

Montagne d'Or l'arbitrage d'investissement au secours de Nordgold

L'investisseur russe porteur du projet minier
réclame 4 milliards € de réparation à la France



Octobre 2021

t_lab

Ideas for transformation

twitter.com/transfolab
facebook.com/transfolab
t-lab@t-lab.fr

aitec

Association Internationale de
Techniciens, Experts et Chercheurs
21 ter rue Voltaire, 75011 Paris
http://aitec.reseau-ipam.org
facebook.com/Aitec.IPAM
twitter.com/aitecipam

En mai 2019, à l'issue du premier Conseil de défense écologique, le ministre de la Transition écologique, François de Rugy, avait affirmé que le projet de "Montagne d'Or" ne se ferait pas. Position confirmée par la suite par ses successeurs et par l'Élysée. Mais les promoteurs de la Montagne d'Or n'ont pas dit leur dernier mot et le projet est loin d'être enterré : le site spécialisé IA Reporter vient en effet de révéler le 16 octobre dernier que l'entreprise russe Nordgold, par l'entremise de ses deux actionnaires majoritaires, a formellement initié un contentieux arbitral contre la France à ce sujet en juin 2021.

Le contentieux est lié au refus de l'État français, en janvier 2019, de prolonger la concession minière "Paul-Isnard" où est proposé le projet de mine industrielle de la Montagne d'Or. La société, légalement enregistrée à Londres et détenue par deux holdings russes contrôlées par le même actionnaire, estime que la décision de mettre un terme à la concession contrevient aux obligations internationales de la France au titre du traité bilatéral d'investissement France-Russie. Elle réclame près de 4 milliards d'euros en réparation à l'annulation d'un projet dont elle espérait qu'il rapporterait au moins 3 milliards d'euros à terme. Mais dont la première brique n'a jamais été posée.

Cette note vise à rendre compte

- des raisons qui permettent à Nordgold d'entamer un contentieux arbitral contre la France au sujet du projet de Montagne d'Or
- des dispositions qui protègent la société russe (de droit britannique) en vertu du traité bilatéral d'investissement France-Russie
- des risques que comporte le contentieux potentiel pour la France.

1. COMMENT LE PROJET DE LA “MONTAGNE D’OR” EST DEVENU UN BOULET POUR L’EXÉCUTIF

La Montagne d’Or est un projet de mine d’or à ciel ouvert porté par la société du même nom à une centaine de kilomètres au sud de Saint Laurent du Maroni, en Guyane française.

Le ministère de l’Industrie a autorisé en 1995 la cession de la concession minière n°215 à la SARL Sotrapmag, devenue “SAS Compagnie Minière Montagne d’Or” en 2016. La société dite “Montagne d’Or” est une co-entreprise détenue par deux actionnaires : la compagnie canadienne Columbus Gold, devenue depuis Orea Mining, a racheté la totalité de l’entreprise originelle en 2013, et en a formellement cédé 55,01% à Nordgold en 2017. Nordgold, propriété d’un homme d’affaires russe, en est ainsi devenu l’actionnaire de contrôle. Nordgold est cependant impliqué dans les opérations depuis 2013-2014.

Le refus de prolongation d’une concession doit être motivé par l’administration si le demandeur débouté en fait la demande ; mais à défaut, l’absence de réponse de l’autorité compétente dans un délai de deux ans est considérée comme un refus. C’est ainsi - et avec la validation (obligatoire) de l’Etat - que la concession Paul-Isnard s’est transmise à différents propriétaires depuis 1946. L’actionnaire canadien menait des activités d’exploitation d’or alluvial et conduisait des recherches supplémentaires dans la concession depuis 2011, dans la continuité des propriétaires antérieurs.

La question du devenir industriel du projet ne s’est pas posée jusqu’à la divulgation du projet des derniers concessionnaires : un site vaste de 8 à 10 km², qui produirait, d’après la documentation officielle, 6,7 tonnes d’or par an, pendant au moins douze ans. L’extraction s’opèrerait via une fosse de 2,5 km de longueur, coincée entre deux réserves forestières intégrales.

Loin de convaincre l’opinion publique et ses bénéficiaires supposés, la Montagne d’Or s’est transformée en symbole des formes de développement économique aujourd’hui insoutenables. La brutalité des pratiques d’extraction et de transformation, dans des écosystèmes ultra-sensibles, dont la pérennité conditionne la survie de nombre d’espèces, à commencer par la nôtre, est devenue inconcevable et choquante.

