v Libya (2017). En ligne :
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/775>.

El Paso Energy International Company v The Argentine Republic (2003) ICSID ARB/03/15.

Emilio Agustin Maffezini c Royaume d'Espagne (25 janvier 2000) CIRDI ARB/97/7.

George W. Cook v United Mexican States (1927) 4 RSA 213.

G. L. Solis c The United Mexican States, (1928) RSA.

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c la République Unie du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais, Annulation, (3 mai 1985) CIRDI ARB/81/

Le Procureur c Callixte Mbarushimana, arrêt relatif à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/10, (16 décembre 2011) (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I).

Le Procureur c. Duško Tadić alias 'DULE, IT-94-1-A (15 juillet 1999) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie Chambre d'appel).

Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-01/06, (14 mars 2012) (Cour pénale internationale, Chambre de première instance I).

Liberian Eastern Timber Corporation v Republic of Liberia (March 31, 1986) CIRDI No. ARB/83/2.

Menzies Middle East and Africa S.A. et Aviation Handling Services International Ltd. c République du Sénégal, (5 août 2016) CIRDI ARB/15/21

Merrill and Ring Forestry L.P. v Canada (March 31, 2010) ICSI UNCT/07/1.

Metalclad Corporation v The United Mexican States (August 30, 2000) ICSID ARB(AF)/97/1.

Mondev International LTD c les États-Unis d'Amérique (11 octobre 2002) CIRDI ARB(AF)/99/2.

*Noble Ventures, Inc. v Romania*¹ (October 2, 2005) ICSID ARB/01/11.

Nykomb Synergetics Technology Holding AB v The Republic of Latvia (December 16, 2003).

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador (October 5, 2012) ICSID ARB/06/11.

Patrick H. Mitchell c La République Démocratique du Congo (9 février 2004) CIRDI ARB/99.

Pêcheries côtières de l'Atlantique Nord (États-Unis d'Amérique, Grande-Bretagne), Sentence arbitrale du 7 septembre 1910, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol 6 no 961V.4.

Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c Iran), [1980] CIJ rec 3.

Phosphates du Maroc, exceptions préliminaires (1938) CPJI, série A/B, no 74.

Pope & Talbot, Inc. c Le gouvernement du Canada, décision provisoire (26 juin 2000) UNCITRAL.

Projet GabCikovo-Nagymaros (Hongrie Slovaquie), [1997] CIJ rec 7.

Réparation des dommages subis au service des Nations-Unies, Avis consultatif, [1949] CIJ rec 174.

Réparation des dommages subis au service des Nations-Unies, Avis consultatif, [1949] CIJ rec 174 rec 174 (Dissidence).

RosInvestCo UK Ltd. v The Russian Federation, (2010) SCC079/2005 (Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm) .

Rusoro Mining Ltd. v Bolivarian Republic of Venezuela (22 August 2016) ICSID ARB(AF)/12/5.

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v The Government of Mongolia, Award on jurisdiction and liability (April 28, 2001) UNCITRAL.

SM Production Corporation c République Centrafricaine (7 décembre 2010) CIRDI ARB/07/.

Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c La République du Sénégal (25 février 1988) CIRDI ARB/82/1.

Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. v Libya, Int'l Arbitral Award, 104 J. Droit Int'l 350 (1977).

The Rompetrol Group N.V. v Romania (6 mai 2013) ICSID ARB/06/3.

Wena Hotels v Egypt (2000), 41 ILM 896 (ICSID).

Wintershall Aktiengesellschaft c d'République Argentine (08 décembre 2008) CIRDI ARB/04/14.

AUTRES SOURCES

Aurélie Ercoli, *La norme du traitement juste et équitable en droit international des investissements*, 2011 à la p 9. En ligne : <https://www.lepetitjuriste.fr/wpcontent/uploads/2011/07/M%C3%A9moire%20Aur%C3%A9lie%20Ercoli%20-%20DI.pdf>.

Business & Human Rights Ressource Centre, « Résumé du procès Shell (Nigeria - Kiobel & Wiwa). » En ligne:

<https://business-humanrights.org/fr/r%C3%A9sum%C3%A9-du-proc%C3%A8s-shell-nigeria-kiobel-wiwa>.

Clinique internationale de défense des droits humains de l'UQAM en collaboration avec le Bureau international des droits des enfants, *La responsabilité sociale des entreprises en droit international*, Rapport à l'attention du IBCR, Montréal, 2014.

Le dico du commerce international, en ligne :

<https://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/risque-politique.html> (consulté le 30 mars 2018).

G-5 Sahel, en ligne : <http://www.g5sahel.org/index.php/qui-sommes-nous/le-g5-sahel>.

Justice Ian Binnie, Supreme Court of Canada, *Confronting Corporate Complicity in International Human Rights Abuses*, Canadian Bar Association, Speaking notes, May 6, 2010.

Malilink Investigative Reporting Group, « Liste des Attaques Terroristes au Mali » (31 janvier 2018). En ligne : <http://malilink.net/attaques-terroriste-au-mali/>.

Modèle canadien de 2004 de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers.

ARTICLES DE PRESSES

Dialogue canadien sur l'Asie, en ligne :

http://www.asiapacific.ca/sites/default/files/internal/backgrounder_foreign_direct_investment_general_-_frfinal.pdf.

Jeune Afrique :

<http://www.jeuneafrique.com/depeches/226142/politique/attentat-de-bamako-une-attaque-inedite-dans-la-capitale-du-mali/>.

Karim Gadiaga, « Attentats de Ouaga : Les investisseurs entre peur et résistance » (16 janvier 2016) *L'économiste du Faso*. En ligne :

<http://www.leconomistedufaso.bf/2016/02/01/attentats-de-ouaga-les-investisseurs-entre-peur-et-resistance/>.

Gaëlle Laleix, « L'attaque à Grand-Bassam n'inquiète pas les investisseurs étrangers » (15 mars 2016) *Radio France Internationale (RFI)*. En ligne :

<http://www.rfi.fr/emission/20160315-cote-ivoire-attaque-grand-bassam-investisseurs-etrangers>.

Dominic Voisard, « La responsabilité civile des entreprises multinationales complices de violations des droits de l'Homme : analyse des développements récents dans l'affaire Choc v Hudbay Minerals Inc. », Avocats sans Frontières, Le blogue des coopérants, 13 août 2013. En ligne : <https://www.asfcanada.ca/actions/blogue/la-responsabilite-civile-des-entreprises-multinationales-complices-de-violations-des-droits-de-l-homme-analyse-des-developpeme/>.

Boubacar Yalkoué, Recrutement à la mine d'or de Siam : « Les mécontents ont pris la rue » (2 octobre 2012). En ligne : <http://www.maliweb.net/faits-divers/recrutement-a-la-mine-dor-de-siama-les-mecontents-ont-pris-la-rue-95574.html>. Consulté le 1^{er} mars 2018.