L’Etat français traîne le dossier comme un boulet depuis 2015 et ses représentants, au plan national comme localement, n’ont manqué aucune occasion pour étaler leurs contradictions et leurs dissensions à son sujet. Le gouvernement a finalement annoncé le rejet du projet de mine industrielle au printemps 2019. Sans que le dossier ne soit soldé pour autant.



« la Montagne d’Or s’est transformée en symbole des formes de développement économique aujourd’hui insoutenables »

2. Le contentieux arbitral procède du TBI France-Russie : comment ça marche ?

En 1989, la France et l'URSS ont signé un traité bilatéral "sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements". Il est entré en vigueur en 1991.

Le contexte est particulièrement chaotique dans l'Union soviétique d'alors. Le président Gorbatchev œuvre à l'ouverture d'un système économique opaque, financièrement exsangue, dont tout le monde sait que la réunification allemande en préfigure l'effondrement prochain. Déjà la Révolution de 1917 avait conduit à la collectivisation de tous les avoirs étrangers dans le pays, et la négociation d'accords de compensation bilatéraux avait par la suite pris des décennies.

La perspective d'un renversement de régime est porteuse de risques - des perturbations dans les contrats et dans les affaires, des changements légaux et réglementaires... - autant que d'opportunités - des pans entiers de l'économie privatisables, la libéralisation des flux de capitaux : vu des capitales occidentales, la signature de traités de protection et de promotion des investissements inscrit un certain nombre de garanties en droit international et Moscou en signe une dizaine la même année, tous très similaires.

Relativement court, l'accord de 1989 avec la France inclut des dispositions relativement générales en comparaison des traités bilatéraux d'investissement les plus contemporains. Il garantit le "traitement juste et équitable" des investisseurs de l'autre partie et la "protection et la sécurité" de leurs avoirs. Il établit aussi l'interdiction d'exproprier ou de nationaliser ces avoirs, sauf mesure d'utilité publique non discriminatoire, qui n'irait pas à l'encontre d'assurances ou de promesses explicites de la part des pouvoirs publics. Les actifs protégés sont définis de façon très large : ce sont toutes les formes de propriété matérielle ou immatérielle et les droits qui en découlent, dont "les droits d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles" conférés "par la loi ou par contrat".



« **Les actifs protégés sont définis de façon très large : ce sont toutes les formes de propriété matérielle ou immatérielle et les droits qui en découlent.** »

Quelles formes de protection assure ce traité ?

L'article 7 permet à un investisseur s'estimant lésé par l'autre partie de demander la constitution d'un panel arbitral qui sera chargé de résoudre le différend, en établissant les torts et responsabilité, et en définissant les moyens de réparation adéquats : le dispositif est désormais connu sous l'acronyme "ISDS", Investor-State Dispute Settlement, ou Règlement des différends Investisseur-Etat (RDIE). Et en pratique, la résolution d'un différend investisseur-Etat procède d'une option principale : le dédommagement financier de l'investisseur.

Le traité France-Russie requiert tout d'abord de rechercher un règlement à l'amiable. A défaut de solution mutuellement satisfaisante dans les six mois, le différend pourra alors être soumis à une procédure d'arbitrage suivant le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui permet la constitution d'un panel de trois arbitres payé.e.s par les parties au différends pour interpréter le traité et déterminer, le cas échéant, les dommages payables à l'investisseur.

Que demande Nordgold ?

La structure actionariale précise de Nordgold n'est pas publique : la famille de l'oligarque russe Alexey Mordashov en est détentrice, sans aucun doute, via l'imbrication de différentes holdings : d'après le site IA Reporter, deux sociétés intermédiaires, KN Holdings et Severgroup, fonds d'investissement et de gestion de la famille Mordashov, sont à l'origine du contentieux. Elles estiment que la France a enfreint ses obligations au titre du traité concernant "l'admission des investissements, le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière", et que le refus de renouveler la concession constitue une expropriation. Toujours selon IA Reporter, les deux sociétés "holdings" demandent un dédommagement de 4,56 milliards d'euros.

3. Controverses, annulation et recours administratifs : un conflit qui vient de Loin

Le projet de la Montagne d'Or suscite la controverse et les dissensions depuis 2015 et la première visite d'Emmanuel Macron, alors ministre de l'économie, en Guyane, quand il s'était prononcé en faveur du projet. Les concessionnaires sont également soutenus par nombre de décideurs politiques locaux : ils promettent plusieurs milliers d'emplois - directs et indirects - dans tout le département, et des centaines de millions d'euros de recettes fiscales.

Mais les nations autochtones ont pris position contre le projet dès 2016, et ont répété leur désapprobation en 2017 et 2019 à travers leurs instances représentatives. Les associations locales, soutenues par des organisations nationales de défense des droits humains et de l'environnement, se sont constituées en collectif en 2017. Des organisations environnementales comme le WWF ont par ailleurs financé des expertises supplémentaires qui montrent que les coûts ont vraisemblablement été sous-estimés, alors que les effets d'entraînement promis paraissent exagérés ; d'autres, France Nature Environnement (FNE) par exemple, ont accompagné les recours administratifs locaux, y compris contre l'autorisation du projet annexe d'exploitation aurifère alluviale.

Dès 2018, la Commission nationale du débat public, sollicitée par FNE, avait rendu un rapport qui montrait à la fois l'absence de consensus, entre la défiance profonde de la population et le soutien de nombre d'élus locaux, mais aussi les défaillances constatées dans la phase de préparation et de consultation,

notamment l'absence d'une étude crédible d'impact sur l'environnement. Le Ministère de l'économie et des finances avait lancé une consultation publique en ligne, en novembre 2018, comme requis par la Charte de l'environnement.

A peu près au même moment les promoteurs du projet avaient soumis une (première) nouvelle version de leur projet, affirmant ainsi prendre en compte les conclusions du débat public : la version amendée proposait notamment le recours à des sources d'énergie renouvelable locales en substitution d'électricité acheminée par ligne à haute tension (qui aurait été construite exprès), ainsi qu'une gestion plus inclusive des bénéfices de l'exploitation minière. Les ministres de l'écologie successifs avaient pourtant exprimé leurs réserves sur le projet "en l'état" : en septembre 2018, F. De Rugy avait affirmé que le projet ne pourrait être mené tel qu'envisagé et qu'il devrait être repris "d'une façon ou d'une autre".

Le refus de prolonger la concession a été décidé dans une temporalité floue : la société considère qu'il est intervenu le 21 janvier 2019 de manière silencieuse et elle a déposé un recours au tribunal administratif de Cayenne pour contester la décision en février de cette même année. Ce n'est cependant qu'en mai 2019 que le "Conseil de défense écologique" convoqué par le Président Macron a formellement annoncé son choix de ne pas autoriser le projet de mine industrielle, et demandé au ministre de l'environnement d'alors d'engager une réforme du Code minier.

Il faut cependant différencier plusieurs enjeux, liés à des procédures administratives distinctes :

1. la concession elle-même, qui crée le droit d'exploitation des ressources minières : elle est octroyée par l'Etat, de manière indépendante des modalités d'exploitation qui seront retenues par son propriétaire, examinées séparément. C'est semble-t-il sur cet aspect que porte la procédure arbitrale initiée par les deux sociétés russes.
2. la conduite des opérations minières stricto sensu - indépendamment du projet industriel - sur le site de la concession (excavations, prélèvements de sols, roches...), qui exige une autorisation d'ouverture de travaux, régie par le Code minier : cela concerne donc la tranchée principale.
3. le projet industriel lié à la "Montagne d'Or", qui doit faire l'objet d'une autorisation environnementale en raison des travaux et des infrastructures non-miniers qu'il implique.

Un contentieux administratif est en cours sur le premier volet.

La société de la "Compagnie de la Montagne d'Or" a donc initié un recours devant le tribunal administratif de Cayenne en février 2019, pour contester le refus de prolongation de la concession. Le litige est complexe, et renvoie aux modalités définies dans le Code minier à cet égard (cf. Annexe).

Le 24 décembre 2020, le Tribunal administratif de Cayenne a conclu à l'illégalité de la décision de ne pas prolonger la concession : selon lui les autorités compétentes (en l'occurrence le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie) n'ont pas présenté de justification légalement recevable à leur refus silencieux. L'Etat s'était notamment abrité derrière l'absence d'opérations d'exploitation sur la concession à la date du 31 décembre 2018, puisque c'est une condition posée dans le Code minier : or des activités avaient bel et bien lieu, entre autres (mais non exclusivement) sur un site périphérique d'exploitation d'or alluvial. Ca n'est que quelques mois plus tard qu'un arrêt du même tribunal de Cayenne, sur recours de deux associations de défense de l'environnement, annulera l'autorisation d'opérations sur ce site annexe.

Le Tribunal administratif de Cayenne a donc annulé le refus de prolongation, et enjoint le ministère d'en fixer la longueur dans un délai maximal de six mois.

La Cour d'appel administrative de Bordeaux, saisie par l'Etat en recours de la décision du tribunal de Cayenne, a rendu en juillet 2021 un arrêt qui confirme cette analyse, même si Bercy a développé une stratégie différente, reposant sur les impacts environnementaux néfastes du projet de la Montagne d'or. La Cour d'appel a estimé que la décision de prolongation d'une concession minière ne doit se fonder que sur les capacités techniques et financières du concessionnaire, ainsi que sur la notice d'impact attestant de sa compréhension et de sa connaissance des enjeux écologiques ; l'existence d'un équilibre entre les risques écologiques et les bénéfices socio-économiques du projet est évalué par ailleurs, et des autorisations environnementales spécifiques au projet industriel relèvent d'une procédure distincte. Nouveau revers pour l'État, donc, à la suite duquel Bruno Le Maire a annoncé, le 24 septembre, qu'il avait saisi le Conseil d'Etat, instance ultime qui tranchera définitivement le différend administratif.

Les tribunaux administratifs français semblent considérer que l'Etat a fait une erreur de droit en recourant à la stratégie de refus de prolonger la concession dans le but de se débarrasser du projet industriel ; la Cour d'appel sous-entend même que c'est à l'étape suivante, celle de l'examen de la demande d'Autorisation environnementale unique, que Bercy aurait pu écarter le projet.

Quoiqu'il en soit, la société de la Montagne d'or a pu faire valoir ses droits au recours dans le cadre d'un processus transparent et juste : à tel point qu'elle a prévalu deux fois.

Il est donc assez surprenant que la société engage un contentieux arbitral à cette étape.

La société Orea mining, actionnaire minoritaire, a pour sa part communiqué de manière très positive sur la décision de la Cour d'appel de Bordeaux, et annoncé début septembre la conception d'un projet de mine "Montagne d'or" remanié, une fois encore, dans le but selon elle d'atténuer les impacts écologiques de l'exploitation de la concession.



« la société de la Montagne d'or a pu faire valoir ses droits au recours dans le cadre d'un processus transparent et juste. Il est donc assez surprenant que la société engage un contentieux arbitral à cette étape. »

4. L'urgence de débrancher les tribunaux d'arbitrage

Les projets comme la Montagne d'Or doivent disparaître

La crise climatique, la déforestation et les ponctions hydriques excessives, les pollutions multiples des eaux, des sols... détruisent la planète et ses habitants. L'extraction aurifère est une calamité écologique aux incidences multiples, en raison notamment de l'implication du cyanure et du mercure dans les protocoles de transformation et de lavage des matières extraites : non seulement les résidus toxiques des lavages au cyanure sont stockés dans des "barrages" susceptibles de rupture, mais en plus un certain degré de contamination des sols et des eaux - en surface et en sous-sol - est inévitable. Les espèces et les espaces protégés alentours souffriront forcément à nombre de titres (perturbation des couloirs de circulation, nuisances et pollutions, prélèvements des cours d'eau, de la biomasse...) et les populations autochtones craignent les implications écologiques (coupes forestières, pompages accrus, surconsommation électrique...) et sociales du projet : il est par exemple prévu dans la première version du projet que des terres communautaires et vivrières soient rétrocédées pour alimenter en bois la chaîne de valorisation locale.

La légitimité sociale de ce type d'activités n'est plus reconnue. Les chiffres sont difficiles à recouper mais il est probable que, à contre pied des justifications avancées par l'industrie du secteur, moins de 10% de l'or produit sur la planète serve présentement à des usages "productifs", dans l'industrie électronique et la recherche notamment : le recyclage des métaux contenus dans les produits électroniques usagés pourrait largement satisfaire cette demande.

L'or issu de ces mines écocides se destine avant tout aux circuits d'investissement, à la bijouterie, et aux prothèses

dentaires. Et les effets d'entraînement des activités minières dans les minerais précieux dans une économie locale sont réputés très faibles, encore plus au regard des inégalités et des violences qu'elles contribuent à envenimer.

A l'évidence, le projet de mine à ciel ouvert de la Montagne d'or ne doit pas être autorisé, et les autorités publiques devraient avoir les moyens légaux et réglementaires de s'y opposer.

Cela soulève deux questions en l'espèce :

- Les mouvements de défense de l'environnement expliquent depuis des années que le Code minier français - jusqu'à la réforme de juillet 2021 - ne prenait pas bien en compte les éléments environnementaux dans l'attribution des concessions, et dans les procédures présidant à la délivrance d'autorisations d'exploration et d'exploitation. Si le droit est défaillant, il est inévitable qu'une décision de refus d'un projet industriel sur la base de critères environnementaux apparaisse infondée et arbitraire, même lorsqu'elle est légitime, et justifiée. C'est la première difficulté.
- Les traités de protection des investissements comme il en existe plus de 3000 aujourd'hui interviennent en "deuxième ligne". L'impératif de protection du vivant exige des Etats des décisions de plus en plus fortes, mais également de plus en plus limitantes pour les acteurs économiques. Lorsqu'une autorité publique prend une telle décision, les TBI donnent aux actionnaires principaux des moyens puissants, et unilatéraux, pour la contester. Résultat : ces contentieux (ou menaces de contentieux) peuvent décourager, retarder ou bloquer l'action des pouvoirs publics.



« le projet de mine à ciel ouvert de la Montagne d'or ne doit pas être autorisé, et les autorités publiques devraient avoir les moyens légaux et réglementaires de s'y opposer. »

Les Traités bilatéraux d'investissement sont à l'évidence une menace

Le TBI France-Russie offre une protection "grand format" aux investisseurs privés étrangers. Le texte court et très général ne comporte aucune réserve significative préservant le pouvoir "de police" des deux Etats parties, c'est-à-dire la possibilité pour eux d'exercer leur responsabilité de protection de l'ordre ou de la santé publics, et de l'environnement au sens large.

- La clause du "traitement juste et équitable" n'est qualifiée par aucune formulation claire en dehors d'une référence au droit international général, qui n'en restreint pas la portée. Elle s'accompagne de l'interdiction de toute mesure "déloyale" ou "discriminatoire" à l'encontre des investisseurs de l'autre partie, soit le moyen pour une entreprise étrangère de contester à peu près toute décision forte et exceptionnelle qui vient contrarier ses ambitions de profits.
- L'obligation de garantir protection et sécurité, lorsqu'elle est formulée aussi vaguement, peut être appliquée au domaine légal, administratif, réglementaire... et non seulement à la sécurité et l'intégrité physiques et matérielles (telle que l'acception générale, et la plupart des TBI actuels, la définissent). N'importe quelle intervention des autorités publiques peut contrevenir à l'obligation de sécurité si elle est prise dans un sens aussi large.
- Le traité prohibe non seulement l'expropriation et les nationalisations mais aussi les mesures "ayant pour effet de déposséder les investisseurs de l'autre Partie contractante des investissements détenus" : cela couvre donc potentiellement les situations d'expropriation "indirecte", et d'expropriation "rampante", et permet une interprétation arbitrale suivant la doctrine "des effets", qui se fonde uniquement sur les implications négatives de la mesure pour l'investisseur, sans prendre en compte sa nature, ses objectifs, son contexte : une mesure de lutte contre le réchauffement climatique ou de protection de la biodiversité ne sera pas analysée pour ses effets écologiques attendus mais seulement pour ses conséquences pour l'investisseur ...

- Le traité comporte une clause "parapluie" qui assure la protection à tous les contrats d'investissement (que ceux-ci relèvent ou pas de l'intérêt général, et indépendamment de leur nature, qui peut être purement commerciale) et plus largement à tous les "engagements" d'une partie à l'égard des investisseurs de l'autre partie. Cette notion d'engagement est on ne peut plus large, et peut fort bien s'appliquer à des positions très générales, des discours publics, des documents administratifs accusant réception d'une demande, voire même ne la refusant pas explicitement...
- L'article 7 qui autorise le recours à l'arbitrage pour régler un potentiel différend ne comporte aucune obligation d'épuisement des recours en droit local, ou de non-cumul des recours domestiques avec un contentieux arbitral international.

Le règlement de différends transnationaux par l'arbitrage est très ancien, à la fois dans le cadre de litiges commerciaux privés et de différends inter-étatiques. Il n'est pas problématique par nature :

- s'il ne se substitue pas au droit démocratiquement construit,
- si les normes de droit qu'il interprète sont équilibrées,
- s'il est activement consenti,
- s'il présente toutes les garanties d'intégrité et d'impartialité nécessaires.

Les TBI ne remplissent aucune de ces conditions, au contraire : ils font directement obstacle au pouvoir souverain de réglementation des Etats.

Plusieurs dizaines de contentieux arbitraux fondés sur un traité d'investissement ont été initiés depuis la fin des années 90 par des sociétés minières qui réclamaient des dommages parce qu'elles s'estimaient injustement lésées par une décision publique limitant, ou réduisant à néant, les espoirs de profit qui avaient fondé leur investissement initial.



« **LES TBI font directement obstacle au pouvoir souverain de réglementation des Etats.** »

Quelques exemples de contentieux miniers

Dans l'affaire *Gold Reserve Inc v Venezuela*, en 2014, un tribunal arbitral a accordé 713 millions de \$, hors intérêts (comptables jusqu'au paiement de la somme) à une entreprise canadienne dont la concession n'avait pas finalement été accordée, après 300 millions d'investissements préliminaires. En 2011, déjà, l'entreprise canadienne Crystallex avait initié un contentieux en vertu du TBI Canada-Venezuela, après s'être vu refuser l'autorisation environnementale nécessaire à l'exploitation d'un filon aurifère dans la région de Guyane vénézuélienne ; le ministère de l'environnement lui avait assuré que l'autorisation lui serait conférée une fois certaines garanties financières confirmées. Crystallex s'est finalement vue attribuer plus d'1 milliard de dédommagement en 2016, et l'Etat vénézuélien a finalement négocié un arrangement confidentiel avec l'entreprise.

Le contentieux initié par l'entreprise Gabriel Resources contre la Roumanie a beaucoup de points communs avec celui qui nous intéresse : l'entreprise canadienne réclame 5,7 milliards d'euros (pour environ 600 millions investis) de dédommagement du fait du choix du gouvernement roumain de ne pas autoriser l'exploitation d'une gigantesque mine d'or à ciel ouvert aux abords de la petite ville de Rosia Montana. Comme à Saint Laurent du Maroni, les populations s'opposent au projet depuis des années, d'autant plus que le site recèle nombre de monuments classés au Patrimoine mondial de l'UNESCO, que le projet minier raserait purement et simplement. Les recours contentieux locaux ont montré que l'entreprise n'offrait pas toutes les garanties environnementales nécessaires.

Dans de tels cas, le canal "ISDS" permet tout simplement de contourner des décisions souveraines légitimes.

Si des autorités publiques peuvent commettre des erreurs de droit - qu'il est alors normal de corriger-, et que les droits des investisseurs doivent être respectés, rien ne justifie que ces derniers puissent user d'un canal juridictionnel exclusif, totalement auto-régulé. Des décisions aux implications financières si énormes ne devraient pas dépendre d'une procédure aussi opaque, coûteuse, sur la base d'un corpus normatif aussi excessivement favorable aux investisseurs privés.

Il importe de rappeler que les panels arbitraux ne sont pas des tribunaux classiques fondés à juger un excès de pouvoir, et à décider l'annulation d'actes de droit public. Concrètement, l'arbitrage d'investissement ne se prononcera pas sur la légalité de la décision contestée au regard du droit interne, et ne peut pas contraindre l'autorité qui en est à l'origine à l'annuler. Il se bornera à dire si la décision constitue une violation par l'Etat de sa responsabilité internationale, engagée par la ratification du traité : si tel est le cas, conformément au droit international coutumier, il déterminera le mode de réparation adéquat, le plus souvent des dommages financiers.

Si l'arbitrage d'investissement n'opère pas, en théorie, comme un droit administratif global, il en a un peu l'effet

dissuasif sur les États. D'abord la perspective d'une procédure coûteuse en temps, en dépenses de représentation légale et en frais d'administration (puisque les parties au litige paient non seulement les arbitres mais l'institution opérant le secrétariat du contentieux) peut décourager tout effort de réglementation. Sans même préjuger de la décision finale, qui peut impliquer des centaines de millions de dommages - dont le paiement est une obligation de droit international également.

Les Etats craignent aussi les litiges arbitraux pour des raisons réputationnelles : à tort ou à raison - aucune étude convaincante n'atteste cette hypothèse, ou son contraire -, ils redoutent l'érosion de leur crédibilité auprès des investisseurs étrangers, dans un contexte international de libéralisation quasi totale où les Etats concourent, de fait, pour attirer les capitaux privés. Enfin, même si l'arbitre d'investissement n'est pas lié par la règle du précédent, il demeure influencé par les décisions des prédécesseurs, pour une multitude de raisons (la recherche de stabilité, la déférence, la crainte de faire une erreur...) qui progressivement se sédimentent pour former un corpus interprétatif extrêmement dur envers les Etats, qu'ils redoutent de plus en plus.

Les problèmes soulevés par le contentieux Montagne d'Or - NordGold

On peut en lister au moins trois :

- Il survient avant que les recours locaux soient épuisés, et quand bien même les tribunaux français leur ont donné raison à toutes les étapes.
- D'après les documents officiels, Nordgold est une société de droit britannique, incorporée à Londres, ni en Russie ni en France, donc. Le droit des sociétés établit généralement qu'une entreprise possède une personnalité légale différente de celle de ses actionnaires. C'est la société Nordgold qui possède la Montagne d'Or, et non la famille Mordashov. Les traités bilatéraux négociés aujourd'hui cherchent à éviter ce type d'écueil, pour réserver la protection de leurs TBI aux entités, personnes individuelles ou morales, qui ont des activités réelles sur leur territoire, et y paient, par exemple, des impôts et des taxes. Mais le traité France-Russie protège les investissements opérés via des structures intermédiaires dès lors que les actionnaires de contrôle possèdent la nationalité de l'une des parties. Investisseur français ou russe, il est donc possible d'entamer un contentieux arbitral contre l'Etat adverse à partir de n'importe quelle structure, enregistrée n'importe où dans le monde. Cela permet de choisir le TBI le plus avantageux, comportant les règles les plus adaptées à sa situation.
- Les deux sociétés holdings demandent près de 4 milliards d'euros de dédommagement, quand la compagnie de la "Montagne d'Or" estime ses dépenses d'investissement totales à 780 millions d'euros (coûts d'exploitation et de décommissionnement compris) : et si le projet est effectivement abandonné, ce sont environ 500 millions qui auront été investis. Même si le projet opérait sur une durée de douze ans comme espéré, le résultat net attendu serait d'environ 630 millions.

La famille Mordashov utilise donc le TBI France-Russie non seulement comme assurance, mais comme levier de profits !

Irresponsabilité de l'action d'Emmanuel Macron sur la Montagne d'Or.

Si, à l'évidence, une fois de plus, l'ISDS montre sa toxicité, la France paye aussi l'irresponsabilité de l'action d'Emmanuel Macron sur la Montagne d'Or :

- Il avait fait le voyage en Guyane à l'été 2015 pour soutenir le projet, alors qu'il était ministre de l'économie au sein du gouvernement de François Hollande. Il avait largement partagé son enthousiasme auprès de la délégation de presse qui l'accompagnait, vantant la glorieuse histoire minière française et encourageant le renouveau d'une exploitation "durable et responsable". Le journal Le Monde rapporte des propos dithyrambiques concernant Nordgold (déjà opérateur du projet): "Vous avez ici un industriel de rang mondial, exemplaire, qui, sur le plan scientifique, environnemental, social, se comporte de la meilleure façon, fait des investissements et est prêt à aller au bout" avait-il loué. Il avait ajouté que la France ferait "tout pour que le projet voit le jour".
- Emmanuel Macron-Président fait de nouveau le déplacement à Saint Laurent du Maroni en octobre 2017. Il persiste dans son appui, même si des rappels au droit de l'environnement lui ont visiblement été transmis depuis son élection : après avoir redit son soutien à un projet qu'il estime "fondamentalement bon pour la Guyane", il rappelle toutefois qu'il devra « se conformer à la charte "Mine responsable", qui est l'excellence des critères environnementaux », proposer « un juste retour pour la Guyane », et qu'« il est indispensable d'avoir un vrai contrôle de ce projet et de favoriser l'emploi local ». Il ajoute : « Le troisième critère, c'est que réponse soit faite à tout ce qui émergera du débat public (...). Il fera ressortir des préoccupations démocratiques, environnementales, économiques, de plusieurs ordres... le projet devra y répondre. ».
- En juin 2018, en marge de la présentation d'un "Plan Outre-Mer", Macron répète semble-t-il son soutien au développement d'une filière industrielle aurifère en France, et en Guyane, par des projets "exemplaires en termes environnemental et socio-économique". Le journal Challenges rapporte qu'un de ses conseillers, à cette occasion, souligne les avancées proposées par la nouvelle version des porteurs du projet Montagne d'Or sur le terrain économique et social.

Le traité France-Russie crée l'obligation pour les deux parties de "respecter tout engagement à l'égard d'un investisseur de l'autre partie contractante", et notamment de s'abstenir de toute décision contraire à un engagement qui aurait l'effet d'une expropriation. L'inconditionnel soutien du ministre puis président Emmanuel Macron au projet industriel de la Montagne d'or jusqu'à l'automne 2018 peut aisément s'apparenter à un "engagement" au titre du traité du point de vue des investisseurs russes, et potentiellement des arbitres qui seront désignés.

A chaque étape, Nordgold et Columbus Golds/Orea Mining, ont pris soin de jouer le jeu des déclarations d'Emmanuel Macron, même si les promesses prêtent sans aucun doute à la circonspection : ils ont signé ou adhéré à nombre de chartes et principes de responsabilité sociale et environnementale parmi les plus réputés (Principes d'Equateur, normes de la SFI, Principes RSE du Conseil national des mines et métaux, par exemple), ont organisé des concertations locales (même si leurs méthodes sont critiquées localement) et ont révisé au moins deux fois leur projet, d'abord pour amplifier les retombées économiques locales, puis pour repenser l'alimentation énergétique des futures unités de transformation...

Que le gouvernement ait sincèrement pensé que des amendements techniques pourraient rendre la Montagne d'Or acceptable ou qu'il ait temporisé aussi longtemps que cela paraissait possible, les louanges répétées de ses représentants quant aux vertus intrinsèques du projet et à la possibilité d'en faire le porte drapeau du renouveau de la Mine en France viendront nourrir les réclamations des Mordashov face aux arbitres.

5. Que faire ?

L'arbitrage est inévitable dès lors que les investisseurs l'ont demandé.

Il n'existe pas (dans le traité ou dans les règles d'arbitrage de la CNUDCI) de disposition prévoyant un examen préliminaire de recevabilité, où la France pourrait démontrer le caractère opportuniste de la demande alors que l'issue du contentieux administratif domestique n'est pas connue. Un examen de juridiction permettrait aussi d'invoquer la séparation légale entre la société et ses actionnaires, et d'essayer de réfuter l'applicabilité du traité - même si c'est probablement perdu d'avance (supra).

Il n'y a aucune issue. La meilleure solution est de procéder ainsi :

- la médiation
- de proposer de porter le contentieux au niveau Etat/Etat devant une juridiction publique internationale, qui offrira peut-être un traitement plus équilibré aux intérêts respectifs des parties, et non seulement à ceux des détenteurs des capitaux.

Mais c'est tout le problème des TBI et de l'ISDS : c'est un chèque en blanc aux investisseurs pour démarrer des contentieux sur la base de n'importe quelle frustration. Si la France ne révisé pas la centaine d'accords bilatéraux d'investissement qui la lient à des Etats, ce type de contentieux va se multiplier.

Tant que ce ne sera pas le cas, l'expérience doit servir d'enseignement car l'industrie attend au tournant.

Cette note a été rédigée et éditée par :

- Amélie Canonne, membre d'Attac, chercheuse/experte en politiques commerciales et climatiques
- Maxime Combes, économiste, et en charge des enjeux « commerce et relocalisation » pour l'Aitec.

Tous deux sont à l'origine du T-lab.